



A Leitura

Caderno da Escola Superior
da Magistratura do Estado do Pará

9

Volume 5 / Número 9

Novembro / 2012



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Presidente

Des^{sa} Raimunda do Carmo Gomes Noronha

Vice-Presidente

Des^{sa} Eliana Rita Daher Abufaid

Corregedora da Região Metropolitana de Belém

Des^{sa} Dabil Paraense de Souza

Corregedora das Comarcas do Interior

Des^{sa} Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos

Coordenador dos Juizados Especiais

Des^{sa} Constantino Augusto Guerreiro

Tribunal Pleno / Desembargadores

Milton Augusto de Brito Nobre

Raimunda do Carmo Gomes Noronha

Rômulo José Ferreira Nunes

Luzia Nádia Guimarães Nascimento

João José da Silva Maroja

Vânia Valente do Couto Fortes Bitar Cunha

Raimundo Holanda Reis

Eliana Rita Daher Abufaid

Brigida Gonçalves dos Santos

Vânia Lúcia Carvalho da Silveira

Constantino Augusto Guerreiro

Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos

Ricardo Ferreira Nunes

Leonardo de Noronha Tavares

Marciele Trindade Pereira Merabet

Claudio Augusto Montalvão das Neves

Célia Regina de Lima Pinheiro

Maria de Nazaré Saavedra Guimarães

Dabil Paraense de Souza

Leonam Gondim da Cruz Júnior

Diracy Nunes Alves

Ronaldo Marques Valle

Gleide Pereira de Moura

José Maria Teixeira do Rosário

Helena Percila de Azevedo Dornelles

Maria do Céu Maciel Courinho

Maria Edwiges de Miranda Lobato

Roberto Gonçalves de Moura

Vera Araújo de Souza

Unidades Administrativas

Secretaria de Gestão de Pessoas

Alice Cristina da Costa Loureiro

Secretaria de Administração

Antônio Álvaro Garcia Brito

Secretaria de Planejamento, Coordenação e Finanças

Sueli Lima Ramos Azevedo

Secretaria de Informática

Fábio César Massoud Salame da Silva

Departamento de Relações Institucionais

Walbert da Silva Monteiro

Coordenadoria de Cerimonial e Relações Públicas

Elizabeth Mara Carneiro Raymunda

Coordenadoria de Imprensa

Linamar Saraiva Bahia



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARÁ

Conselho Superior da Escola

Des^{sa} Raimunda do Carmo Gomes Noronha

Des^{sa} Rômulo José Ferreira Nunes

Des^{sa} Milton Augusto de Brito Nobre

Des^{sa} Leonardo de Noronha Tavares

Des^{sa} José Maria Teixeira do Rosário

Presidência

Des^{sa} Raimunda do Carmo Gomes Noronha

Diretoria-Geral

Des^{sa} Rômulo José Ferreira Nunes

Diretoria-Geral Adjunta

Des^{sa} Milton Augusto de Brito Nobre

Secretaria-Geral

Heloisa da Silva Mota Pereira

Departamento Acadêmico

Antônio Mauro Santana Souza

Departamento de Ensino e Pesquisa

Raimundo Wilson Carneiro

Departamento Administrativo/Financeiro

Rosineli Guerreiro Salame

CADERNO DA ESM-PA

Conselho Editorial

Des^{sa} Rômulo José Ferreira Nunes

Des^{sa} Milton Augusto de Brito Nobre

Des^{sa} Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos

Jean Carlos Dias

Jonhe Alex Athias

Reynaldo Andrade da Silveira

Zeno Augusto de Bastos Veloso

Equipe de Editoração

Editora responsável

Laís Zumeru

(Chefe da Divisão de Editoração e Publicação/ESM-PA)

Rute Parente

Normalização e ficha catalográfica

Maria da Conceição Ruffel Moreira

(Chefe da Divisão de Biblioteca e Videoteca/ESM-PA)

Francisca Maria dos Prazeres Bezerra

Abstracts e key words

Sílvia Benchimol

Fotos

Elza Lima

Ricardo Lima (Assessoria de Imprensa do TJPA)

Marcus Vinícius Rocha (Assessoria de Imprensa do TJPA)

Projeto gráfico e capa originais

Casa Brazil Design

Impressão

Sidnei Follini Monteiro - EPP

Triunfal Gráfica e Editora

As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará (ESM-PA).



A Leitura

Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

ISSN 1984-1035

A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v.5, n.9, p. 1-180, novembro, 2012

Belém/Pará
2012

A imagem que ilustra a capa deste volume de A Leitura é o detalhe de uma das colunas pertencentes ao prédio que hoje abriga o Tribunal de Justiça do Estado do Pará – o antigo Instituto Lauro Sodré, datado do fim do século XIX, inteiramente restaurado e ampliado no ano de 2006, na gestão do então presidente do TJE, Des. Milton Augusto de Brito Nobre, com vistas a abrigar aquele poder. Abaixo, a foto da qual o detalhe foi retirado, autoria de Elza Lima.



A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.
____ Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – . Belém: ESM-PA, 2008 – .
v. ; 28 cm.

Semestral

ISSN: 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

Sumário

EDITORIAL	5
ENTREVISTA	
Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves	8
CONFERÊNCIA	
O Acordo Brasil-Santa Sé e a Laicidade do Estado: aspectos relevantes	14
Ives Gandra da Silva Martins Filho	
JURISTAS EMÉRITOS	
Tributo a Orlando Bitar	36
Vida e Obra do Desembargador Sílvio Hall de Moura	40
Wilson de Jesus Marques da Silva: um magistrado inesquecível	46
RELATOS	
História do Judiciário Paraense / Raimunda do Carmo Gomes Noronha.....	52
O Olhar Docente / Zeno Augusto Bastos Veloso	58
O Olhar dos Magistrados / Vânia V. C. F. Bitar Cunha, Cláudio Montalvão das Neves, Célia R. L. Pinheiro, José M. T. Rosário, Ronaldo M. Valle	59
ARTIGOS	
Revisitando o Princípio da Insignificância	64
Rômulo Nunes	
Ferramentas de TI e Gestão Eficiente na Atividade Jurisdicional.....	70
Luzia Nadja Guimarães Nascimento	
Levando a Amazônia a Sério	80
Antonio José de Mattos Neto	
A Coisa Julgada Administrativa como Limite à Invalidação do Ato Administrativo	90
Ariane Brito Cal Athias	
Processo Civil Cooperativo	106
Gisele Santos Fernandes Góes	
O Combate às Desigualdades Sociais e a Afirmação da Igualdade Material	114
Homero Lamarão Neto	
O Controle Judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo	120
Jean Carlos Dias	
Direito Fundamental à Saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário	136
José Claudio Monteiro de Brito Filho	
A Resposta Penal à Violência Conjugal no Brasil	146
Luanna Tomaz de Souza	
Ativismo Judicial e Juízes Ativistas	156
Paulo de Tarso Dias Klautau Filho	
CRÔNICAS	
O Círio do Meu Tempo / Leituras.....	167
Maria Lúcia Gomes Marcos dos Santos	
RESENHAS	
Responsabilidade Civil Contemporânea – estudos em homenagem a Sílvio Salvo Venosa / André Augusto Malcher Meira.....	174
Criminologia Genética: perspectivas e perigos / Raimundo W. G. Raiol...	176

Há 30 anos, o TJPA criou sua Escola Superior da Magistratura para preencher uma lacuna na área de ensino das Letras Jurídicas.

Nesta trilha a ESM vem capacitando profissionais na área do Direito, desde magistrados, servidores, universitários a operadores do direito, fazendo a diferença em busca de qualidade e mérito para que cada vez mais a justiça seja feita, chegando aos cidadãos de forma equânime e imparcial.

Esta é uma Revista especial e faz parte das comemorações da Escola. Além dos artigos, entrevistas, resenhas, literatura, há depoimentos de ilustres personalidades, magistrados e docentes e um enfoque histórico sobre o TJPA de autoria de sua presidente, Desembargadora Raimunda Noronha.

Neste número, inaugura-se a Série Juristas Eméritos, com um breve registro sobre o grande mestre, Orlando Bitar, e sobre os inesquecíveis magistrados Silvio Hall de Moura e Wilson Marques; e dá-se continuidade à Série Conferências, com o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e membro do CNJ, Ives Gandra da Silva Martins Filho, proferida no II Encontro Jurídico da ESM/TJPA, em Belém, em outubro passado.

Os artigos são de eminentes autoridades na área do Direito e abordam temática que prima pela contemporaneidade teórica.

A Fragmentariedade do Direito Penal, o princípio da insignificância penal, a jurisprudência do STF são abordados no artigo *Revisitando o Princípio da Insignificância* do autor deste editorial. *Ferramentas de TI e Gestão Eficiente na Atividade Jurisdicional* é o artigo da Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento que mostra a atuação do TJPA, em consonância com as diretrizes do CNJ, enfatizando a implantação do Sistema Libra, utilizado pelo judiciário paraense.

Antônio José de Mattos Neto discorre sobre a questão da cobiça externa em relação à Amazônia e a conseqüente pretensão de sua internacionalização, no artigo *Levando a Amazônia a Sério*.

A Coisa Julgada Administrativa como limite à Invalidação do Ato Administrativo, é o artigo de Arianne Brito Cal Athias.

Em seu artigo, *Processo Civil Cooperativo*, Gisele Góes enfatiza a preocupação do moderno Direito Processual Civil com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

Editorial



Homero Lamarão aborda a obrigação estatal de erradicar a pobreza e as desigualdades sociais como diretriz constitucional. A partir de 1988 foram substanciais as possibilidades de mudança na distribuição de rendas e no acesso à educação, embora as desigualdades permaneçam em contraste com o crescimento econômico da nação.

Jean Carlos Dias analisa o controle judicial relacionado a questões que envolvem a teoria e concretização dos direitos fundamentais na contemporaneidade. A partir da concepção contemporânea de justiça distributiva de John Rawls, José Cláudio Monteiro de Brito Filho se volta para o Direito Fundamental à Saúde como um direito de cada homem.

A Lei Maria da Penha determinou no Brasil uma nova cultura jurídica sobre as relações de gênero para o enfrentamento da violência doméstica. *A Resposta Penal à Violência Conjugal no Brasil* é o artigo de Luanna Tomaz de Souza que procura discutir a temática no âmbito do Direito Penal.

Ativismo Judicial e Juízes Ativistas, tema atual e ainda polêmico, sob a ótica da Teoria do Direito, enfatizando a oposição teórica entre formalismo e realismo, é o artigo de Paulo Klautau Filho.

São de autoria da Desembargadora Maria Lúcia Gomes Marcos dos Santos as crônicas *O Círio do meu Tempo e Leitura*, como homenagem da Escola a uma de suas ilustres presidentes.

Como disse Fernando Pessoa:

"A memória é a consciência inserida no tempo".

BOA LEITURA!

Desembargador RÔMULO NUNES

Diretor-Geral da ESM-PA



Entrevista

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves*

O CASO DOROTHY STANG

**Por Raimundo Wilson
Gama Raiol**

Prof. da UFPA, Dr. em Direitos Fundamentais e das Relações Sociais.
Diretor do Depto. Ensino e Pesquisa
da ESM/TJPA

A Leitura: De que maneira, qual a razão e quando foi atribuída a V. Exa. a incumbência de julgar o caso Dorothy Stang? Que cargo ocupava na carreira da magistratura, na época?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: O processo penal em que figura como vítima a missionária Dorothy Stang, proveniente da Comarca de Pacajá, veio para a Capital após o julgamento do desaforamento, em novembro de 2005, perante a Corte Estadual. À época, encontrava-me como titular da 2ª Vara Penal da Capital, tendo competência de julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados.

A Leitura: Os autos do processo do caso Dorothy Stang constituíram-se de quantos volumes e quantos e quais os nomes dos réus que dele constaram? Que tempo foi demandado de V. Exa. para os atos pertinentes a esse processo?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: Os autos constituíram-se, até minha ascensão ao desembargo, em 16 (dezesseis) volumes. No processo, figuraram, como pronunciados, os seguintes nacionais: Raifran das Neves Sales, Clodoaldo Carlos Batista, Amair Feijoli da Cunha, Vitalmiro Bastos



Entendo que, com o processamento e o julgamento dos matadores (executores) da missionária no tempo recorde de oito meses, foi estabelecido um patamar histórico de eficiência e de celeridade processual que deverá se constituir em “paradigma” para casos futuros semelhantes perante o Poder Judiciário paraense.

de Moura e Regivaldo Galvão. Os autos vieram para vara competente, ou seja, a 2ª Vara do Tribunal do Júri, no mês de novembro de 2005, e designei o dia 09/12/2005 para o julgamento dos dois primeiros pronunciados, haja vista que os demais recorreram da sentença de pronúncia.

A Leitura: Em linhas essenciais, qual a narrativa do caso Dorothy Stang constante dos autos processuais?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: A vítima, Dorothy Mae Stang, era a maior liderança do Projeto de Desenvolvimento Sustentável (PDS), situado na Gleba Pacajá, município de Anapu. Esse projeto tinha como finalidade maior o

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

assentamento de colonos para a exploração racional dos recursos naturais e, em razão deste fato, a missionária americana atraiu inimizade de fazendeiros da região.

A Leitura: Uma curiosidade de pessoas alheias à seara jurídica é a de saber os motivos pelos quais os réus foram julgados em datas diferentes e na capital, embora o crime tenha ocorrido no interior do Estado. Quais foram esses motivos? Qual a base legal?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: Foram julgados os pronunciados na capital, em face do trânsito em julgado da sentença de pronúncia como também o julgamento do desaforamento ocorrido de forma célere por parte do Egrégio Tribunal, perante as Câmaras Criminais Reunidas, atuando, como relatora do feito, a eminente Desembargadora Raimunda do Carmo Gomes Noronha e, assim, houve possibilidade de julgar os 2 (dois) primeiros acusados: Raifran das Neves Sales e Clodoaldo Carlos Batista.

O desaforamento é o deslocamento da competência para o julgamento para outra comarca da mesma região, preferindo-se as regiões mais próximas, ou seja, o processo vai ser julgado em outra comarca. É medida excepcional, já que, regra geral, o réu deve ser julgado no foro da culpa, quer dizer, deve ser julgado onde cometeu o crime, onde a ordem social foi violada.

O desaforamento está regrado, atualmente, nos arts. 427 e seguintes, do CPP. O motivo deste instituto, à época, foi por motivo de ordem pública, a dúvida sobre a imparcialidade do júri, além da segurança pessoal do acusado.

A Leitura: As sentenças impostas aos réus transitaram em julgado logo ao serem proferidas no primeiro julgamento de cada um ou houve recurso? Quais as penas que couberam a esses réus? Se houve recurso, qual o resultado que adveio de cada um?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: A pena imposta ao pronunciado Raifran das Neves Sales foi de 27 (vinte e sete) anos em regime fechado, entretanto o seu advogado requereu o benefício do artigo 607, do Código de Processo Penal, ou seja, protesto por novo júri, vigente à época. Atualmente, o artigo em epígrafe foi abolido do nosso ordenamento jurídico. Raifran teve

o seu segundo julgamento e foi condenado a 30 (trinta) anos de reclusão. Por sua vez, o causídico do acusado ingressou, novamente, com recurso, agora de apelação, o qual foi conhecido e provido, permanecendo como válida a pena do primeiro julgamento de 27 (vinte e sete) anos, que foi presidido por mim.

O acusado Clodoaldo Batista foi condenado a 18 (dezoito) anos e o processo transitou em julgado em relação a si. Posteriormente, foi julgado Amair Feijolli da Cunha. Foi reconhecida em seu favor, a "delação premiada" e, assim, foi condenado a 18 (dezoito) anos de reclusão, já se consumando a coisa julgada.

Tenho conhecimento de que os pronunciados, Vitalmiro Bastos de Moura e Regivaldo Galvão foram levados ao julgamento pelo Tribunal do Júri, presidida a sessão pelo juiz de direito Dr^o Raimundo Moisés Alves Flexa, e condenados à pena máxima de 30 (trinta) anos. Só com relação ao Regivaldo ainda não ocorreu o trânsito em julgado, pois acha-se aguardando decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A Leitura: Em alguns desses julgamentos houve utilização do recurso de protesto por novo júri? Qual o motivo? Nos novos julgamentos decorrentes do acolhimento desse recurso, quais as sentenças resultantes, inclusive, em termos de quantidade de pena?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: Houve protesto por novo júri nos julgamentos de Raifran das Neves Sales, Vitalmiro Bastos de Moura e Regivaldo Galvão, sendo as penas mantidas em 27, 30 e 30 anos, respectivamente.

A Leitura: Ao tempo em que estavam ocorrendo os julgamentos dos referidos réus, tendo surgido lei revogando o recurso de protesto por novo júri, em sua opinião, qual o motivo dessa postura do legislador pátrio?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: O protesto por novo júri surgiu em nosso ordenamento pátrio, no Código Penal de 1850 (século XIX), quando existia a pena capital e perdurou até recentemente no artigo 607, do Código de Processo Penal de 1941. Felizmente, o artigo já foi abolido no século XXI.



Sem dúvida alguma, era um entrave à prestação jurisdicional, haja vista que era recurso especial, privativo da defesa, admissível quando a sentença condenatória alcançasse 20 anos ou mais de reclusão por um único crime. Poderia ser utilizado uma vez. Instituto criado em tempos longínquos, nos quais o acusado poderia padecer penas gravíssimas como o desterro, as galés, ou mesmo a pena capital, não mais se justificando, pois, a sua permanência nos dias de hoje, em que as penas impostas aos condenados em processos de competência do júri não mais se encontram entre as mais elevadas previstas no Código Penal.

A Leitura: Depois da revogação do protesto por novo júri, alguns dos mencionados réus ainda foram julgados por força desse recurso? Quais e o que resultou do novo julgamento?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: Entendo que, depois da revogação do artigo 607 do CPP, não houve mais nenhum julgamento com base no Protesto Por Novo Júri, visto que todos já tinham sido realizados, ancorado no princípio do *tempus regit actum*.

A Leitura: Refletindo não como magistrado, porém, como estudioso do direito, em seu entendimento, a revogação do recurso de protesto por novo júri significou um progresso ou um retrocesso em termos de ciência processual penal?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: De fato, foi uma grande vitória para a sociedade brasileira, sobretudo para os operadores do Direito. O artigo 607, do Código de Processo Penal, como já referido acima, vinha desde 1850, e só dificultava a prestação jurisdicional efetiva e eficaz, violando-se o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, visto que, após o julgamento em decorrência do protesto por novo júri, se o réu fosse novamente condenado, ingressava com apelação referente à condenação e teria oportunidade de outro julgamento, ou seja, para que fosse concretizada a condenação, o pronunciado submeter-se-ia por 03 vezes ao julgamento perante o júri.

A Leitura: Percebeu que alguma testemunha mentiu ou ocultou a verdade, em suas declarações, perante o juízo ou no plenário do júri? Se sim, qual ou quais? Algum réu mentiu para prejudicar ou beneficiar o outro?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: Não posso responder a essa pergunta, porque o processo ainda está tramitando no Egrégio Supremo Tribunal Federal e a LOMAN faz referência que é defeso ao magistrado se pronunciar sobre processo em que atuou ou que ainda está em curso, como é o caso do processo da irmã Dorothy.

Preconiza a Loman em seu art. 36, *verbis*:

Art. 36 - É vedado ao magistrado:

(...)

III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

A Leitura: Em algum momento, durante sua atuação no caso, sentiu pressão por parte de organizações sociais nacionais ou internacionais?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: Não, porém aumentava a responsabilidade de agilizar o julgamento dos pronunciados. Assim, como o Tribunal do Júri iria se reunir no mês de dezembro de 2005, pautei os júris dos 2 (dois) primeiros acusados, ou seja, Raifran das Neves Sales e Clodoaldo Carlos Batista.

A Leitura: Acha que a mídia influenciou para o resultado ocorrido nos julgamentos do caso Dorothy Stang?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: Sem dúvida, entendo que sim, porém isso faz parte da democracia e liberdade de expressão, respeitando o Estado de Direito em que vivemos atualmente, ícones protegidos constitucionalmente.

A Leitura: A presença dos familiares da vítima, vindos do estrangeiro, serviu para comover a sociedade, no sentido de esperar pela condenação dos réus?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: Entendo que não, pois todos os familiares das vítimas acompanharam os julgamentos em todas as suas fases, ainda mais levando em consideração que o voto do conselho de sentença é secreto.

A Leitura: Que critérios e norteamentos técnicos V. Exa. seguiu para estabelecer a pena de cada réu? Qual a razão de a pena de um ser diferente da de outro?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: O juiz, por ocasião da aplicação da pena, deve se basear no que estabelece o artigo 59 do CP, analisando todas as circunstâncias judiciais, como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, chegando-se à pena base. Logo após, verificam-se as circunstâncias atenuantes ou agravantes. Ato contínuo, apreciam-se as causas de aumento e diminuição da pena. Toda essa engrenagem chama-se dosimetria da pena.

Em suma: a dosimetria atende ao sistema trifásico estabelecido no artigo 68 do Código Penal, ou seja, atendendo a três fases:

1. Fixação da pena base;
2. Análise das circunstâncias atenuantes e agravantes;
3. Análise das causas de diminuição e de aumento;

A Leitura: Que réus envolvidos no caso Dorothy Stang estão cumprindo as penas que lhe foram sentenciadas e quais as quantidades dessas reprimendas? Em que regime as cumprem?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: Todos os réus condenados estão cumprindo suas respectivas penas, exceto Clodoaldo Carlos Batista que está foragido e Regivaldo Galvão que, recentemente, foi colocado em liberdade pelo Supremo Tribunal Federal, até julgamento final de seu recurso.

A Leitura: Poderão esses réus merecer algum benefício no decorrer do cumprimento de suas penas? Quais seriam esses benefícios e os requisitos para que os obtenham?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: Sim, todos os réus são iguais, nos termos do que norteia o artigo 5º, da Constituição Federal. Todos terão direitos previstos no nosso ordenamento jurídico, como exemplo, a progressão do regime e outros institutos previstos na lei de execução penal.

A Leitura: Há notícias, veiculadas recentemente pela mídia, de que não houve apuração do envolvimento de uma autoridade policial no caso Dorothy Stang. Se vier a ser constatado o envolvimento dessa autoridade, disso poderia decorrer algum aspecto favorável para os referidos réus?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: Não, o que deve ser feito é a autoridade policial apurar o caso detalhadamente, verificando se, realmente, o cidadão mencionado tem responsabilidade criminal pelo evento danoso. Se tiver, deverá ser submetido às regras processuais e materiais penais vigentes.

A Leitura: Deseja acrescentar alguma questão ou discorrer sobre algum outro aspecto que, sob sua ótica, tenha sido fundamental no caso Dorothy Stang?

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: Entendo que, com o processamento e o julgamento dos matadores (executores) da missionária no tempo

recorde de oito meses, foi estabelecido um patamar histórico de eficiência e de celeridade processual que deverá se constituir em "paradigma" para casos futuros semelhantes perante o Poder Judiciário Paraense.

Nessa linha de pensamento, à época, o então presidente da seccional paraense da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/PA), Ophir Cavalcante Júnior, teceu o seguinte comentário (in "jornal O Liberal", edição de 01/01/2006, caderno Polícia): *"com o julgamento célere e bem organizado dos matadores da missionária Dorothy Stang, o Poder Judiciário do Pará marcou positivamente a sua atuação em 2005 e provou, de uma vez por todas, que a Justiça do Pará reúne condições técnicas e operacionais indispensáveis à realização de julgamentos de repercussão internacional, como foi o caso do júri dos matadores da missionária, transmitido em tempo real, via internet, para todo mundo", acrescentando, ainda, que "o Caso Dorothy marca um avanço do qual não é mais possível recuar".*

Vale ressaltar que, também, o presidente do Poder Judiciário, à época, desembargador Milton Augusto de Brito Nobre, enfatizou que o Judiciário paraense, ao lutar contra o requerimento de federalização do julgamento dos envolvidos no assassinato de irmã Dorothy, suscitado em incidente de deslocamento de competência, pelo Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles, provou que o Pará não é uma terra sem lei, declarando (in "jornal O Liberal", edição de 01/01/2006, caderno Polícia): *"Derrubamos todas as teses de incapacidade da justiça paraense para realizar o julgamento dos acusados, demonstrando que o Judiciário agiu com celeridade na instrução processual, tendo todos os envolvidos sob custódia legal e com data marcada para o julgamento. (...)".*

A Leitura: Sinta-se inteiramente à vontade para fazer alguma colocação.

Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves: É de suma relevância destacar que o êxito no julgamento célere e efetivo do caso Dorothy não é obra isolada deste magistrado, mas de uma cadeia de profissionais competentes e, assim, caiu por terra a pretensão de alguns em federalizar o julgamento de crimes desta natureza.

Nessa senda, destaco o papel desempenhado pelo Juiz de Direito da comarca de Pacajá, à época, Dr.

Lucas do Carmo de Jesus, que presidiu a instrução até prolatar a sentença de pronúncia, com polidez, serenidade e seriedade. Interpostos recursos contra a referida sentença, a 2ª câmara criminal isolada, manteve a sentença, acompanhando, o voto do eminente Des. Rômulo Nunes, relator do apelo que, de maneira eficaz, pautou o feito para julgamento em breve espaço de tempo, com a competência e sensibilidade para julgar que lhes são inerentes. De igual modo, com celeridade, o TJE, por intermédio de suas Câmaras Criminais Reunidas, decidiu sobre o desaforamento do julgamento para a comarca da Capital.

Com efeito, todo o sucesso obtido durante o julgamento do caso Dorothy, teve, também, a participação do juiz de direito que me sucedeu na 2ª Vara Penal, após minha ascensão ao desembargo, Dr. Raimundo Moisés Alvez Flexa, sem esquecer do trabalho desenvolvido pela Polícia Civil na rápida conclusão do inquérito policial e o desempenho diligente e competente do Promotor de Justiça, Dr. Edson Augusto Cardoso de Souza.

Não poderia deixar de citar, também, todo o apoio e empenho desenvolvido pelo Exm^o. Des. Milton Augusto de Brito Nobre, Presidente da Corte, por ocasião em que ocorreu o fato delituoso, em envidar todos os esforços para possibilitar o trâmite célere e efetivo que o caso reclamava. Outra pessoa incansável, nessa cadeia de pessoas responsáveis pelo sucesso do julgamento, foi a então Diretora do Fórum Criminal, Dr^a. Edith Dias. A ela, também, os louros dessa vitória do Judiciário paraense.

Peço vênia para não nomear todas as pessoas que labutaram para que o julgamento ocorresse de forma esmerada e satisfatória, sob pena de incorrer em extrema deselegância ao cair em esquecimento momentâneo em identificá-las, mas que, sem titubeações, constituíram todo o alicerce para que se fundasse o julgamento, por mim presidido, com solidez e rapidez reclamados pelo anseio da sociedade e alicerçado nos princípios constitucionais.

Conferência

Conferência Proferida no II Encontro Jurídico
ESM/TJPA
(Belém-PA/Outubro 2012)

O Acordo Brasil-Santa Sé e a Laicidade do Estado: Aspectos Relevantes¹

Ives Gandra da Silva Martins Filho*

* Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Membro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Roteiro da Palestra ministrada no "Seminário Internacional sobre o Estado Laico e a Liberdade Religiosa", organizado pelo Conselho Nacional de Justiça em Brasília em junho de 2011.

1 INTRODUÇÃO: AS RELAÇÕES ENTRE IGREJA E ESTADO NO ESPAÇO E NO TEMPO

A Santa Sé tem, na atualidade, tratados regulando as relações da Igreja Católica com praticamente todos os países do mundo (ao todo são 178 países com quem mantém relações diplomáticas). Como o Vaticano possui personalidade jurídica de direito público com soberania, esses acordos têm a categoria de tratados internacionais, que passam a integrar o direito interno de cada país signatário. Seu objeto, no entanto, é peculiar: disciplinar os principais aspectos das relações Igreja-Estado em

cada país, sabendo-se que o ser humano, em sua estrutura multidimensional, pode ser, ao mesmo tempo, integrante de cada uma dessas esferas, submetido às suas distintas ordens jurídicas (LLANO CIFUENTES, 1989).

As relações entre o temporal e o espiritual nunca foram simples ao longo da história. Basicamente quatro posturas se tem verificado ao longo dos tempos nesse campo:

PAÍSES COM RELIGIÃO OFICIAL DO ESTADO					
Islamismo	Catolicismo	Protestantismo	Ortodoxos	Budismo	Hinduismo
Afganistão	Kuwait	Argentina	Luteranismo:	Grécia	Nepal
Arábia Saudita	Libia	Bolívia	Dinamarca	Finlândia	
Argélia	Malásia	Costa Rica	Islândia		
Bahrein	Maldivas	Malta	Lesoto		
Bangladesh	Marrocos	Peru	Noruega		
Brunei	Mauritânia	Vaticano			
Ilhas Comores	Omã		Anglicanismo:		
Egito	Paquistão	Direitos especiais:	Reino Unido		
Emirados Árabes	Síria	Andorra	Direitos especiais:		
Iêmen	Qatar	El Salvador	Finlândia		
Irã	Sudão	Haiti			
Iraque	Tunísia	Paraguai			
Jordânia					

¹ Roteiro da Palestra ministrada no "Seminário Internacional sobre o Estado Laico e a Liberdade Religiosa", organizado pelo Conselho Nacional de Justiça em Brasília em junho de 2011.

a) **Integrismo ou Clericalismo** – confusão das duas esferas, gerando Estados Confessionais ou Teocráticos, nos quais a ordem jurídica estatal abrange também as questões religiosas, havendo uma religião oficial do Estado, com maior ou menor restrição da liberdade religiosa e interferência mútua de Estado e Igreja (o fenômeno é mais notável nos países islâmicos e nas teocracias da Antiguidade).

b) **Estado Laico** – aquele em que há separação entre as duas esferas, com autonomia do Estado e da Igreja, mas relação de mútua cooperação, respeitada a liberdade religiosa e o pluralismo religioso, sem uma religião estatal, tal como se verifica no Brasil, onde a Constituição Federal de 1988 previu, em seus arts. 5º, VI, e 19, I, a independência e colaboração entre o Estado brasileiro e as confissões religiosas existentes no país, com a garantia da liberdade religiosa.

c) **Laicismo Anticlerical** – absoluta separação das duas esferas, com repúdio à tradição religiosa, colocada como elemento a ser vivenciado exclusivamente na esfera privada do indivíduo, sem qualquer manifestação pública externa (sinalização nesse sentido se deu na discussão sobre a inclusão de Deus e da menção à tradição cristã na Constituição Europeia, repudiada por parte dos países da União Europeia).

d) **Ateísmo** – negação da esfera espiritual, com base na ideologia marxista do materialismo dialético, gerando os Estados Ateus, nos quais se verifica a oposição ativa a qualquer religião e a perseguição a instituições e líderes religiosos (exemplos típicos foram a União Soviética e os regimes comunistas da Albânia, Mongólia e Camboja; atualmente sofrem-se restrições no campo religioso na Coreia do Norte e República Popular da China).

No âmbito da civilização ocidental, a evolução histórica da autocompreensão da Igreja e do Estado sobre suas respectivas missões:

- a) **Primórdios do Cristianismo (30-64)** – convivência pacífica dos cristãos no Império Romano, tolerante para com todas as religiões dos territórios conquistados e integrados ao Império (DANIEL-ROPS, 1988, p. 103-146), o que os cristãos desejavam era simplesmente a

liberdade para praticarem sua religião e serem tratados com igualdade em relação aos demais cidadãos do Império, sem discriminação pelo fato de serem cristãos.

- b) **De Nero a Diocleciano (64-313)** – período de perseguição religiosa aos cristãos, abundando os mártires, em face da não contemporização dos cristãos com a imposição de uma religião do Estado Romano, de divinização do Imperador (cesaropapismo, caracterizado pela unificação dos poderes político e religioso na pessoa do Imperador) (LLANO CIFUENTES, 1989, p. 63-67).
- c) **Edito de Milão (313-380)** – período de liberdade religiosa para os cristãos, com a conversão do Imperador Constantino ao cristianismo e o início da interferência do Estado nas questões religiosas da Igreja, pela tradição romana da autoridade civil se imiscuir nos assuntos religiosos.
- d) **Edito de Constantinopla (380-476)** – o Cristianismo se torna a religião oficial do Império Romano, conforme decreto do Imperador Teodósio I.
- e) **Agostinismo Político (420-490)** – Calcado na assertiva de S. Agostinho (354-430) e de S. Gregório Magno (pontificado 590-604) de que o poder temporal está subordinado ao poder espiritual, sendo que caberia ao poder temporal a dilatação do culto ao verdadeiro Deus e a defesa da Igreja (RHONHEIMER, 2009, p. 47-49).
- f) **Fórmula Gelasiana (492-800)** – o Papa Gelásio (492-496) formulou um princípio que seria seguido até a formação do Sacro Império Romano Germânico: “Dois são os poderes nesta terra: a sagrada autoridade (*auctoritas sacrata*) dos pontífices e a potestade régia (*potestas regalis*)”, sendo a primeira de índole pastoral e moral e a segunda de caráter jurídico e coercitivo, fundando o genuíno dualismo cristão (RHONHEIMER, 2009, p. 42-46).
- g) **Teocracia Bizantina (476-1453)** – a tradição da antiguidade oriental, das teocracias (governante como representante de Deus na terra), retorna, com os basileus bizantinos tendo sob seu controle a Igreja Ortodoxa (DANIEL-ROPS, 1993, p. 437-479).
- h) **Integrismo Medieval (800-1080)** – com a coroação de Carlos Magno pelo Papa Leão III

- como Sacro Imperador Romano-Germânico no Natal de 800, vinga a teoria das duas espadas, pela qual o poder temporal seria a *longa manus* ou braço secular do poder espiritual da Igreja, politizando-se o poder espiritual, quer pela interferência abusiva dos Imperadores Germânicos sobre as coisas da Igreja, quer pela necessidade dos reis e imperadores terem a aprovação e sagração pontifícia para serem reconhecidos, dando à autoridade moral da Igreja caráter jurídico, gerando fenômenos como a inquisição (DANIEL-ROPS, 1991, p. 406-441).
- i) Revolução Pontifícia (1080-1870) – levada a cabo pelos Papas Gregório VII (pontificado 1073-1085), Inocêncio III (pontificado 1198-1216) e Bonifácio VIII (pontificado 1294-1303), tendo como ponto focal a querela das investiduras com Henrique IV, sobre as nomeações de prelados, na qual se dessacralizou o poder temporal e se permitiu a separação das duas esferas (RHONHEIMER, 2009, p. 50-57), tendo o Papado poder espiritual sobre toda a cristandade e secular sobre os Estados Pontifícios (DANIEL-ROPS, 2003, p. 367-483).
- j) Reforma Protestante (1530-1650) – integrismo inicial nos países que aderiram aos reformadores, pela formação de repúblicas cristãs, em que a sociedade seria moldada pelos ideais cristãos pela tutela do Estado (Genebra calvinista) ou que a Igreja seria submetida ao governo do Estado (Igreja Anglicana) (DANIEL-ROPS, 1996, p. 265 et seq.).
- k) Paz de Augsburg (1550) – em que se buscou colocar fim às guerras religiosas na Alemanha, entre católicos e luteranos, admitindo-se o princípio *"cuius regio, eius religio"*, impondo-se aos súditos a religião do príncipe, seguindo a tradição integrista entre política e religião (RHONHEIMER, 2009, p. 76-77).
- l) Edito de Nantes (1598) – primeira normativa, ainda que de curta duração, admitindo amplamente a liberdade religiosa, mediante a tolerância aos huguenotes num Estado de maioria católica (RHONHEIMER, 2009, p. 75-76).
- m) Revolução Francesa (1789) – defesa da soberania popular absoluta, calcada num Estado Constitucional Democrático, sem submissão a qualquer critério moral prévio e superior e desprezando os juízos morais da Igreja em defesa da lei natural (RHONHEIMER, 2009, p. 77-82), com o Papa Pio VI condenando a liberdade religiosa propalada pela Revolução, como uma apostasia à fé católica vivenciada na França (RHONHEIMER, 2009, p. 115).
- n) Revista *Civiltà Cattolica* (1850-2000) – publicada pelos jesuítas, diante do pedido do Papa Pio IX (1846-1878) para que defendessem os princípios católicos no âmbito jornalístico, desenvolveu a distinção entre a *"tes"* da conveniência de um Estado confessional católico, de defesa da verdade religiosa pelo Estado, e a *"hipótese"* de se admitir provisoriamente a liberdade religiosa onde os católicos fossem minoria, sem abandonar o princípio tradicional da tese, mas apenas flexibilizando-o conforme as circunstâncias, o que feria o princípio da reciprocidade (RHONHEIMER, 2009, p. 90-92).
- o) Encíclica *Quanta Cura* (1864), Pio IX – defendia o princípio tradicional, calcado na doutrina tomista, de que não se poderia impor a religião cristã aos infiéis, mas se deveria utilizar o braço secular para preservar da apostasia os fiéis, num Estado de maioria católica (RHONHEIMER, 2009, p. 87-90).
- Ateísmo Marxista (1917-1985) – estabelecimento de Estados em que a religião sendo vista como "ópio do povo" e usurpação do que seria devido à Humanidade, passa a ser combatida (DANIEL-ROPS, 2006, p. 35-50).
- p) Concílio Vaticano II (1965 em diante) – Declaração *Dignitatis Humanae* sobre a liberdade religiosa, segundo a qual cada homem está obrigado a procurar a verdade religiosa, mas aderindo livremente a ela, sem que o Estado impeça ou privilegie algum credo (RHONHEIMER, 2009, p. 92-94).
- q) Encíclica *Centesimus Annus* do Papa João Paulo II (1991) – reconhecimento de que um Estado Democrático tem natureza apenas formal e procedimental (processo de escolha de governantes e de fixação das normas jurídicas), de modo a estabelecer uma convivência pacífica entre pessoas livres numa sociedade pluralista (condições de manutenção), garantindo um

mínimo de respeito aos direitos humanos fundamentais (dignidade da pessoa humana), sob pena de se transformar em totalitarismo (condição de legitimidade) (RHONHEIMER, 2009, p. 94-106).

- r) Modernidade (1870 em diante) – separação entre Igreja e Estado, com a declaração da laicidade dos países de tradição cristã e o convívio pluralista de diferentes religiões no âmbito ocidental (DANIEL-ROPS, 2006, p. 223-306), reconhecendo-se, no entanto, a autoridade espiritual da Igreja para se pronunciar sobre temas morais, como intérprete da lei natural, à qual estaria submetido o direito positivo.

Comparando duas distintas tradições religiosas, vemos como a islâmica tem especial afinidade com o integrismo, gerando Estados Confessionais, de parca liberdade religiosa e nos quais o Alcorão é a fonte primária de todas as normas, quer civis, quer religiosas, enquanto a laicidade do Estado tem seu berço e gênese precisamente com o cristianismo, pela distinção nítida das duas esferas (“Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus” - Mt 22, 21), mal compreendida ao longo dos séculos, pela tentação sempre presente de se impor a doutrina cristã pelo braço do Estado ou de se aproveitar da autoridade moral da Igreja para se alcançar fins políticos do Estado.

Com efeito, com o cristianismo o direito se separa da religião e se admitem duas ordens distintas e autônomas: as normas civis e as normas canônicas. Antes do cristianismo, e com ele se amalgamando posteriormente, pela afinidade de visões, a filosofia grega e o direito romano mais antigo seguiram o caminho da independência da mitologia e da religião para a explicação e estruturação da ordem social e política (RHONHEIMER, 2009, p. 26-27).

2 A AUTOCOMPREENSÃO DO ESTADO E DA IGREJA

Dentro da moldura histórica, vemos como, com o passar do tempo, o Estado, considerado

como a organização política da sociedade, e a Igreja, considerada como comunidade dos que professam a mesma fé religiosa, foram se autocompreendendo de modos diversos, o que gerou sempre tensões entre essas duas sociedades perfeitas.

Com efeito, o Estado que, inicialmente via sua missão como omnicomprensiva, abarcando tanto o temporal como o espiritual (teocracias e monarquias de direito divino), passou para uma visão anticlerical de exclusão do fator religioso (revolução francesa e totalitarismo comunista), estando por encontrar o ponto de neutralidade em que, reconhecendo a relevância do fator religioso, não privilegia qualquer profissão religiosa, garantindo a todas a sua livre expressão (genuína laicidade)

Por sua vez, a Igreja que, após seu reconhecimento pelo Império Romano e a transformação do Cristianismo em religião oficial do Estado, contou com este para sua defesa e expansão da verdade religiosa que vinha a difundir, inclusive com base territorial reconhecida (Estados Pontifícios), vem, no final do século XX, a admitir o regime concorrencial de exposição da fé, sem o apoio estatal, calcado no princípio da liberdade religiosa.

Com o reconhecimento da laicidade do Estado tanto pela Igreja quanto pelo Estado se reconhece, em suma, a “separação institucional entre religião e política” (RHONHEIMER, 2009, p. 109), cujo corolário é justamente a neutralidade do Estado frente ao fator religioso: reconhece-se a relevância pública da religião, quer pela importância que tem para o ser humano, quer como elemento cultural constituinte de toda sociedade, mas não se assume nem privilegia qualquer credo em concreto. Portanto, neutralidade e imparcialidade não se compadecem com antirreligiosidade ou valoração veritativa de algum credo em especial.

Ou seja, o Estado Democrático é aquele que, garantindo as liberdades públicas e o processo de escolha das opções políticas da sociedade, reconhece que há critérios de valor que norteiam essas opções e que são legítimas as manifestações da Igreja em

defesa desses valores, pois cabe à sociedade formular livremente seu projeto de valor.

Dentro do desejável marco da laicidade do Estado, de nítida separação, mas com mútua cooperação, entre as esferas política e religiosa, é que se inserem os acordos que a Santa Sé tem firmado com todos os países do mundo, estabelecendo o *modus vivendi* da Igreja Católica e de seus fiéis em cada país (BALDISSERI, 2011).

Variados são os aspectos abordados num acordo dessa espécie, destacando-se os relativos à regulação do casamento civil, ao ensino religioso, à tributação, à previdência e a relações trabalhistas (MARTINS FILHO, 2010, v. 1, p. 297).

No presente estudo ficaremos limitados a 3 desses aspectos: o ensino religioso, os efeitos civis do casamento religioso e o das relações trabalhistas.

3 O ENSINO RELIGIOSO FACULTATIVO, CONFSSIONAL E PLURALISTA

Os arts. 10 e 11 do Acordo disciplinam as questões ligadas à educação, em seu aspecto de transmissão de valores conforme as convicções religiosas das pessoas, famílias e comunidades.

Em “Tratado de Direito Constitucional”, registramos os motivos de ordem antropológica que justificam uma educação fundada nos valores familiares:

No campo educacional, constitui princípio de lei natural que os primeiros e principais educadores da criança sejam os pais. Isto porque educar não é apenas transmitir conhecimentos técnicos (techné – conhecimento, formação da inteligência), mas formar o caráter, pela aquisição das virtudes (areté – virtude, formação da vontade). E esta última formação é responsabilidade primordial dos pais, sendo que a escola deve ser instrumento de colaboração e não de deformação dos valores inculcados pelos pais nos filhos.

Assim, o surgimento da instituição escolar, como continuadora da tarefa de formação do indivíduo, transmitindo-lhe os conhecimentos que a Humanidade foi acumulando ao longo dos séculos, decorre da impossibilidade dos pais de ministrarem aos filhos todo esse caudal de conhecimentos, pois para tanto se exige uma preparação especial.

A escola, como extensão da família na formação do indivíduo, transmite-lhe, além dos conhecimentos técnicos, os valores e os

princípios básicos que fundamentarão, posteriormente, a conduta do indivíduo quando atingir a maturidade. Nesse sentido, não tem apenas a função de formar cultural e profissionalmente o indivíduo, mas de conferir-lhe uma formação integral, que se nota especialmente nos aspectos moral e social (formação do caráter e da sociabilidade).

Daí que as escolas privadas sejam comumente criadas por instituições religiosas preocupadas com essa formação integral da pessoa ou por grupos de pais que querem transmitir aos filhos, além dos conhecimentos técnicos, os valores que prezam (MARTINS FILHO, 2010, v. 1, p. 297).

Não é outra a orientação de nossa Carta Magna, ao dispor que a educação é dever do Estado e da família (CF, art. 205). Ou seja: levando-se em conta o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado não deve substituir-se àquilo que podem e devem fazer as pessoas e os grupos sociais menores, como as famílias, as escolas, as associações, os sindicatos², a educação estatal é um complemento e apoio à educação privada, devendo respeitar suas características antropológicas.

Daí que os dois artigos que tratam da matéria no Acordo Brasil-Santa Sé contemplam, por um lado, uma educação ministrada por escolas católicas e, por outro, o ensino religioso pluriconfessional ministrado nas escolas públicas de ensino fundamental, como elemento de formação integral da pessoa.

Assim estão redigidos o caput do art. 10 e o art. 11 com seu § 1º, que nos interessam para aprofundamento:

Art. 10. A Igreja Católica, em atenção ao princípio de cooperação com o Estado, continuará a colocar suas instituições de ensino, em todos os níveis, a serviço da sociedade, em conformidade com seus fins e com as exigências do ordenamento jurídico brasileiro”.

Art.11. A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa”.

² *Assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com própria iniciativa e indústria, para confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir é uma injustiça, um grave dano e perturbação da ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coaluzar os seus membros e não destruí-los nem absorvê-los” (Pio XI, Encíclica Quadaagesimo Anno, n. 79).*

“§ 1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação”.

O acordo, neste aspecto, seguiu na esteira da própria Constituição Federal que, em seu art. 210, prevê expressamente:

“Art. 210. O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”.

Já a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96), em seu art. 33 (com a redação dada pela Lei 9.475/97), dispõe que:

“Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo”

“§ 1º. Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão normas para a habilitação e admissão de professores”.

“§ 2º. Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso”.

Ora, a dicção da norma constitucional e infraconstitucional é apenas a de garantir o ensino religioso facultativo nas escolas de ensino fundamental, não lhe definindo o conteúdo. O Acordo veio a fixar que este será necessariamente confessional e pluralista, ou seja, de acordo com o credo do estudante ou de seus pais.

Ensino religioso não se confunde com história ou sociologia da religião. Não se trata de transmitir um vago sentimento religioso ou dar a conhecer o fenômeno religioso em suas diferentes manifestações, como cultura geral. Para ter alguma utilidade prática, o

ensino religioso deve ser de uma fé concreta, de acordo com a opção manifestada pelos pais ou pelo próprio estudante, como garantia da liberdade religiosa.

Justamente por se colocar a disciplina como ministrável no ensino fundamental é que deve ter por objeto a colaboração na transmissão da fé dos pais, ensinada em casa e reforçada no colégio. Se fosse para se dar apenas história ou sociologia da religião, o nível letivo seria o do ensino médio, não o fundamental. A formação da criança só é completa quando a dimensão religiosa é transmitida, com respeito à fé dos pais. Por isso a Igreja católica não admite o batismo de crianças e adolescentes se os pais professam fé diversa e se opõem.

Nem se diga, como o faz a Procuradoria Geral da República (PGR) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, que a confessionalidade do ensino poderia discriminar minorias religiosas sem expressão que permitisse a constituição de uma turma específica. Como o ensino é facultativo, estariam dispensados da disciplina sobre religião que não professam. O que não se admite é o desvirtuamento da matéria em atenção a minorias, tornando inócuo o ensino. A Constituição fala em “ensino religioso” e não “análise crítica da religiosidade”, como, na prática, é o que pretendem.

Minha experiência pessoal, quando adolescente, firmou-me ainda mais a convicção da necessidade da confessionalidade do ensino religioso, ainda que às avessas. Tendo estudado em colégio religioso no período que se seguiu imediatamente ao Concílio Vaticano II, foi-nos dado como conteúdo da disciplina de “Religião” o recém-editado “Catecismo Holandês”, que se poderia chamar de tudo, menos de catecismo da doutrina católica. Em um ano estudamos o Bramanismo, Hinduísmo, Budismo e Islamismo. Só não conseguimos chegar ao Cristianismo. Como cultura geral, talvez tenha deixado algum verniz de conhecimento das religiões, mas em nada contribuiu para mudar ou fortalecer minha espiritualidade.

Elencando a legislação de 5 Estados da Federação, o Núncio Apostólico no Brasil apresenta a forma como

já se vinham implementando os termos do Acordo antes mesmo de sua assinatura (BALDISSERI, 2011, p. 142-152):

- a) Rio de Janeiro (Lei Estadual 3.459/00) – prevê:
- a escolha pelos pais ou pelo aluno maior de 16 anos do ensino religioso confessional, segundo o credo que professa (art. 1^o);
 - os professores de ensino religioso serão aqueles credenciados no MEC e pela autoridade religiosa competente, com formação religiosa obtida em instituição por ela mantida ou reconhecida (art. 2^o), realizando-se concurso público para sua seleção (art. 5^o);
 - habilitaram-se como credos a serem ensinados o católico, o judaico e o evangélico.

b) Bahia (Lei Estadual 7.945/01) – prevê também o ensino religioso confessional, segundo a opção das famílias, incluindo o credo dos afrodescendentes.

c) São Paulo (Lei Estadual 10.783/01) – prevê um ensino não confessional, ministrado por professores de História, Ciências Sociais ou Filosofia, desvirtuando completamente o sentido da disciplina.

d) Paraná (Deliberação 1/06 do Conselho Estadual de Educação) – também de caráter não confessional, tendo como objeto apenas o “estudo das diferentes manifestações do sagrado no coletivo”.

e) Minas Gerais (Lei 15.434/05) – igualmente contempla o ensino religioso em caráter não confessional (art. 1^o), prevendo que o conteúdo dessa disciplina será integrada apenas por “aspectos da religiosidade em geral, da religiosidade brasileira e regional, da fenomenologia da religião, da antropologia cultural e filosófica e da formação ética” (art. 2^o).

O modelo a ser aplicado após a ratificação do Acordo Brasil-Santa Sé é o do ensino religioso confessional pluralista. Retirar o caráter confessional desse ensino é desrespeitar os termos do acordo, que ingressou em nosso ordenamento jurídico e deve

ser observado, a par de se tornar inútil a disciplina e frustrada a vontade do Constituinte.

Para implementar o Acordo será necessário, obviamente, superar dificuldades de ordem prática e burocrática, no que diz respeito a quem definirá os conteúdos da disciplina em relação a cada confissão religiosa e como se selecionarão os professores que as ministrarão. No entanto, como disciplinada pelo Estado do Rio de Janeiro, a questão pode ser bem solucionada nos demais Estados da Federação, em respeito à Constituição, à Lei de Diretrizes e Bases da Educação e ao Acordo Brasil – Santa Sé.

De qualquer forma, é de se destacar a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo (França), no caso *Lautsi e outros vs. Itália*, de 18 de março de 2011, no qual, por 15 votos a 2, o Plenário decidiu que não atenta contra a laicidade do Estado, nem viola o art. 14 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, a manutenção de crucifixos nas escolas públicas italianas³. Ou seja, o elemento cultural religioso constitutivo da tradição de uma nação não implica confessionalidade do Estado ou discriminação de qualquer forma.

Por sua vez, a ADI 4439-DF, intentada contra o Acordo Brasil – Santa Sé pela Procuradoria-Geral da República, cujo relator é o Ministro Ayres Britto, insiste na aconfessionalidade do ensino religioso, quando, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, que prevê expressamente esse ensino nas escolas públicas, as aulas de religião têm sido sempre de uma religião em concreto, majoritariamente cristã, e nunca houve essa contestação. Ensino religioso aconfessional é inútil, a par de frustrar a vontade do Constituinte, que o inseriu como elemento formativo do caráter e da personalidade do indivíduo, e não apenas de sua cultura geral⁴.

³ Cfr. Inteiro teor da decisão em www.echr.coe.int/echr/resources/hudoc/lautsi_and_others_v_italy.pdf

⁴ Impactante é o artigo “Panfleto Anticlerical” do ex-Ministro do STF Eros Roberto Grau (2011) contra a ação direta de inconstitucionalidade intentada pela PCR, taxando-a de “imperdoável”.

4 O CASAMENTO RELIGIOSO E SEUS EFEITOS CIVIS

Outro aspecto relevante, mas menos polêmico, do Acordo Brasil – Santa Sé, é o relativo aos efeitos civis do casamento religioso, em sua dupla via, de celebração ou de anulação.

O dispositivo do Acordo em comento assim dispõe:

Art. 12. O casamento celebrado em conformidade com as leis canônicas, que atender também às exigências estabelecidas pelo direito brasileiro para contrair o casamento, produz os efeitos civis, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data da sua celebração.
§ 1º. A homologação das sentenças eclesiais em matéria matrimonial, confirmadas pelo órgão de controle superior da Santa Sé, será efetuada nos termos da legislação brasileira sobre homologação de sentenças estrangeiras.

A matéria é menos polêmica, uma vez que o Acordo vem a reafirmar o que já consta do Direito Positivo Brasileiro, no art. 226, § 2º, da Constituição Federal, verbis:

“Art. 226. (...)”

(...)

“§ 2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”.

A lei a que se refere a Constituição é o Código Civil de 2002, que assim dispõe:

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º. O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§ 2º. O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil,

mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observando o prazo do art. 1.532.

§ 3º. Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.

Reconhecer efeitos civis ao casamento religioso é reconhecer que, além do juiz (CC, art. 1.514), também a autoridade religiosa pode celebrar o casamento reconhecido pelo Estado, bastando que os cônjuges se habilitem previamente perante o juízo (CC, arts. 1.525-1.532), para verificação da existência, ou não, de impedimentos (CC, arts. 1.521-1.522) ou causas suspensivas (CC, arts. 1.523-1.524), e registrem posteriormente no cartório o termo do casamento religioso (CC, art. 1.516, § 1º).

O § 1º do art. 12 do Acordo tem a ver com a declaração de nulidade do casamento religioso, para efeitos civis. Enquanto a lei civil admite não apenas a declaração de nulidade do casamento (CC, arts. 1.548-1.564), mas o próprio desfazimento do casamento pelo divórcio (CF, art. 226, § 6º; CC, arts. 1.571, IV), a lei eclesial só contempla uma única hipótese de dissolução, que é a do “*privilegio paulino*”, ou seja, a de permitir a quem venha a se batizar o direito de contrair novo casamento, caso o cônjuge não batizado não mais queira conviver com o cônjuge batizado ou fazê-lo sem ofensa a Deus (CIC, cânones 1.141-1.150).

No mais, a Igreja Católica só admite a declaração de nulidade, não o divórcio, nas seguintes hipóteses, em face dos seguintes impedimentos dirimentes para contrair matrimônio ou vícios de consentimento:

a) ser homem menor de 16 anos completos ou mulher menor de 14 anos completos (CIC, can. 1.083, § 1º);

b) a impotência para copular (diferente da esterilidade), antecedente e perpétua, absoluta ou relativa, por parte do homem ou da mulher (CIC, can. 1084 § 1º);

c) estar validamente casado, sem que tenha sido declarada judicialmente a nulidade (CIC, art. 1085, § 1º);

d) católico ter contraído matrimônio com pessoa não batizada na Igreja Católica, sem a prévia dispensa (CIC, can. 1086, §§ 1º e 2º);

e) ter recebido ordens sagradas (CIC, art. 1.087);

f) ter feito voto público perpétuo de castidade em instituto religioso (CIC, can. 1.088);

g) mulher raptada violentamente para contrair matrimônio, desde que escolha espontaneamente o matrimônio após libertada (CIC, art. 1.089);

h) ter matado o próprio cônjuge ou o do outro para contrair matrimônio (CIC, can. 1.090, § 1º);

i) casamento, na linha reta de consanguinidade, entre todos os ascendentes e descendentes, tanto legítimos como naturais, e na linha colateral, até o quarto grau inclusive (CIC, can. 1.091, §§ 1º e 2º);

j) casamento em linha reta de afinidade, em qualquer grau (CIC, can. 1.092 e 1.093);

k) ligação por parentesco legal surgido de adoção, em linha reta ou no segundo grau da linha colateral (CIC, can. 1.094);

l) incapazes por deficiência de razão ou causas psicológicas (CIC, can. 1.095);

m) vício de consentimento por ignorância da natureza do matrimônio (CIC, can. 1.096, § 1º), por erro de pessoa (can. 1.097, § 1º) e não de qualidade desta (can. 1.097, § 2º), a menos que tenha havido dolo (can. 1.098); por violência ou medo grave proveniente de causa externa, ainda que incutido não propositadamente, para se livrar do qual alguém seja forçado a escolher o matrimônio (can. 1.103).

n) matrimônio não contraído perante o Ordinário local ou o pároco, ou um sacerdote ou diácono delegado por qualquer um dos dois como assistente, e além disso perante duas testemunhas (CIC, can. 1.108).

Como apenas alguns desses impedimentos ou vícios constam também do Código Civil, tais como idade mínima (CC, art. 1.517), consanguinidade (CC, art. 1.521, I e IV), afinidade (CC, art. 1.521, II), adoção (CC, art. 1.521, III), casamento existente (CC, art. 1.521, VI), assassinato do outro cônjuge (CC, art. 1.521, VII), enfermidade mental (CC, art. 1.548) e vício de vontade (CC, art. 1.550, III), a

sentença canônica de nulidade, especialmente por causa não contemplada pelo Direito Civil, deverá ser homologada pela autoridade civil competente, para gerar os efeitos civis.

5 OS MINISTROS ECLESIAÍSTICOS E AS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Também o aspecto trabalhista foi contemplado no Acordo Brasil – Santa Sé sobre as relações entre Igreja e Estado em terras brasileiras. O principal objetivo do art. 16 do Acordo foi deixar claro a inexistência de vínculo empregatício entre os ministros do culto ou fiéis consagrados e suas respectivas instituições religiosas, em face do serviço que possam prestar, sempre de caráter voluntário e vocacional.

Assim dispõe o referido artigo:

Art. 16. Dado o caráter peculiar religioso e benéfico da Igreja Católica e de suas instituições:

I. O vínculo entre os ministros ordenados ou fiéis consagrados mediante votos e as Dioceses ou Institutos Religiosos e equiparados é de caráter religioso e portanto, observado o disposto na legislação trabalhista brasileira, não gera, por si mesmo, vínculo empregatício, a não ser que seja provado o desvirtuamento da instituição eclesial;

II. As tarefas de índole apostólica, pastoral, litúrgica, catequética, assistencial, de promoção humana e semelhantes poderão ser realizadas a título voluntário, observado o disposto na legislação trabalhista brasileira.

Quatro ideias principais se extraem do supracitado artigo, que merecem explanação:

a) regra da inexistência de vínculo empregatício entre os ministros do culto (sacerdotes) ou fiéis consagrados (monges e freiras) e seus respectivos institutos eclesiaísticos (diocese, prelazia, ordem religiosa ou instituto secular);

b) exceção do reconhecimento do vínculo, na hipótese de desvirtuamento do instituto religioso, em que o objetivo espiritual é transmutado em objetivos meramente humanos, de caráter econômico, político ou social;

c) trabalho voluntário de fiéis leigos em paróquias ou institutos eclesiais, em atividades de caráter espiritual;

d) trabalho remunerado de sacerdotes, religiosos e fiéis leigos em instituições ligadas à Igreja Católica, em atividades não essencialmente espirituais, tais como ensino, saúde e assistência social.

Passemos à análise das quatro situações.

5.1 INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DOS MINISTROS SAGRADOS E RELIGIOSOS

Desde o surgimento das primeiras ordens religiosas no século IV, com a espiritualidade de afastamento do mundo, para se chegar à contemplação de Deus, tivemos um sem número de ordens fundadas até o século XVI: agostinianos, premonstratenses, beneditinos, cistercienses, trapistas, dominicanos, franciscanos, capuchinhos, carmelitas, trinitários, mercedários, servitas, etc.

Já desde os começos, Santo Agostinho (354-430), chamado a opinar sobre a controvérsia dos monges cartagineses, que se diziam isentos da obrigação de trabalhar manualmente, já que seu trabalho seria a oração e a pregação, escreveu o *"De Opere Monachorum"* ("A Respeito do Trabalho dos Monges"), no qual afirmava que nada autorizava o monge a considerar-se eximido dos esforços para contribuir ao sustento próprio e da comunidade, ainda que fosse lógico que os cristãos participassem com suas esmolas na manutenção das comunidades religiosas que não fossem autossustentáveis (ILLANES, 1997, p. 63-91).

A controvérsia dos inícios da Idade Média a respeito do trabalho religioso foi solvida com a distinção entre profissão e estado:

a) trabalho profissional – o trabalho no meio do mundo, no exercício de uma profissão ou ofício, correspondia a um serviço que mereceria uma retribuição terrena, na base de honorários ou salário, e

b) estado religioso – o serviço prestado pelo religioso a Deus e à comunidade correspondia à

resposta a uma vocação divina, segundo a qual o homem esperaria uma retribuição extraterrena.

Para o seu sustento, os integrantes das ordens religiosas (monges, frades e freiras), como também os membros da hierarquia da Igreja Católica (bispos e sacerdotes) e das diversas confissões evangélicas ou de outras religiões (pastores, rabinos, etc), contam com as doações e esmolas do povo fiel. Essas contribuições não têm, de forma alguma, a conotação de comutatividade, ou seja, de retribuição material por um serviço de natureza espiritual. Isso constituiria o pecado de simonia, condenado desde os primórdios do Cristianismo: venda ou promessa de bens espirituais em troca de vantagens materiais (Simão, o Mago, pretende pagar a S. Pedro para que lhe transmita o poder de impor as mãos sobre as pessoas, para lhes dar o Espírito Santo: Atos dos Apóstolos, Cap. 8, v. 18-24).

Todas as atividades de natureza espiritual desenvolvidas pelo clero, tais como administração dos sacramentos (batismo, crisma, celebração da Missa, atendimento de confissão, extrema unção, ordenação sacerdotal ou celebração do matrimônio) ou pregação da Palavra Divina e divulgação da fé (sermões, retiros, palestras, visitas pastorais, etc), não podem ser consideradas serviços a serem retribuídos mediante uma contraprestação econômica, pois não há relação entre bens espirituais e materiais, e os que se dedicam às atividades de natureza espiritual o fazem com sentido de missão, atendendo a um chamado divino e nunca por uma remuneração terrena. Admitir o contrário seria negar a própria natureza da atividade realizada.

A doutrina medieval francesa desenvolveu a diferenciação entre profissão e estado (BARROS, 2001), que possibilitou dar tratamento distinto àquelas atividades que supunham um serviço à sociedade de natureza especial. Assim, não apenas foi considerado "estado" o desenvolvimento da função religiosa, como também o desenvolvimento da função militar, de serviço à pátria e de defesa da comunidade.

Assim, a concepção do final da Idade Média sobre a estruturação da sociedade, que se preservará durante a Idade Moderna, até sua revisão na Idade Contemporânea, refletida perfeitamente na Assembleia dos 3 Estados que deu início à Revolução Francesa, era a de que a sociedade estava dividida em três seguimentos ou "Estados":

a) Clero – encarregado do culto (atividade religiosa), assistência (atividade social) e ensino (atividade educacional);

b) Nobreza – encarregada do governo (atividade administrativa), defesa (atividade militar) e distribuição da justiça (atividade judiciária);

c) Povo (*"Le Tiers État"*) – encarregado do trabalho produtivo (bens e serviços na agricultura, indústria e comércio).

Tendo em vista a espécie de serviço prestado à comunidade, o Clero e a Nobreza estavam isentos de impostos (que eram arrecadados com a função também de sustentá-los) e de todo o trabalho produtivo, que deveria ser desenvolvido pelo "Terceiro Estado". Essa estrutura irá ser contestada quando, a partir da Guerra dos 30 anos, que termina com a Paz de Westfália, pela qual se reestrutura a Europa, fixando-se pela primeira vez as fronteiras dos Estados Modernos, os nobres deixam de ser os protagonistas diretos das guerras, que passam a ser travadas por exércitos contratados e remunerados pela nobreza. Daí que sua função e *status* passam a ser contestados, como de uma classe meramente ociosa, sem qualquer serviço a prestar à sociedade, gerando a Revolução Francesa (REMOND, 1974).

A função militar e a função religiosa, no entanto, preservam seu *status* especial, como atividades que merecem um tratamento diferenciado, pela espécie de serviço que prestam à comunidade. Nesse sentido, a própria denominação das formas de retribuição das várias espécies de trabalhadores é distinta, conforme a natureza própria do serviço prestado:

- Empregado – recebe salário;
- Trabalhador autônomo – recebe honorários;
- Servidor público – recebe vencimentos;

- Magistrado e Agente Político – recebe subsídio;
- Militar – recebe soldo.

Nessa moldura, os ministros de culto de qualquer confissão religiosa e os fiéis consagrados que prestem serviços de natureza espiritual à comunidade não mantêm vínculo empregatício com suas respectivas instituições e igrejas, uma vez que se dedicam a eles por vocação espiritual e não retribuição terrena.

Nesse sentido segue a jurisprudência pátria, que norteou o dispositivo em tela:

RELAÇÃO DE EMPREGO - TRABALHO RELIGIOSO - PASTOR. *Inexiste contrato de trabalho entre um pastor e sua igreja. Apesar da atividade intelectual e física, o traço de união é a fé religiosa, decorrente da vocação, sem a conotação material que envolve trabalhador comum (TST, 1ª Turma, RR 104323/94, Rel. Min. Ursulino Santos, Acórdão n. 4842/94, in DJ 25/11/94).*

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE REVISTA - VÍNCULO DE EMPREGO - ENTIDADE RELIGIOSA - ÔNUS DA PROVA. *O Tribunal Regional do Trabalho concluiu, com base na valoração da prova produzida, que não restaram preenchidos os pressupostos fático-jurídicos que autorizariam o reconhecimento do vínculo de natureza empregatícia, porquanto a relação existente entre as partes não era de cunho patrimonial/trabalhista, mas sim filantrópica/religiosa. Nesse contexto, o processamento do recurso de revista revela-se inviável, uma vez que o quadro fático-probatório delimitado no acórdão regional não viabiliza o esquadramento jurídico pretendido pela reclamante, havendo correta distribuição do encargo da prova quanto ao fato impeditivo de seu direito. Ilesos os arts. 2º e 3º da CLT, 313, II, do CPC e 16, I, do Código Civil pretérito. Agravo de instrumento a que se nega provimento (TST-AIRR-9644400-72.2003.5.04.0900, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DJ de 20/02/09).*

VÍNCULO EMPREGATÍCIO - PASTOR EVANGÉLICO - FATOS E PROVAS. *O Tribunal Regional decidiu com base no exame dos fatos e da prova inseridos nos autos, sendo contundente ao concluir pela inexistência de relação de emprego entre as partes, bem como de ter restado configurada a prestação de serviços religiosos, o que não formava vínculo empregatício entre as partes. Desse*

modo, somente com o reexame da moldura fática delimitada no acórdão regional, seria possível reconhecer a veracidade das alegações produzidas no recurso de revista. Incidência da Súmula nº 126 do TST. Não conhecido (TST- RR- 93000-38.2008.5.17.0014, Rel. Min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DJ de 19/04/11).

RELIGIOSA – VÍNCULO EMPREGATÍCIO – NÃO RECONHECIMENTO. A religiosa que se dedica durante 28 anos, na condição de noviça e depois freira, às atividades próprias da Congregação das Irmãs Filhas da Caridade de São Vicente de Paula, não pode ser considerada empregada da congregação da qual também é parte. A ausência de pagamento de salário durante quase três décadas, a natureza do trabalho desenvolvido, não configura a presença dos requisitos do art. 3º da CLT. Relação de emprego não reconhecida (TRT da 9ª Região, 2ª Turma, Rel. Juiz Ernesto Trevizan, in DJPR de 17/09/93).

PASTOR - RECLAMAÇÃO CONTRA ENTIDADE RELIGIOSA - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O pastor que representa a Igreja, exercendo atividades eclesísticas e administrativas, sem subordinação, em função do dever religioso pelo qual estava vinculado, não é empregado. A circunstância de ser essa sua única atividade, e dela resultar seu sustento, não é suficiente para caracterizar o vínculo empregatício (TRT 15ª Região, 2ª Turma, RO 24679/94, Rel. Juíza Mariane Khayat, Acórdão n. 20811/96).

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELIGIOSOS - RELAÇÃO DE EMPREGO INEXISTENTE. O desempenho de atividades evangelizadoras não caracteriza relação de trabalho entre o prestador e a instituição religiosa, ainda que outros serviços tenham sido pelo mesmo desempenhados, como a construção de templos em regime de mutirão (TRT 20ª Região, RO 1937/99, Rel. Juiz Eliseu Nascimento, Acórdão n. 2241/99, DOESE 17/01/00).

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PRESBÍTERO. A atividade vocacionada para evangelização, de cunho espiritual, como celebração de cultos, sacramentos, assistência religiosa a famílias, administração regional de igrejas e envio de missionários ao exterior, não enseja relação de índole trabalhista (TRT 15ª Região, 4ª Turma, RO 29744/00, Rel. Juiz Flávio Alegretti de Campos Cooper, Acórdão n. 10432/01).

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. INEXISTÊNCIA. PASTOR EVANGÉLICO. O Sacerdócio não é emprego, mas vocação divina, onde o ganho é espiritual e não material. Embora exercido com personalidade e em função de qualidades

personais, de forma não eventual, o sacerdócio não se amolda ao conceito de empregado. A submissão do pastor à doutrina da igreja decorre da fé que professa e não se confunde com a subordinação jurídica do empregado. O sustento dos abeiros é bíblico, porém, não caracteriza a onerosidade e a comutatividade necessárias ao reconhecimento do vínculo empregatício (TRT 10ª Região, RO 3358/00, Rel. Juíza Cilene Ferreira Amaro Santos, DJU de 16/02/01).

5.2 DESVIRTUAMENTO DO SERVIÇO RELIGIOSO

Podem haver, mas graças a Deus são casos isolados, desvirtuamento da vocação religiosa, reduzindo-a a um mero serviço à comunidade, desvinculado de sua perspectiva sobrenatural. A partir do momento em que se perde a fé, a atividade religiosa passa a ser encarada com uma visão meramente terrena e o religioso perde suas raízes.

Verifica-se essa perda da perspectiva vertical da missão religiosa de serviço eminentemente a Deus, para se ficar numa perspectiva unicamente horizontal, de serviço ao próximo, com interesses inclusive materiais, formando-se sindicatos de religiosos, pastores e afins, visando a defender seus “interesses de classe” frente às instituições às quais se filiaram. Esse desvirtuamento só se pode explicar se as próprias instituições de caráter religioso se desvirtuam, buscando mais o lucro com a “venda” de assistência espiritual do que com a aproximação das almas de Deus.

Duas situações devem ser diferenciadas:

a) desvirtuamento do religioso, que perde o sentido mais elevado de sua vocação, e que pretende receber uma “indenização” pelos anos de dedicação à instituição na qual serviu, ao se desligar dela, e

b) desvirtuamento da instituição, que perde o seu sentido de difusão de uma determinada fé, para transformar-se em “mercadora de Deus”, estabelecendo um verdadeiro “comércio” de bens espirituais, mediante pagamento.

No primeiro caso, o desvirtuamento da vocação religiosa não permite o reconhecimento de uma relação de emprego com a Instituição à qual se filiou

o "religioso". Isto porque os integrantes da hierarquia da Igreja, os membros de uma ordem religiosa, os pastores, rabinos e representantes das diversas religiões se confundem com a própria instituição.

Se, por um lado, não se pode condenar uma Instituição Religiosa pelas faltas pessoais de seus membros, por outro, são esses mesmos membros que, em comunhão, formam a Instituição Religiosa.

No caso da Igreja Católica, por exemplo, as 4 notas que a caracterizam, como constam do Símbolo Niceno-Constantinopolitano (Credo), são a unidade, santidade, catolicidade e apostolicidade. Se a Igreja é santa pelo seu Fundador, pela sua doutrina e pelos seus sacramentos, é composta por homens, que somos pecadores. A Igreja é a sociedade visível dos batizados. Assim, muitos dos erros dos quais se acusam determinadas instituições religiosas são, na verdade, erros de alguns de seus membros, que se acabam confundindo com erros da própria instituição.

Pode haver, no entanto, instituições que aparentam finalidades religiosas e, na verdade, dedicam-se a explorar o sentimento religioso do povo, com fins lucrativos. Essa a hipótese verificada, por exemplo, no seguinte precedente do TRT do Espírito Santo:

Pode-se fingir desconhecer que estas igrejas representam verdadeiras organizações empresariais, que ao mesmo tempo em que preveem ascensão funcional - obreiro, presbítero, pastor, bispo - exigem, cada dia mais, lucro e produtividade? Há notícias, inclusive, de que algumas igrejas estariam oferecendo leasing aos interessados. Tampouco se pode ignorar que, recentemente, em abril de 1999, o Sindicato dos Ministros de Cultos Religiosos Evangélicos e Trabalhadores Assemblados no Estado de São Paulo (SIMEESP) obteve registro sindical e que há, aproximadamente, 100.000 pastores evangélicos em São Paulo, sendo que, destes, 300 encontram-se, agora, sindicalizados, formulando, dentre outras, as seguintes reivindicações: registro da atividade em carteira de trabalho, 13º salário, férias, FGTS, além de um Piso Salarial equivalente a cerca de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Verifica-se, portanto, que seus pleitos consistem, em suma, na obtenção dos direitos que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) assegura a qualquer trabalhador formal. Não há qualquer dúvida, pois, de que, mascarada por uma relação de natureza religiosa, pode-se encontrar uma verdadeira relação de emprego, na qual o membro da

igreja coloque a sua força de trabalho sob a direção da Igreja, diuturnamente, em troca de numerário que assegure a sua sobrevivência.

[...] A certeza que brota das provas colhidas é de que a partir dos idos de 1962, de forma engenhosa, o fundador da reclamada deu início à criação de uma rede que se espalhou por todo o Brasil, cujo objetivo maior era a arrecadação de receitas, em troca da palavra divina. Logicamente, que se no lugar de uma igreja fosse fundada uma empresa comercial, certamente que seus objetivos jamais seriam alcançados. No entanto, a diferença entre ambas só existe no produto oferecido. E não se diga que é inaplicável o termo "produto" ao que oferece a Ré aos seus membros, posto que, os depoimentos colhidos deixam evidenciado que as ofertas e os dízimos eram as principais tarefas dos diáconos e do pastor-chefe, havendo rigoroso controle contábil efetivado pela matriz em São Paulo. Mas não é só. A análise da prova documental deixa estarecido qualquer julgador, demonstrando que a Ré sequer merece sobreviver num sistema democrático. Os estatutos da Igreja Pentecostal "Deus é amor" (fls. 30/31) servem para evidenciar que esta foi fundada pelo Sr. David Martins Miranda, passando este a exercer o cargo de Presidente, cargo este vitalício, conforme artigo 8º (fls. 15). Ora, sendo fundador da referida igreja e fazendo constar em seu estatuto tal artigo, com certeza elaborado pelo próprio, é evidente que o Sr. David Martins seria aquinhoadado com tal cargo, mantendo-se até os dias atuais. Por mais que se procure, ainda que se queie pelo espírito cristão do povo brasileiro, não se encontra qualquer semelhança entre o proprietário de uma empresa e o fundador da Ré, como se disse em linhas transitadas, muda somente o bem ou o serviço oferecido. Mas ainda não é tudo. A gravidade maior repousa no REGULAMENTO INTERNO DA IGREJA PENTECOSTAL "DEUS É AMOR", juntado aos autos às fls. 10/12, sem que sofresse qualquer contrariedade por parte da Ré. Merece transcrição o item L. 18 do citado regulamento: ITEM L. 18 - PECADOS - PROCESSAR A IPDA Todos os obreiros e membros que abrirem processos contra a IPDA, serão punidos da seguinte maneira: 1) Se retirarem o processo antes de ser julgado, receberá a seguinte prova: Obreiros: 4 (quatro) meses e volta a ser membro. Membro: 2 (dois) meses e volta a ser membro. Em ambos os casos não poderão ser mais obreiros. 2) Se o processo for julgado e a pessoa ganhar ou fizer acordo para voltar a ser membro, a pessoa terá que devolver à IPDA o valor recebido com juros e correção monetária, e após a devolução receberá a seguinte prova: Obreiros, 120 dias e volta a ser membro. Membros, 60 dias e volta em comunhão. Em ambos os casos não poderão ser mais obreiros. 3) Se for julgado, e a pessoa perder a causa, para voltar a ser membro somente com autorização da diretoria, icor. 6.1. a 11 = atos 16.6.

É patente a afronta da reclamada ao texto da Constituição Federal, ao impor aos seus membros tais regras de conduta, vez que a Lei Maior tem como escopo a plena liberdade do cidadão, buscando preservar o estado democrático de direito. Imputar como pecado o simples fato de algum membro bater as portas do Poder Judiciário é prova cabal que os objetivos da reclamada não se limitam à propagação do Evangelho. A ré cria novo modelo de pecado, com o único objetivo de eximir-se de ser interpelada em juízo pelos seus atos. Certamente que os pecados impostos por tal regulamento, maltecidos juntamente com a palavra divina, levam aqueles mais desprovidos de cultura a aceitarem as condições que lhe são impostas. Por derradeiro, um último ponto merece destaque. Nos dias atuais é fato público e notório a propagação de templos de evangelização, os quais são lecionados a determinadas pessoas que tenham um pequeno conhecimento das palavras bíblicas e boa oratória, exercendo a função de administrador, com total subordinação à matriz localizada em grande centro. Na hipótese vertente não foi diferente, o reclamante certamente não passou por qualquer procedimento propedêutico sobre teologia, mas serviu aos desígnios da ré, sendo até remunerado pelos seus trabalhos. Ao autor nada fora exigido para chegar a condição diácono, bastou que tivesse um pouco de oratória divina e estivesse alinhado com a linha adotada pela reclamada, prestando fielmente, ao cabo de cada mês, suas contas para serem submetidas ao crivo da matriz em São Paulo. O vínculo de emprego entre as partes é de uma clareza solar, estando presentes todos os requisitos necessários para caracterização do contrato de trabalho (TRT 17ª Região, RO 2092/98, Red. Des. Juiz José Carlos Rizk, Acórdão n. 8682/99, Recorrente Igreja Pentecostal "Deus é Amor" e Recorrido Nedinho de Souza Rocha).

Na hipótese retratada acima, verifica-se o desvirtuamento da própria instituição, que de religiosa só tem o nome. Nesse caso, o caráter "comercial" da "igreja" permite que seja reconhecido o vínculo empregatício entre os "pastores" e a instituição. Só assim se entende que haja sindicatos de pastores, criados para defender os interesses trabalhistas de uma "categoria profissional dos pastores" contra uma "categoria econômica das igrejas evangélicas".

Nesse sentido, registramos em julgado de nossa relatoria a hipótese, que serviu de norte para se admitir excepcionalmente o reconhecimento do vínculo empregatício com a entidade religiosa, de qualquer profissão religiosa que seja:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PASTOR EVANGÉLICO - RELAÇÃO DE EMPREGO - NÃO-CONFIGURAÇÃO - REEXAME DE PROVA VEDADO PELA SÚMULA 126 DO TST. O vínculo que une o pastor à sua igreja é de natureza religiosa e vocacional, relacionado à resposta a uma chamada interior e não ao intuito de percepção de remuneração terrena. A subordinação existente é de índole eclesialística, e não empregatícia, e a retribuição percebida diz respeito exclusivamente ao necessário para a manutenção do religioso. Apenas no caso de desvirtuamento da própria instituição religiosa, buscando lucrar com a palavra de Deus, é que se poderia enquadrar a igreja evangélica como empresa e o pastor como empregado. No entanto, somente mediante o reexame da prova poder-se-ia concluir nesse sentido, o que não se admite em recurso de revista, nos termos da Súmula 126 do TST, pois as premissas fáticas assentadas pelo TRT revelam que a função exercida pelo Reclamante estava estritamente ligada à intimidade da consciência religiosa e à assistência espiritual desde a adesão à função de pastor por livre manifestação de vontade, não sendo hipótese de vínculo de emprego. Agravo de instrumento desprovido" (TST-AIRR-74040-42.2005.5.05.0024, Rel. Min. Ives Gandra, 7ª Turma, DJ de 05/09/08).

5.3 TRABALHO VOLUNTÁRIO DE RELIGIOSOS E FIÉIS LEIGOS

Em fevereiro de 1998, foi editada a Lei n. 9.608/98, para colocar uma pá de cal nas discussões de membros ou colaboradores de confissões religiosas que, dedicando-se voluntariamente ao serviço dessas instituições, pretendiam, depois, o reconhecimento de vínculo empregatício quando deixavam de se dedicar a elas, buscando um ressarcimento pelo tempo que a elas dedicaram.

É a essa lei que o inciso II do art. 16 do Acordo Brasil – Santa Sé quer se referir, quando menciona que seja "observado o disposto na legislação trabalhista brasileira".

A Lei n. 9.608/98 veio justamente dar uma roupagem jurídica a esse tipo de situação, contemplando o denominado "trabalho voluntário", que se presta sem busca de remuneração, em função de uma dedicação abnegada em prol de uma comunidade,

que muitas vezes sequer teria condições de retribuir economicamente esse serviço, precisamente pelas finalidades não lucrativas que possui.

Dispõe a **Lei do Serviço Voluntário**, nos seus poucos artigos, que:

Art. 1º - Considera-se serviço voluntário, para fins desta Lei, a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade.

Parágrafo único. O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim.

Art. 2º - O serviço voluntário será exercido mediante a celebração de termo de adesão entre a entidade, pública ou privada, e o prestador do serviço voluntário, dele devendo constar o objeto e as condições de seu exercício.

Art. 3º - O prestador do serviço voluntário poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias.

Parágrafo único. As despesas a serem ressarcidas deverão estar expressamente autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário.

O conceito de **trabalho voluntário** é bastante abrangente, não incluindo expressamente o trabalho religioso, quando desenvolvido exclusivamente *interna corporis* da congregação à qual pertence o religioso, mas abrangendo toda e qualquer repercussão externa que esse trabalho possa ter em prol da sociedade. Na verdade, o conceito é amplo o suficiente para albergar todo labor realizado em caráter gratuito, como manifestação de solidariedade ou civismo.

Para que não se possa ter a relação entre o ente público ou privado e a pessoa que presta o serviço voluntário como de emprego, é necessário que o ente ao qual se presta o serviço obtenha do seu colaborador a assinatura do termo de adesão de que cogita o art. 2º da Lei 9.608/98. Do contrário, corre-se o risco de se ter o colaborador, futuramente, postulando o reconhecimento de vínculo de emprego e este sendo reconhecido, com base justamente na ausência de termo de adesão, quando a gratuidade da prestação dependia dessa adesão, mormente depois que a editada a Lei 9.608/98.

É lógico que o "termo de adesão" caracterizador do serviço voluntário diz respeito exclusivamente aos colaboradores das instituições religiosas. Os membros dessas instituições (padres, monges, pastores, etc.) não necessitam assinar tal instrumento jurídico em relação aos serviços de natureza espiritual, assistencial ou educativa que prestam no âmbito da instituição, uma vez que a natureza própria dessa prestação é distinta de qualquer relação de trabalho a ser diferenciada explicitamente com a assinatura do termo.

No entanto, se houver dúvida quanto à espécie de atividade desenvolvida e ao nível de engajamento do colaborador frente à instituição, a assinatura do "termo de adesão" pode ser medida de precaução, para evitar eventuais e futuras demandas judiciais.

Assim, no caso de sacristães, organistas e campanários, que colaboram numa paróquia ou igreja, já que o fazem não em virtude de votos ou por qualquer vínculo especial que os torne membros da instituição religiosa para a qual laboram, necessária será a assinatura do "termo de adesão" se a sua colaboração for em caráter gratuito, pois, do contrário, o trabalho por eles desenvolvido enquadrar-se-á na relação de emprego regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Aliás, para aqueles que se dedicam preponderantemente a essa atividade, esse é o seu ganha pão, sendo o trabalho remunerado pela paróquia.

Também em relação ao serviço voluntário, pode haver desvirtuamento passível de gerar vínculo empregatício e direito a verbas salariais, quando exigidos serviços não constantes do termo de adesão.

A prestação de serviço voluntário pode gerar gastos para o prestador desses serviços, razão pela qual a Lei 9.608/98 prevê a possibilidade de seu ressarcimento, desde que prevista, em tese, a realização desses gastos (art. 3º e parágrafo único). A previsão dessa possibilidade deixa claro que eventuais pagamentos feitos ao prestador do serviço voluntário não descaracterizam a gratuidade do serviço, pois sua natureza não é salarial, mas indenizatória.

5.4 TRABALHO REMUNERADO DE RELIGIOSOS E FIÉIS LEIGOS

Além da atividade exclusivamente de caráter espiritual, tanto os membros das ordens religiosas quanto o clero secular pode se dedicar a atividades de assistência e ensino. Também nessas atividades, o religioso não busca a remuneração terrena, mas se dedica ao próximo como manifestação externa do seu amor a Deus. Essa atividade externa faz parte de sua própria vocação, pois muitas ordens religiosas têm como carisma específico o atendimento aos necessitados (barnabitas, camilianos, lazaristas, etc) e o ensino e formação da juventude (jesuítas, escolápios, lasallistas, maristas, salesianos, etc).

Também nesse caso, o ensino e a assistência social fazem parte da missão própria da vocação que tais religiosos receberam, razão pela qual o trabalho que realizam no atendimento a enfermos e necessitados, ou no ensino e educação, no âmbito dos estabelecimentos de sua própria ordem, constituem mera extensão de sua dedicação total a Deus. Por isso, uma religiosa que trabalha como enfermeira num Hospital mantido por sua ordem, ou um religioso que dá aulas num colégio de sua ordem, não mantém vínculo de emprego com os referidos estabelecimentos, mas a sua relação com essas instituições decorre dos votos que fizeram. A menos que haja uma normativa do instituto religioso em sentido diverso, como veremos mais adiante.

Após o Concílio Vaticano II, com o reconhecimento da "Chamada Universal à Santidade", ou seja, de que a vocação de santidade e apostolado não se limita aos padres, frades e freiras, mas se estende a todos os leigos, tem-se que o denominado "serviço religioso", ou seja, de natureza espiritual, pode ser desenvolvido não apenas por sacerdotes e monges, mas também por leigos que se sintam vocacionados a prestar essa assistência à comunidade onde vivem. Daí a ampliação do conceito de trabalho religioso que a doutrina criou, albergada ultimamente pela legislação positiva: o trabalho voluntário, ou seja, aquele que se presta sem busca de uma retribuição material, mas em

vista de um ideal mais elevado de serviço a Deus e de solidariedade humana.

Situação distinta seria a desses mesmos religiosos ou leigos prestarem serviços em outras instituições sem caráter religioso, com as quais poderiam manter vínculo de emprego. O mesmo acontece com pessoas que não integram as instituições de caráter religioso e que para elas prestam serviços. Essas poderiam ter reconhecido o vínculo de emprego, quando laboram com o intuito de receberem uma remuneração e nessa condição são contratadas.

Para essas hipóteses de serviço de caráter não estritamente espiritual, prestado por religiosos ou leigos para as próprias instituições a que pertencem ou a outras, quando se fizer com sentido de serviço abnegado ao próximo, sem busca de uma retribuição terrena, é que se reconheceu, na legislação brasileira e estrangeira, a modalidade do trabalho voluntário, distinto do contrato de trabalho remunerado. No entanto podem as congregações religiosas dispor de outro modo, no que diz respeito a essas atividades educativas, hospitalares e assistenciais. Somente nessa hipótese, de contratação e remuneração, é que se poderá falar em vínculo empregatício de religioso. Seria exemplo dessa espécie o padre de carteira assinada como professor num colégio ou universidade católica.

No caso dos profissionais contratados pelas dioceses, paróquias, congregações religiosas, igrejas evangélicas e qualquer templo ou associação religiosa, para atendimento de tarefas não estritamente religiosas, mas que, como atividades-meio, são indispensáveis para a consecução da atividade-fim de toda e qualquer instituição religiosa, que é a propagação da mensagem evangélica e a santificação pessoal de seu membros, o regime a que estarão submetidos será o trabalhista, se não se dispuser contratualmente em contrário, através da adoção do termo de adesão do trabalho voluntário.

Nessa hipótese, a instituição religiosa enquadra-se na categoria de empregador, equiparando-se a instituição beneficente ou sem fins lucrativos que assalaria e dirige prestação pessoal de serviços em caráter não eventual e remunerado (CLT, art. 2º, § 1º).

Os asilos, hospitais e instituições de ensino primário, médio ou superior ligados a congregações religiosas são típicas entidades que, inclusive para o atendimento de sua atividade-fim, contam com pessoal assalariado, caso expressamente não empreguem seu esforço em caráter voluntário, com assinatura do “termo de adesão” da Lei 9.608/98.

Os empregados que laboram em instituições beneficentes e religiosas não são considerados domésticos, mesmo que laborem em atividades próprias do trabalhador doméstico (limpeza, cozinha, etc), uma vez que o conceito legal de trabalhador doméstico está ligado à prestação de serviços à pessoa ou família (Lei 5.859/72, art. 1º), no qual não se enquadram as instituições religiosas. Assim, têm direito à plenitude das garantias da CLT, e não apenas ao rol do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal.

São possíveis, no entanto, as figuras do diarista (que labora apenas alguns dias da semana, recebendo a paga no dia e em valor superior ao que se paga pelo mesmo serviço se fosse em relação permanente de emprego, prestando serviços para vários beneficiários) e do trabalhador autônomo (que presta serviços a clientela múltipla, sem subordinação) nas instituições religiosas, devendo ficar bem claras as condições da contratação não permanente ou subordinada.

A jurisprudência, também aqui, contempla a exceção do trabalho sujeito à remuneração.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. COBRADORA DE DÍZIMO. Reclamante que cobrava o dízimo dos paroquianos frequentadores da Igreja Cristo Redentor. Prova oral que evidenciou a existência dos elementos caracterizadores da relação de emprego, elevados no artigo 3º da CLT. Atividade de cobrança desenvolvida pela reclamante por 15 anos, de forma contínua, pessoal, onerosa, e subordinada. Recolhimentos que visavam beneficiar a Mitra da Arquidiocese de Porto Alegre. Recurso provido, para reconhecer a existência de vínculo de emprego entre as partes (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, RO 25023/98, Rel. Juiz Pedro Luiz Serafini, Recorrente Maria Ivette Reckziegel e Recorrida Mitra da Arquidiocese de Porto Alegre, julgado em 12/07/00).

6 CONCLUSÃO: ESTADO LAICO NÃO É ESTADO AGNÓSTICO OU ATEU

O marco adequado dentro do qual se enquadrar as relações entre Igreja e Estado é aquele em que o Estado se coloca em uma posição de neutralidade em relação ao fator religioso, garantindo a liberdade religiosa, mas sem privilegiar qualquer confissão religiosa em particular.

Por parte da Igreja, a separação em relação ao Estado supõe o reconhecimento de que não poderá contar com a autoridade estatal para a defesa de uma verdade religiosa. Ao Estado caberá apenas assegurar as liberdades públicas que permitam a cada confissão religiosa difundir sua fé, de modo que seja a força dos argumentos e do exemplo, não a autoridade estatal, o fator de preservação e expansão de cada credo.

Por outro lado, também o Estado deve reconhecer a importância do fator religioso na conformação do ser humano e a existência de valores morais fundantes de qualquer ordem política, ligados aos direitos humanos fundamentais, sob pena de, desprezando-os, colocar em risco o próprio ideal democrático, transmudando-o em totalitarismo.

Nesse sentido, é legítima a atuação da Igreja quando, em questões que envolvem esses valores morais fundantes, se pronuncia em defesa da dignidade da pessoa humana. Os argumentos, nessa hipótese, não podem ser considerados, em face da fonte de onde provem, como de caráter religioso, de modo a serem descartados de plano, mas como elemento de reflexão, pelo embasamento filosófico e empírico de que se revestem.

Em suma, quando se fala de Estado Laico, não se pode pensar num Estado avesso ao fator religioso, agnóstico ou ateu, nem absolutamente indiferente a essa dimensão existencial do ser humano, mas num Estado que, respeitando a liberdade religiosa, permite que as diferentes confissões religiosas desenvolvam seu culto e apostolado, respeitada a ordem pública e os bons costumes.

REFERÊNCIAS

- BALDISSERI, Lorenzo. *Diplomacia pontifícia: acordo Brasil - Santa Sé*. São Paulo: LTr, 2011. 248 p.
- BARROS, Alice Monteiro de. Trabalho voluntário e religioso. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, v. 7, n. 6, p. 3-10, jun. 2001.
- DANIEL-ROPS, Henry. *A Igreja dos apóstolos e dos mártires*. São Paulo: Quadrante, 1988.
- _____. *A Igreja das catedrais e das cruzadas*. São Paulo: Quadrante, 1993.
- _____. *A Igreja da renascença e da reforma I*. São Paulo: Quadrante, 1996.
- _____. *A Igreja das revoluções I*. São Paulo: Quadrante, 2003.
- DANIEL-ROPS, Henry. *A Igreja das revoluções II*. São Paulo: Quadrante, 2006.
- _____. *A Igreja dos tempos bárbaros*. São Paulo: Quadrante, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. Um panfleto anticlerical. *O Estado de S.Paulo*, São Paulo, 1 mar. 2011. Opinião.
- ILLANES, José Luis. Trabajo y vida cristiana en San Agustín. In: _____. *Ante Dios y en el mundo: apuntes para una teología del trabajo*. Pamplona: Eunsa, 1997. 248 p., cap. IV, p. 63-91.
- LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a igreja e o estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1989. 371 p.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Direitos fundamentais. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 252-304.
- _____. (Coord.). *Manual do trabalho voluntário e religioso*. São Paulo: LTr, 2002. 107 p.
- REMOND, René. *L'Ancien régime et la révolution*. Paris: Éditions du Seuil, 1974.
- RHONHEIMER, Martin. *Cristianismo y laicidad*. Madrid: Rialp, 2009. 206 p.



Juristas Eméritos

TRIBUTO A ORLANDO BITAR

Adherbal Meira Mattos*



Tomando o indivíduo como princípio e fim, não haverá Liberdade sem Igualdade, pois as desigualdades destruirão a própria Liberdade, se o Poder não for neutralizado em suas proporções abusivas.
(Orlando Bitar)

A morte é o preâmbulo da Imortalidade.
(Cícero)

Quando Orlando Bitar nos deixou, o Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região, por seu Presidente, Dr. Orlando Teixeira da Costa, nosso grande e saudoso amigo, homenageou o Mestre em sua Revista (1974), como constitucionalista, professor, magistrado e advogado. Coube a mim a apresentação da homenagem, por decisão do próprio Tribunal, em virtude dos laços que me ligavam ao homenageado.

Salientei, então, *inter alia*, que ele fora um sábio. Um gênio. Contrariando o dito de Sêneca, um sábio que não bastava a si mesmo, mas, ao contrário, um sábio esquecido de si mesmo. O toque de gênio era sensível em sua simplicidade e humildade, aliadas à solidez de sua cultura... Foi um humanista pleno de harmonia de alma... Apolíneo e místico, costumava dizer que ninguém era insubstituível – mas ele o foi.

Sua maior emoção era dar uma aula, o que sempre fazia com renovado prazer. Foi, antes de tudo e acima de tudo, um Professor. E era nessa condição que falava e escrevia (seus planos de aula – novidade na época – ficaram famosos). Mas a inelutável fragmentação da vida não permitiu nos legasse ele um Tratado – a que

* Professor, Doutor, Titular de Direito Internacional da Universidade Federal do Pará.

preferia chamar de Manual - sobre seu tão querido Direito Constitucional. Inúmeras, contudo, são suas contribuições ao ensino e estudo jurídico, em tão boa hora publicadas pelo Conselho Federal de Cultura, em 3 volumes, através de Djacir Menezes e Sílvio Meira e, posteriormente, pela Editora Renovar, em 2 volumes, por meu intermédio, no Rio de Janeiro, graças à iniciativa dos saudosos Celso de Albuquerque Mello e Carlos Alberto Menezes Direito.

A Obra reuniu aquilo que de mais precioso nos legou, até então disperso, em publicações autônomas, jornais e revistas especializadas, sempre em termos jurídicos, razão por que autorizei a publicação da tradução de suas "Máximas de Goethe", separadamente, pela Cejup, aqui em Belém.

Assim, num esforço cronológico, de 1946 a 1973, enumerei, por exemplo, Democracia e Autocracia, A Tendência Socialista na Constituição (de 1946), Presença de Rui Barbosa nas Constituições de 1891 e 1946, Das Disponibilidades do Bacharel, A Lei e a Constituição (tese para concurso de Catedrático de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFPA), Organização Federal Brasileira (prova escrita do mesmo concurso), Fontes e Essência da Constituição Britânica, A Crise do Supremo Tribunal Federal (o ano foi 1960, valendo salientar ter ele sido convidado, por duas vezes, para integrar o Supremo e declinado do convite), Origem e Evolução do Sistema Parlamentar de Governo na Inglaterra e no Continente Europeu, A Lei Fundamental de Bonn e o Sistema Parlamentar do Governo da República Federal Alemã (em português e alemão), Epiácio Pessoa - Jurista, A Paz entre o Martelo e a Bigorna, Anteprojeto da Nova Constituição Política do Estado do Pará, A Jurisdição do Trabalho na República Federal da Alemanha, O Presidente dos Estados Unidos e o Controle dos Atos Internacionais de sua Competência, Federalismo Solidário e Desenvolvimento, A Sociologia como Ciência - A Realidade Sociológica e o Problema do Governo, Pinto Ferreira - Jurista e Sociólogo, Missão Constitucional de D. Pedro I, A Mensagem Democrática na Constituição, etc, etc, etc, e Da

Essência do Regime Democrático, oração de paraninfo à turma da Faculdade de Direito da UFPA do ano de 1956.

Enfatizei essa oração, pois trata-se de minha turma. Minha, e de grandes amigos até hoje amigos. Lamentavelmente, alguns já não estão mais entre nós. Passo, agora, a destacar algumas passagens da Oração do Mestre, tanto em seu aspecto emocional, como em seu aspecto jurídico. Começemos pelo primeiro:

"Professor nesta Faculdade há treze anos, pela segunda vez me vejo alçado a eminência de apadrinhar uma turma de bacharéis. Para quem está arraigado na causa do ensino, é esta uma láurea das mais dignificantes. Depois de haverdes mourejado por cinco longos anos, curtindo as vigílias heróicas das temporadas de exames, ao aportardes à enseada tranqüila da diplomação, é vossa prerrogativa escolher um paraninfo, à lembrança de quem ficais irmanados por toda a vida. E, no uso cioso dessa prerrogativa, vós me elegestes a tal distinção inestimável. Reitero-vos o que vos confessei a quando de vossa homenagem: igualmente honroso me seria apadrinhar qualquer turma desta Faculdade, a todos considero uma única família. A vossa, porém, reveste-se para mim de características imorredouras, que a tornam alvo de minha estima especial. Afinidades sentimentais das mais puras unem-se a vós e através delas o meu carinho cálido e terno vos envolvem. Convosco sempre estive, nunca vos regateei o meu afeto, o meu tirocínio e frações de meu atormentado tempo de advogado e docente em duas faculdades..."

"...Quantas vezes, nesses dezessete anos, estivestes a ponto de capitular, nas vacilações abissais da existência. Quantas vezes, a exaustão ou o desânimo não vos esteve a pique de vencer, nas duras lutas que houvestes de travar. Mas nunca vos vistes tombar. Alguém sobre - humanamente vos amparava, alguém incansavelmente vos sustinha. Desse alguém são os louros da vitória. Vosso é o futuro e o destino. Tão luminoso é este dia para vós, para alguém e para mim que é cruel não conjugarmos a sua extinção cronológica, só o retendo em nossas almas genuflexas."

Quanto ao aspecto nitidamente jurídico da Oração, o Mestre analisa minuciosamente a essência e a base doutrinária do regime democrático, considerando a Democracia uma das três diretrizes mestras do regime político. As outras duas, são a Federação e a Republica.

Para ele, o signo diferencial do regime democrático é a Liberdade ao lado da Igualdade e da Dignidade. E adverte para as diferenças entre o Estado Democrático e o Estado Autocrático, o primeiro, semeando otimismo e alegria, enquanto o segundo semeia pessimismo e tristeza, na análise de Berdiaeff. Vale, assim, sintetizar suas idéias sobre a temática.

Em primeiro lugar, temos a Liberdade (constante do preâmbulo da Constituição de 1946 por ele estudada). Trata-se de elemento de fundo da Democracia, adverte Kelsen, enquanto espírito, razão pela qual não pode ser extinta. Além disso, ela serve ao Homem, componente da Sociedade Civil, enquanto categoria axiológica e teoândrica.

Em segundo lugar, temos a Igualdade, enquanto corolário da Liberdade – jurídica, civil, política, social ligada ao princípio da autodeterminação (Kelsen). Como a Democracia é multívoca e a Autonomia unívoca, haverá Democracia quando houver autonomia e haverá Autocracia quando houver heteronomia.

Em terceiro lugar temos que a Democracia é o regime da Dignidade. Nela, o Homem se perfaz socialmente e se aperfeiçoa, pois a arte de governar obriga a uma seleção rigorosa de valores. Sendo libertária, a Democracia não pode prescindir da Liberdade, da Igualdade e da Dignidade.

A partir daí, ele afirma que o Estado-Nação repousa sobre o fenômeno do Poder, citando Burdeau e Montesquieu indispensável para o mínimo de coesão social. Poder e Liberdade são compossíveis, mas o fim da Liberdade é a reafirmação do Indivíduo diante do Poder, segundo Alfredo Pose, mas o valor do Indivíduo é superior a todo valor de bens, organizações e instituições (Schler). Tomando o Indivíduo como princípio e fim, conclui que não haverá Liberdade sem Igualdade, pois as desigualdades destruirão a própria Liberdade, se o Poder não for neutralizado em suas proporções abusivas.

Eis, aí, sua visão humanista de Homem ascético. De Homem simples. De Homem culto. Enfim, como salientei naquela apresentação de sua Obra, de um "homem especialíssimo, que descansava estudando grego e alemão, ouvindo Bach, numa contínua e plena doação. Sua vida, aliás, foi toda ela uma doação, o que justifica seu fascínio pelo magistério. E por seus tão amados livros, repetidamente provados, anotados, mastigados e digeridos, como diria Bacon. Era ele, enfim, um homem realmente livre, de uma liberdade pura e absoluta, como sói acontecer aos grandes espíritos, que necessitam de pouquíssimas coisas para viver plenamente.

Eis toda a sua Fortuna de Homem Honesto. De Homem que foi sua própria Estrela (*Man is his own star* Emerson) e tão prematuramente levado de nosso convívio. Afirmou Cícero que a morte é o preâmbulo da Imortalidade. Por isso, não devemos agraciá-lo com lágrimas ou luto, mas cultuar sua Memória e lembrar sua Glória.

VIDA E OBRA DO DESEMBARGADOR SÍLVIO HALL DE MOURA



Muitas pessoas devem a grandeza de suas vidas aos problemas e obstáculos que tiveram de vencer. (Spurgeon)

A grandeza exige sacrifícios. (Schiller)

Eu não troco a justiça pela soberba, eu não deixo o direito pela força. (Rui Barbosa)

As pessoas que vencem neste mundo são as que procuram as circunstâncias de que precisam e, quando não as encontram, as criam. (George Bernard Shaw)

As dificuldades só atingem quem não está comprometido com a causa. (Júlio Victor Moura)

Júlio Victor dos Santos Moura*

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Os Hall vieram do Reino Unido e se estabeleceram em São José de Ribamar, um dos municípios maranhenses, onde o pai de Angelina Hall de Moura, genitora de Sílvio Hall de Moura, passou a desenvolver suas atividades de cientista voltadas para o estudo do cérebro humano.

Assim, naquele recanto nordestino, nasceu a mãe dos Hall de Moura, que uniu o Hall ao Moura, formando uma geração de cultores da Justiça, do Direito e do Bem.

Casada com um paraense – Álvaro Rodrigues de Moura, guarda-livros¹ – Angelina Hall de Moura formou seu lar em Belém, exercendo, aqui, o magistério primário – hoje, ensino fundamental.

* Advogado, especialista em Direito Penal, Processual Penal e Criminologia, ex-assessor de Des. do Tribunal de Justiça/PA, ex-assessor de Procurador de Justiça e ex-assessor especializado do Ministério Público/PA, Prof. de Direito Penal e de Direito Processual Penal, membro das Academias Paraense de Letras, da Academia Paraense de Letras Jurídicas e da Academia Amapaense de Letras Jurídicas, ex-procurador-geral da Universidade Federal do Amapá – UNIFAP. Escritor, autor de seis livros na área Penal, e diversos artigos em jornais de Belém e de Macapá, colaborador das Revistas Consules e Prática Jurídica, de Brasília, DF, da Revista Magister, de Porto Alegre, RS, da Revista Jus Plenum, de Caxias do Sul, RS, da Revista Jurídica, de Sapucaia do Sul, RS, da Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará e da Revista do Centro de Apoio Operacional (CAO) Criminal do Ministério Público do Estado do Pará, de Belém, PA, e dos produtos jurídicos. E-mail: jvmourat@yahoo.com.br

¹ Atualmente, contador.

Na capital paraense, então, Angelina Hall de Moura teve três filhos: o primeiro, José de Ribamar Hall de Moura, falecido prematuramente, com 42 anos de idade, quando exercia o cargo de Juiz Federal do extinto Território Federal do Amapá²; o segundo, Levi Hall de Moura, aposentado, compulsoriamente, pela ditadura militar, quando exercia o cargo de Juiz de Direito no interior do Estado³; e o terceiro, Sílvio Hall de Moura, aposentado, a pedido, no ano de 1979, quando exercia o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará⁴.

Todos eles, muitos pobres na infância, galgaram suas posições no cenário pretoriano paraense com esforço, dignidade, persistência e brilho intelectual, que lhes imprimiam a competência de pretores, em um primeiro momento, e, depois, Juizes de Direito, por concurso público de provas e títulos.

Mas, a vida dos Hall de Moura não fora fácil depois que Dona Angelina Hall de Moura ficara viúva e os três irmãos, órfãos de pai, tiveram que buscar, ao lado da mãe, o sustento para a família que, agora, perdia o seu sustentáculo.

Pobres, as crianças, depois adolescentes, não possuíam nem sapatos para ir à escola. Por isso, frequentavam as aulas de tamanco⁵.

Mas, as dificuldades da vida não fizeram com que os Hall de Moura deixassem de lutar e de buscar a realização de seus sonhos.

2 O Fórum de Salinópolis recebe o seu nome.

3 O Fórum de Santo Antônio do Tauá tem o seu nome.

4 O Fórum de Uruá e a Penitenciária de Santarém possuem o seu nome.

5 É Nirlendo Lopes, arquiteto, sobrinho de Sílvio Hall de Moura, e seu filho adotivo – que, nós, membros da família, por sinal, sempre o consideramos nosso parente legítimo, pela humildade e pelos ensinamentos que recebeu de seu pai postico, integrando-o à descendência da estirpe dos Hall de Moura – que nos informa, quanto à questão, in *PERFIL DOS MAGISTRADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ*, nº 5, p. 97, que: “Numa fase de extrema pobreza (tinham perdido o pai ainda crianças), ele e seus dois irmãos Ribamar e Levy faziam o primário na escolhinha que a saudosa professora mantinha” – a grandiosa Profa. Edemé Zuila – “Não sem antes, encabulados, tomar o café da manhã que a mestra lhes oferecia, sabedora da situação da família e que eles estavam em completo jejum. Esse fato o marcou até o final dos seus dias e, quando finalmente, já exercendo a magistratura, teve condições de retribuir o ato caridoso, não a esqueceu. Enquanto a professora e suas duas irmãs, que também ensinavam na pequena escola, viveram, nunca as deixou no desamparo”. E arrematando, justifica a bondade e a reconhecida gratidão, dizendo que “Meu tio tinha uma frase, não sei de que autor, que costumava citar: ‘Neste mundo existe gente pra tudo, até para fazer o bem sem interesse’” – negrito do texto.

Dessa forma, apesar dos infortúnios, das desigualdades da vida que levam as pessoas por caminhos diferentes, e às vezes revoltosos, os Hall de Moura, ao contrário, chegaram a posições mais honrosas das profissões, às quais emprestaram sua inteligência, sua dignidade e sua bondade, na realização de ideais laboriosos, que apenas mentes brilhantes alcançam, sem frustração – e sem levar em conta as dificuldades e os obstáculos colocados no caminho, pelo próprio homem, por maldade ou por inveja – uma vez que a vitória sempre terá um gosto amargo de solidão. Solidão, aliás, superada pelo trabalho e pela vontade de vencer e ajudar às outras pessoas a vencer.

Nisso, na verdade, consistiram as vidas – depois refletidas em suas obras – dos Hall de Moura: vencer com dignidade, viver sem frustração e dar a mão ao próximo, sem medo de sua sombra, pois quem já nasce feito não teme concorrência e nem se diz sábio para encobrir suas incompetências e afastar qualquer um que venha testar seu falso conhecimento.

É que, por certo, a verdadeira sabedoria se revela na humildade, na humildade e na sabedoria que os Hall de Moura revelaram, sempre, neste mundo, como homens, professores, escritores e magistrados. E Sílvio Hall de Moura, que alcançou o ápice da magistratura do Estado, nas suas destacadas atuações pretoriana, literária e professoral, representou, dos três irmãos, o último exemplo disso tudo que sustentamos.

Entretanto o presente texto vai procurar mostrar um pouco do muito que foi Sílvio Hall de Moura, em um passeio informativo sobre a vida e a obra desse grandioso magistrado paraense, que a história não esqueceu e a Justiça eternizou.

2 O HOMEM

Filho de Álvaro Rodrigues de Moura e de Angelina Hall de Moura, Sílvio Hall de Moura, nasceu no dia 1º de setembro de 1909, em Belém, Estado do Pará. É o terceiro filho do casal, ao lado dos irmãos

José de Ribamar Hall de Moura, falecido em 1949, e Levi Hall de Moura, falecido em 1983.

Estudou o curso primário – hoje, ensino fundamental – no Externato Silva, sob a direção da Professora Edmee Zuila Silva – a estimada e bondosa Profa. Dedê – situado, na época, na Presidente Pernambuco, em frente ao Grupo Escolar José Veríssimo.

Iniciou seu curso secundário – atualmente, ensino médio – no Colégio Paes de Carvalho, em 1924, concluindo o Curso de Humanidades, naquela escola pública, no ano de 1930.

Por necessidade, foi obrigado a abandonar o sistema seriado, a fim de se empregar, como industrial, e contribuir para o sustento da família, então constituída por sua mãe, ele e os seus outros dois irmãos, seu pai havia falecido em 1917⁶.

Quando tinha apenas onze anos de idade, dirigiu, com seus outros dois irmãos, “O Estado do Pará Infantil”, suplemento cultural, que era publicado aos domingos nas páginas daquele já extinto jornal.

No ano de 1936, ingressou na Faculdade de Direito, recebendo o grau correspondente em 28 de dezembro de 1940.

Em 1939, então quartanista do Curso de Direito – em parceria com seus colegas de turma Juraci Reis Costa, Osvaldo da Costa Moraes e Steleó José Moreira da Mota – comandou campanha em favor da construção da Penitenciária Modelo do Estado⁷.

Sílvio Hall de Moura faleceu, em Belém, no dia 9 de dezembro de 1989, deixando o exemplo maior do homem, do professor, do escritor e do magistrado, que, com sua dignidade, honrou a magistratura, o magistério e as letras do Pará.

6 A morte do chefe da família deixou os Hall de Moura na penúria, obrigando um dos filhos a trabalhar para que os outros estudassem, pois Dona Angelina Hall de Moura, a genitora e viúva, era professora primária e, como desde sempre, recebia míseros proventos na profissão. Sílvio Hall de Moura, então, destacou-se em prol da tarefa, empregando-se no interior do Estado, na qualidade de secretário de prefeitura, e, depois, na indústria, quando veio a concluir os estudos que o permitiram ingressar no curso superior. Na condição de industrial, cursou, durante três anos, a Escola Prática de Comércio, realizando, ao mesmo tempo, os preparatórios que lhe faltavam para concluir o ensino secundário. Para tanto, estudou com o irmão Ribamar Hall de Moura, para terminar o Curso de Humanidades, na condição de candidato estrangeiro, no ano de 1930.

7 Conforme dito, a penitenciária de Santarém, em sua homenagem, é chamada de Sílvio Hall de Moura.

3 O PROFESSOR

Em 15 de outubro de 1960, foi contratado, na qualidade de Instrutor de Ensino, para ministrar aula na Cadeira de Direito Judiciário Penal, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará - UFPA.

Anteriormente, no ano de 1959, submeteu-se a concurso de provas e títulos para Docente Livre de Direito Judiciário Penal, oportunidade em que defendeu a tese “A Sentença Condenatória, Inteligência do art. 387 do Código de Processo Penal”, sendo aprovado com merecimento.

Sílvio Hall de Moura recebeu, mais tarde, em 15 de março de 1962, o grau de Doutor em Direito.

Dessa feita, fora nomeado, naquela Universidade Federal, Livre Docente da disciplina Direito Judiciário Penal, e efetivado, na condição de Instrutor de Ensino, em 1^o de abril do mesmo ano.

Além de ser o titular da cadeira de Direito Judiciário Penal, tornara-se Chefe do Setor de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará⁸.

Em 1968, fora escolhido, por unanimidade, como paraninfo de turma da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará - UFPA, e, em 1971 – e, depois, em 1979, também por unanimidade – fora destacado como Patrono de turma de Bacharéis de Direito da mesma Universidade, aliás, a única existente, naquela época, em nosso Estado.

Aposentou-se do magistério na qualidade de Professor Titular da Cadeira de Direito Processual Penal do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará⁹.

8 Na condição de professor, Sílvio Hall de Moura fora um exemplo de mestre: não perseguiu nenhum aluno, ao contrário, ajudava a todos, orientando cada discente, até na hora das provas, em busca da resposta correta, na didática forma de ensinar, que é levar aos estudantes, em todo momento da aprendizagem, o conhecimento, alvo maior do magistério. Por isso, os que foram seus alunos lembram-se dele com destacado carinho e com elevada gratidão.

9 A aposentadoria de Sílvio Hall de Moura ocorreu em 1^o de setembro de 1979, na condição de Professor Catedrático de Direito Judiciário Penal – atualmente, Professor Titular de Direito Processual Penal – pela antiga Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará – hoje, Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA. Mas, ainda que aposentado das suas atividades docentes, Sílvio Hall de Moura era convidado para ministrar aula no recém-criado curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, que, naquela época, tinha o seu início com o Curso de Mestrado. Por todo esse reconhecimento, o Departamento de Direito Processual Penal daquela universidade federal recebeu o nome dele, como uma forma de homenageá-lo.

4 O ESCRITOR

Silvio Hall de Moura, na qualidade de escritor, com diversos livros publicados e centenas de artigos divulgados pelos jornais e revistas especializadas do País, foi membro da Academia Paraense de Letras, ocupando, no *Silogeu*, a Cadeira nº 27, patronímica de Júlio César Ribeiro¹⁰.

O seu ingresso naquela Casa de Letras se faria de qualquer forma, ou seja, se não tivesse obra alguma publicada, porque era pessoa de notório saber, cuja sapiência, ainda hoje, é lembrada por todos que o conheceram e o admiraram.

Tomou posse, naquele Sodalício, em 11 de dezembro de 1974.

Por lá já se encontrava o seu irmão, Levi Hall de Moura, e, assim, ambos imprimiram àquela Casa Literária o que havia de melhor na tradição familiar paraense em termos de cultura geral: a cultura multifacetária da "Família Hall de Moura", que deixou, apenas de ser completa, em nosso convívio de letras, em face da ausência de outro irmão do homenageado, José de Ribamar Hall de Moura, falecido, muito cedo, quando ainda tinha 42 anos de idade, conforme falamos alhures.

Silvio Hall de Moura, ao ingressar na Academia Paraense de Letras, fora saudado pelo acadêmico, já também falecido, José da Silveira Netto.

Em razão dessa notoriedade, ingressou no Conselho Estadual de Cultura, em 3 de junho de 1980, e, anteriormente, no Instituto Histórico e Geográfico do Pará, no qual ingressara no dia 29 de agosto de 1975¹¹.

¹⁰ Posteriormente, ocupada pelo Desembargador Almir de Lima Pereira, também já falecido, e, atualmente, pelo advogado, professor e escritor Júlio Victor Moura.

¹¹ No Instituto Histórico e Geográfico do Pará – IHGP, Silvio Hall de Moura tomou posse na Cadeira nº 22 – cujo Patrono é Jacques Huber e cujo Fundador é José Maria Conduru – pela contribuição histórica que emprestou aos apontamentos da Magistratura no Pará, em um pioneirismo no tema, aqui, em nosso Estado. A título de registro, é de saber que, no Instituto Histórico e Geográfico do Pará, o processo de acesso a uma de suas cadeiras se dava, naquela época, da maneira seguinte: no caso, o candidato Silvio Hall de Moura apresentou proposta para ingressar no IHGP em 12 de maio de 1975. Para apreciar a proposta, fora composta uma Comissão integrada pelos membros Maria Annunciada Chaves, Aláudio de Oliveira Melo e José da Silveira Netto. Aprovada a proposta de ingresso, fora emitido parecer de admissão, em 4 de junho de 1975, pela Comissão de Sócios Efetivos, assinado pelos membros Otávio Mendonça, Arthur Napoleão Figueiredo e Ernesto Bandeira Coelho. O referido parecer fora aprovado na Assembleia Geral do Instituto, do dia 29 de agosto de 1975, data, por sinal,

Na condição de escritor, enveredou pela literatura técnica, tendo publicado diversos livros.

O primeiro deles foi o "Ementário da Jurisprudência dominante do TJE/PA (1979/1982)", editado pela Editora CEJUP. A importância desta obra ficou marcada pelo seu pioneirismo regional no assunto. O seu conteúdo prende-se, principalmente, pelo sentido prático oferecido ao leitor que, por isso, pode consultar em uma obra só, todas as ementas dos julgados produzidos pela alta Corte do Estado, em determinado período, quer em grau de recurso, quer em competência originária¹².

Em seguida, vieram as "Atividades Extratécnicas" (1981, Editora CEJUP). Nesta obra, o autor reúne as "falas" que proferiu fora dos autos no Tribunal de Justiça do Estado do Pará; é uma coletânea de homenagens, votos e proposições¹³.

"A Sentença Condenatória" foi a tese de concurso de Silvio Hall de Moura para a livre docência da cadeira de Direito Judiciário Penal na Universidade Federal do Pará.

"Elementos para a História da Magistratura Paraense", publicado, em 1974, pela Universidade Federal do Pará¹⁴, que se deu como fruto de um trabalho paciente de investigação, de pesquisa, em que foram colhidos elementos para o registro da história da magistratura no Pará. Obra eminentemente histórica, sua inclusão na série José Veríssimo, editada pela Universidade Federal do Pará, homenageia o

conforme falamos acima, em que o Desembargador Silvio Hall de Moura tomou posse naquele Instituto.

¹² Na época, em que as edições da obra em questão aconteceram, não havia, entre nós, a internet que, nos dias atuais, facilita, subreptícia, a consulta aos julgados de todos os tribunais do País o que demonstra a praticidade desses Ementários como ferramenta de consulta para estudantes e agentes do Direito.

¹³ Bem que os despachos e as sentenças de Silvio Hall de Moura – que, por sinal, no começo da carreira do Magistrado, eram compostos manualmente – mereciam registro em livro, cujo título poderia ser "Atividades Técnicas", apresentando outro aspecto de suas atividades, em razão da clareza, do conhecimento, da técnica e da justiça que tais peças traziam em seu conjunto, que, assim, poderiam servir de modelos para estudantes e juizes, como suporte e guia para suas atividades escolares e forenses.

¹⁴ Depois, publicado pela Editora CEJUP, no ano de 1989, sob o título "História da Magistratura Paraense".

Tribunal de Justiça do Estado do Pará pelos seus cem anos de existência¹⁵.

Publicou, ainda, as obras "Três Estudos de Direito Processual Penal" e "Novos Estudos de Direito Processual Penal", nas quais encontramos estudos pontuais do direito penal adjetivo^{16,17}.

Encontram-se, também, publicados em revistas jurídicas, e, mormente nas Revistas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, vários artigos do escritor Sílvio Hall de Moura, nos quais ele aborda temas polêmicos para aquela época, como "A Execução Penal no caso dos Jovens", o "Crime Continuado", "O topless e o Código Penal", "Alguns aspectos dos problemas sexuais nas prisões", entre outros.

5 O MAGISTRADO

Antes de ingressar na magistratura paraense, Sílvio Hall de Moura advogou durante um ano, deixando de enveredar pela advocacia, porque, já em sua primeira causa, fora enganado pelo cliente que não honrou com o pagamento de uma causa vencida.

Assim, entrou para a magistratura estadual temporária em 1943, sendo Juiz substituto das comarcas de Curuçá e Marapanim, onde, aliás, conheceu a esposa dedicada, Sra. Hercília Lopes de Moura¹⁷. Antes, em 1942, fora Juiz Substituto de Itaituba.

Em 1945, ingressou na magistratura vitalícia, mediante concurso de provas e títulos, funcionando

como Juiz de Direito nas Comarcas de Conceição do Araguaia, Chaves, Monte Alegre, Igarapé-miri, Bragança e na Comarca da Capital.

Na Comarca da Capital, foi Juiz Criminal, durante quatro anos, e Juiz do Cível, por dois anos, sendo, no ano de 1966¹⁸, promovido, por merecimento, para o Tribunal de Justiça, onde exerceu o cargo de Corregedor Geral de Justiça (1967) e, depois, o de membro do Conselho da Magistratura¹⁹.

Aposentou-se da judicatura, a pedido, em 23 de abril de 1979²⁰.

Sílvio Hall de Moura fora, igualmente, membro fundador da Associação dos Magistrados Brasileiros, da Associação dos Magistrados do Pará, da Associação Brasileira de Criminologia, fundador e Presidente do Instituto de Criminologia do Pará, membro efetivo da Associação Internacional de Direito Penal – Grupo Brasileiro.

18 Em 7 de janeiro de 1966, fora nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, sendo, eventualmente, Vice-Presidente do Egrégio Tribunal.

19 No exercício sem limites da dignidade, Sílvio Hall de Moura, na qualidade de Magistrado, portou-se de forma isenta em diversos momentos de sua carreira pretoriana: em certas ocasiões, quando ia caminhando para o Fórum de Belém, antes passando por uma das bancas de Revista da Praça da República para comprar o jornal, Sílvio Hall de Moura recebia convite de ex-alunos para uma carona até o trabalho, ao que recusava, educadamente, justificando, depois, que não podia entrar no carro de um advogado, que poderia defrontar-se com ele, mais tarde, no pretório. Em outra situação, quando, finalmente, conseguiu adquirir a casa própria da família, por intermédio de financiamento do governo estadual, Sílvio Hall de Moura logo agradecer ao então Governador do Estado, Coronel Alacid Nunes, o favor, dizendo-lhe: "Olhe, Governador, estou aqui para agradecer a aquisição da minha casa, mas quero dizer-lhe que o favor feito é como favor dirigido a uma donzela, que não se pode pedir nada em troca" – donzela, naquela época, era palavra empregada como sinônimo de mulher virgem. Todavia, hoje, o termo é pouco usual nesse sentido. Era, sem dúvida, nesses dois casos, a isenção levada ao extremo, por força da sua dignidade de magistrado probo e justo.

20 Quatro meses antes de atingir a idade de setenta anos e entrar na aposentadoria compulsória. Ainda assim, já aposentado, Sílvio Hall de Moura recebia diversas homenagens pela sua atuação isenta e competente na Justiça Paraense. Mas, mesmo depois de sua morte, seguiram-se as homenagens a sua figura séria e gentil, em reconhecimento àquela postura inigualável de mestre e juiz – ele, apenas, ria quando contava alguma piada ou fazia algum comentário jocoso a respeito de alguma coisa, de alguma pessoa, ou de uma situação. Por isso, na apresentação do PERFIL DOS MAGISTRADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ, n.º 5º, que trata de Sílvio Hall de Moura, em uma homenagem póstuma, podemos constatar o respeito e a admiração que todos tinham por ele: "Sílvio Hall de Moura, o homenageado pelo Perfil dos Magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Pará em seu 5º número, teve seus feitos ao longo de sua carreira de Magistrado alicerçados em honradez e dignidade como mostra seu Perfil, deixando seu nome marcado nesta Corte como um dos maiores expoentes da Justiça Paraense. Destacou-se também na carreira literária como membro da Academia Paraense de Letras, Conselho de Cultura e Instituto Histórico e Geográfico do Pará".

15 Outra, ainda, atual, mormente pelo seu conteúdo eminentemente histórico. Dessa forma, o livro em pauta merecerá, somente, ser atualizado em sua parte histórica de registro de nome de magistrados, as varas ocupadas por eles, o número de comarcas existentes no Estado etc., para continuar a informar e formar o leitor em suas pesquisas acerca da Justiça no Pará. Aliás, neste ponto, a Editora CEJUP convidou-me a atualizar a obra, o que farei com maior gosto e com honroso interesse.

16 Na condição de escritor, professor e de magistrado, Sílvio Hall de Moura fora citado pelo eminente processualista Hélio Tornaghi, em uma das excelentes obras do festejado professor sobre Processo Penal.

17 Por sinal, em tempos difíceis do exercício da magistratura em nosso Estado, cujos proventos afastavam aqueles que só veem como vantagem, em uma profissão, o salário, como sói acontecer hoje em dia, em que temos mais interesse pecuniário do que vocação na busca dos cargos desejados, Dona Ciloca, como era conhecida, fazia docinhos e salgadinhos para vender e ajudar o magistrado – seu marido, igualmente, dedicado – em sua laboriosa e responsável tarefa mal remunerada.

É, como reconhecimento a sua cultura geral e específica, tanto na qualidade de professor quanto na de escritor e de magistrado, fora, ainda, membro da Academia Paraense de Letras, do Instituto Histórico e Geográfico do Pará e do Conselho Estadual de Cultura.

Fundou, com Gengis Freire – editor, poeta e membro, também, da Academia Paraense de Letras – o Centro de Estudos Jurídicos do Pará – CEJUP, que, mais tarde se tornaria uma das maiores editoras do norte e do nordeste brasileiros, e a Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, onde, em sua homenagem, encontra-se uma pintura a óleo registrando-lhe a figura de magistrado ligado àquele estabelecimento de ensino.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hoje, ocupo a cadeira nº 27 da Academia Paraense de Letras, que já fora ocupada por Sílvio Hall de Moura e, posteriormente, por Almir de Lima Pereira, ambos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Estado do Pará, e, igualmente, juristas. Simples coincidência. As cadeiras daquele Silogeu não são ocupadas pelo gênero literário, mas pelos escritores. Assim, poeta poderá suceder contista; contista poderá suceder jurista; jurista poderá suceder romancista; romancista poderá suceder poeta; e, assim, por diante.

De qualquer forma, tomando assento na cadeira que já fora ocupada por Sílvio Hall de Moura, e fazer parte de um Sodalício que, também, tivera como membro meu pai, Levi Hall de Moura, dão a mim uma responsabilidade maior: a de ser, pelo menos, igual a eles. Mas, isso é fácil, pois na vida tive grandes mestres que me ensinaram o valor de ser um homem de bem: primeiro, meu pai, Levi Hall de Moura, depois, meu tio, Sílvio Hall de Moura²¹, os quais, sem

distinção, proporcionaram-me a alegria do convívio e o eterno ensinamento da boa escrita, do respeito e da dignidade. E, antes de tudo, sem dúvida, plantaram em meu coração a difícil lição de ser um homem bom.

Assim tem sido. É a saga dos Hall de Moura: conduzirem-se com dignidade sem perder o brilho do coração. E Sílvio Hall de Moura e seus irmãos, certamente, souberam muito bem exercitar essa postura, dando, dessa forma, à magistratura paraense essas marcas que os distinguiram e os elevaram firmemente entre todos que fizeram e fazem a Justiça do Pará e do Brasil.

Mas, o muito que podemos falar sobre o Desembargador Sílvio Hall de Moura será pouco para uma vida – do homem, do professor, do escritor e do magistrado – informada por grandes valores.

Por isso, somente a história nos dirá mais do que este texto.

7 REFERÊNCIAS

- Série Perfil dos Magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, nº 5, Belém: Departamento de Informática do TJE, 1998.
- Discurso do Acadêmico Júlio Victor Moura, na Academia Paraense de Letras, em homenagem ao centenário de nascimento do Desembargador Sílvio Hall de Moura, Belém, 1º de setembro de 2009.
- Moura, Sílvio Hall de. *História da Magistratura Paraense*, Belém: Cejup, 1989.

²¹ É bem certo: seguidos pelo Prof. Pedro Martin e pelo Prof. Dário Guerreiro de Lemos.

WILSON DE JESUS MARQUES DA SILVA UM MAGISTRADO INESQUECÍVEL



Sinto-me extremamente privilegiada em ter sido convidada pela Escola Superior de Magistratura a escrever breves linhas em homenagem póstuma ao querido e saudoso amigo Wilson de Jesus Marques da Silva, Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Pará.

Jacyra Moraes Rabelo*

O homenageado desenvolveu interesse pela carreira judiciária quando, ainda estudante de nível médio, labutava no Cartório da então 2ª Pretoria Criminal. Formou-se em Direito e resolveu abraçar a Magistratura, fixando residência no Município de Tomé-Açu, onde, segundo dizia, foi muito feliz e aceito por todos, sempre com aplausos e elogios, não só como Magistrado, antes Pretor e depois Juiz de Direito, mas, também, como Diretor e Professor do primeiro estabelecimento de ensino médio do Município ao longo de 14 anos.

Promovido a Juiz de Direito da Capital, em 28/03/1977, voltou a Belém, onde, como dizia, amadureceu como Magistrado, cuidando da movimentadíssima 2ª Vara Cível, que deixou com muitas saudades, quando ascendeu ao Desembargo.

Era fascinado pela Magistratura, como classe, e pelo Judiciário, como Poder.

Ensinava que o Poder Judiciário deveria ser autônomo, forte, independente e desejava uma Magistratura de elite.

* Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA), aposentada na 2ª Vara Cível da Capital aos 26/06/2007.

Costumava dizer que “na longa carreira do Magistrado, muitas, muitas decepções o atingem; que, mesmo assim, da independência, da humildade, da coragem, do altruísmo, da compreensão, da bondade, da brandura de trato de par com a energia de atitudes, do amor ao estudo e ao trabalho, dimana a personalidade positiva do Juiz, e que a verdadeira glória do Magistrado está no elogio de sua própria consciência”.

Proclamava que “a honestidade, muito mais do que simples virtude, é ponto de partida tão essencial ao Juiz, quanto o diploma e a capacidade civil e de tal forma que a toga de um desonesto não cobre um Magistrado, mas um cancro abjeto, uma repelente ferida social e moral”.

Quando tomei posse como Juíza de Direito em 18 de outubro de 1985, fiquei muito emocionada e, das muitas emoções, ecoavam em minhas lembranças as palavras do dileto homenageado quando ensinava o que era ser Juiz de Direito.

Foi excelente filho. Tinha verdadeira idolatria pelo pai, a quem atribuía o incentivo maior para a escolha do curso de Direito e para o ingresso definitivo na Magistratura, e pela mãe, mulher admirável e que, sempre ao seu lado, emprestava-lhe, nos momentos alegres ou tristes, o calor da solidariedade, carinho e compreensão.

Tive a honra de laborar com ele na 1ª Zona Eleitoral, onde aprendi muito e utilizei os conhecimentos adquiridos nas muitas vezes em que, ao longo de minha carreira, fui juíza eleitoral.

Nossa amizade iniciou-se em julho de 1981, há exatamente 31 anos, quando, após aprovação em Concurso público, tomei posse no cargo de Auxiliar Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Eleitoral, sendo lotada no Cartório da 1ª Zona Eleitoral.

Fora o homenageado o Juiz Eleitoral a quem estava subordinada. Logo no princípio, fiquei encantada com o irretocável conteúdo jurídico do então juiz Wilson de Jesus Marques da Silva. Encantaram-me, outrossim, a firmeza, o zelo e a exigência sem intransigências.

Eram tempos difíceis e dias com muito trabalho, face o pleito de 1982, em plena ditadura militar e

quase 20 (vinte) anos sem eleições. Desde o ano pré-eleitoral, as filas eram imensas, o que obrigava o prolongamento do expediente até a noite. Todavia, lutávamos com grande satisfação, seguindo o exemplo de nosso chefe, um ser humano ímpar, de extrema generosidade.

Abro parênteses, para trazer ao conhecimento de todos, a homenagem ao nosso querido Desembargador Wilson de Jesus Marques da Silva, escrita pelo amigo Manoel Adonias Andrade Júnior, servidor da 77ª Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, meu contemporâneo no trabalho na 1ª Zona Eleitoral. Ei-la:

A respeito deste homem, sabemos o que vivenciamos com ele. E isto, dá prazer em dizer que conhecemos de perto uma pessoa boníssima, competente, séria e, sobretudo, muito humana. Poucas criaturas, nessa esfera relativa de vida, em busca de aperfeiçoamento intelectual e moral, agem como realmente o são na sua essência, como verdadeiramente ele agia e que, no nosso entendimento, acreditamos que é o caminho de todos nós, quando realmente nos envolvemos em tantas questões essenciais.

Essa pessoa vestiu a roupagem de ser humano digno. E, a toga que por si pensou, se realmente fosse dotada de vida orgânica com sentimentos, manifestaria as suas impressões do ser que a utilizou, certamente enfatizando o caráter benigno desse professor e magistrado.

Nos poucos anos em que estivemos próximos dessa criatura, pudemos observar o quão justo e dotado de uma solidariedade extremada, posto que, do seu precioso tempo para ofertar respostas à sociedade através de seus julgados, ainda resoa um caráter delicado e humano, para nos ensinar a gramática correta, o português exemplar. No seu diálogo, jamais observávamos soberba, e sim humildade, por entender bem a língua portuguesa, a literatura, a gramática, pois achava tempo para conduzir-nos os passos vacilantes e titubantes no serviço público, haja vista que éramos novos profissionais.

[...]

Ensinava como pontuar o texto, as exigências gramaticais, os tratamentos, a concisão, a objetividade, a mensagem, a elegância e o formato dos textos. Tinha com seriedade e delicadeza. As diversas vezes que o observávamos austero e sério, mas sem ferir ou machucar qualquer servidor.

Por diversas vezes, conhecendo as dificuldades dos servidores que o acompanhavam nas tarefas alongadas do dia, rompendo pela noite, percebíamos o dever moral de fazer nos deixar em nossos bairros pobres e longínquos, como o

Condeiro de Farias, e no Conjunto Maguary, dentre outros.

Sempre com uma palavra de gratidão.

[...]

Falamos no plural, pedindo licença para os amigos, colegas que testemunharam e conviviam com o Desembargador Wilson de Jesus Marques da Silva, pois, apesar de não termos formalmente a autorização de cada um, acreditamos que não haja criatura capaz de negar o que aqui discorremos.

Desculpe-me a memória. Mas do que não nos lembramos, com a mente limitada pelo corpo, certamente o nosso espírito registrou muito mais e ficará em nossas lembranças eternamente.

Nossa Chefa de Cartório era a amiga Maria Augusta Araújo e quase sempre o “nosso juiz” acompanhava o nosso trabalho pelas noites e madrugadas. Após o encerramento do pleito de 1982, fomos surpreendidos pela entrega feita pelo nosso querido Dr. Wilson de cópia de expediente, encaminhado ao Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, elogiando o nosso trabalho.

Não posso esquecer que, graças a tão inusitado gesto, na Avaliação Funcional do final daquele ano, Maria Augusta assumiu a Chefia da 29ª Zona Eleitoral, o que ocasionou a minha promoção à Chefia da 1ª Zona Eleitoral, função gratificada em que permaneci até assumir a magistratura em 18 de outubro de 1985.

Peço, então, vênua para trazer à baila o teor do cartão que lhe enviei a quando de sua ascensão ao Desembargo, *in verbis*:

A sua ascensão ao Desembargo significa a justiça em sua mais plena acepção. Não é somente o Senhor quem está de paribém, mas todos que lhe querem bem. É o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará. É, sobretudo, o povo do Estado do Pará.

O dia de hoje, sem sombra de dúvida, marca um dos mais felizes dias da minha vida. Aquele juiz íntegro, estudioso, tranquilo, essencialmente justo, que conheci no limiar de minha carreira, aquele homem probo, severo, mas não intramontante, que me transmitiu tantos exemplos dignificantes, ascendi ao Desembargo.

Receba, pois, os meus cumprimentos!

Com muita honra e alegria, em um fim de tarde, logo após sua posse no cargo de Desembargador,

ofereci, em minha residência, um Chá em sua homenagem. Dentre os presentes, estavam Paulo/Telma Frota, Albanira Lobato Bemerguy, Eliana Cortês, Lúcia Hanaque, Cecília Pereira, Encida Moraes, Gengis /Ana Rosa Freire, e tantos outros amigos queridos.

Assim como ocorreu com os Desembargadores Almir de Lima Pereira, Maria Lúcia Gomes Marcos dos Santos, Albanira Lobato Bemerguy e Carmencin Marques Cavalcante, não posso deixar de registrar que durante minha vida na judicatura, o Desembargador Wilson de Jesus Marques da Silva me foi solidário, dividindo comigo o seu saber sempre com cortesia.

Paulatinamente, o homenageado e eu vivenciamos o que é comum em amizades verdadeiras: o compartilhar de momentos ora tristes, ora alegres. Em sua solicitude experimentei, concretamente, a lição de Saint Exupéry, para quem “o amor é invisível para os olhos, só se vê bem com o coração!”.

Não posso me esquecer de sua solidariedade quando estive em longo tratamento de saúde na cidade de São Paulo em 2001.

Em que pese o fato de o homenageado já nos ter deixado, sua presença é sentida quando leio a adaptação do texto extraído do livro “Educação enferruja por falta de uso”, do pintor francês, Henri Toulouse Lautrec (1864-1901).

“Existe uma coisa difícil de ser ensinada e que, talvez por isso, esteja cada vez mais rara: a elegância do comportamento.

É um dom que vai muito além do uso correto dos talheres e que abrange bem mais do que dizer um simples obrigado diante de uma gentileza.

É a elegância que nos acompanha da primeira hora da manhã até a hora de dormir e que se manifesta nas situações mais prosaicas, quando não há festa alguma nem fotógrafos por perto. É uma elegância desobrigada.

É possível detectá-la nas pessoas que elogiam mais do que criticam. Nas pessoas que escutam mais do que falam. E quando falam, passam longe

da fofoca, das pequenas maldades ampliadas no boca a boca.

[...]

É possível detectá-la em pessoas pontuais.

É elegante você fazer algo por alguém, e este alguém jamais saber que você teve que se arrebentar para o fazer, porém, é elegante reconhecer o esforço, a amizade e as qualidades dos outros.

É elegante retribuir carinho e solidariedade.

Não há livro que ensine alguém a ter uma visão generosa do mundo, a estar nele de uma forma não arrogante.

É elegante a gentileza.

Atitudes gentis falam mais que mil imagens.

[...]

Sorrir, sempre é muito elegante e faz um bem danado para a alma... Oferecer ajuda... é muito elegante... Olhar nos olhos, ao conversar, é essencialmente elegante...".

O Desembargador Wilson de Jesus Marques da Silva foi a verdadeira personificação da elegância que há pouco mencionei, bem como da honestidade, probidade, zelo, sabedoria, enfim, foi um homem com qualidades inesquecíveis.



Relatos

HISTÓRIA DO JUDICIÁRIO PARAENSE

Des. Raimunda Gomes Noronha*

* Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará

I

As justas comemorações pelos 30 anos da Escola Superior da Magistratura, uma página realmente relevante nos 138 anos de existência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, me remetem à constatação de que se faz urgente uma atualização dos nossos registros históricos. Os únicos livros que temos disponíveis sobre o tema foram escritos por Ernesto Cruz, Sílvio Hall de Moura, Raul da Costa Braga e Almir de Lima Pereira, retratando os períodos até, no máximo, os primeiros anos da década de 90 do século passado, sendo que este último se propôs a dar prosseguimento à obra do mestre Sílvio Hall de Moura, fazendo os registros cronológicos dos magistrados que passaram pelas diferentes Comarcas paraenses até o ano de 1998. Obviamente, nenhum faz menção à criação da Escola Superior da Magistratura, a não ser uma breve referência do desembargador Sílvio de que ela era mantida, através de convênio, pelo Centro de Estudos Jurídicos do Pará (CEJUP).

Nas páginas desta Revista, pela limitação do espaço, não será possível realizar essa atualização e muito menos teríamos a pretensão de fazê-lo. Ao aceitar o convite de escrever sobre o tema, motivou-me o propósito de lançar, aqui, um desafio aos

historiadores, magistrados ou não, para que se lancem à tarefa, que se impõe como urgente e inadiável, de contar a história da Justiça em nosso Estado.

Não obstante, procurarei desenvolver um breve relato dos principais acontecimentos, à luz do que anotei a partir da leitura dos autores já referidos. E fazer pequenas anotações do que teve maior relevância nos últimos anos, com ênfase, contudo, ao Tribunal de Justiça.

Durante o período colonial, todo o Norte do país estava jurisdicionado à Relação da Bahia.

Sílvio Hall de Moura assim relata em sua "História da Magistratura Paraense"¹:

"Mesmo depois que o Brasil, em 1621, fora dividido em duas colônias distintas: a do Brasil e a do Maranhão, situação que perdurou até 1744, o Pará continuara dependendo da Bahia, até 1636, quando, com a supressão do Tribunal de Relação daquele lugar (Bahia), ficara sujeito aos tribunais de Lisboa. Em 1662, com o restabelecimento da Relação da Bahia, voltara a ser subordinada àquela Relação, até 1712, quando retornara à dependência dos tribunais de Lisboa."

¹ "História da Magistratura Paraense" – 1ª edição, CEJUP, 1989, pág. 46

No início do Século XIX (1812) foi criada a Relação de São Luís (Maranhão), englobando os distritos do Pará, Rio Negro, Piauí e Ceará Grande. As distâncias, que inevitavelmente provocavam demoras nas decisões litigiosas, constituíram o fator determinante para que o Ministro da Justiça Duarte de Azevedo referendasse o Decreto Legislativo nº 2342, de 6 de agosto de 1873, que criou mais sete Relações, dentre as quais a Relação de Belém, compreendendo o Pará e o Amazonas. Sua instalação ocorreu em 3 de fevereiro de 1874, com sete integrantes dos quais quatro desembargadores removidos da Relação de São Luís (Sebastião José da Silva Braga, Francisco da Serra Carneiro, Manoel Jansen Ferreira e João Paulo Monteiro de Andrade) e um da Bahia (Ermano Rodrigues do Couto). Foram ainda nomeados Francisco de Assis Bezerra de Menezes e João Caetano Lisboa, oriundos do Ceará e de Belém, respectivamente, prestando compromisso no ato da instalação da Relação perante o desembargador presidente Ermano Rodrigues do Couto. O cargo de Procurador Geral da Coroa e Soberania Nacional foi exercido pelo desembargador Sebastião José da Silva Braga.

Os jornais da época noticiaram a novidade. No dia 16 de janeiro de 1874, o "Diário do Grão Pará" registrou a chegada do Juiz de Direito de Belém Manoel Jansen Ferreira, vindo do Rio de Janeiro com esposa, filho e quatro escravos. No mesmo vapor também viajou Sebastião Braga, embarcado em São Luís. Ermano Couto, Monteiro de Andrade, Serra Carneiro e Bezerra de Menezes chegando no dia 30 de janeiro. A imprensa fez sua reverência:

"Saúdamos reverentes os egrégios Magistrados e congratulamo-nos com os nossos concidadãos pela honra com que é dada à nossa Belém de ter entre seus habitantes tão distintos cavalheiros".

A solenidade de instalação da Relação de Belém aconteceu às 10h30 da manhã, com toda a pompa inerente ao ato. Tomaram assento à Mesa de Honra, o Presidente Ermano Rodrigues do Couto, o Bispo

Diocesano Jerônimo Tomé da Silva e o Presidente da Província Pedro Vicente de Azevedo.

No dia seguinte, publicou o "Diário de Belém":

"Está finalmente satisfeita uma das nossas maiores aspirações. Efetuou-se ontem, nesta Capital, a instalação do Egrégio Tribunal de Relação, criado pelo Decreto 2342, de 6 de agosto de 1873, tendo por distrito os territórios desta e da Província do Alto Amazonas. É um acontecimento este digno de ser festivamente celebrado pelas grandes vantagens que ele permite a nossa sociedade, que agora em diante verá melhor garantidos os seus direitos, sua fortuna e sua liberdade. Se a Justiça é a condição primária de todas as sociedades, é evidente que tanto mais profícua será, quanto mais severamente administrada, e tanto mais benéfica ainda, quanto mais oportunamente distribuída".

De acordo com o "Diário de Belém", a instalação aconteceu em prédio de dois andares na Rua dos Mercadores – atual Rua Conselheiro João Alfredo – pertencente à firma Geraldo Antônio Alves & Filho.

Vale, aqui, um ligeiro comentário sobre a não coincidência de grafia do nome do primeiro presidente do nosso Tribunal de Justiça: alguns o identificam como Ermano Rodrigues do Couto, outros como Ermano Domingues do Couto ou, ainda, o Ermano com "H". O próprio Sílvio Hall de Moura ora escreve "Domingues", ora "Domingos". Embora tentasse, ainda não consegui chegar ao nome correto, que, aliás, designa uma de nossas maiores Comendas.

II

Em consequência da criação do Tribunal da Relação de Belém, o Presidente da Província, Pedro Vicente de Azevedo, deu execução ao disposto no Art. 2º do Decreto 4824, de novembro de 1871, dividindo a comarca de Belém, por ato de 5 de fevereiro de 1874, em dois distritos especiais, ficando o primeiro distrito composto das paróquias da Sé, Santíssima Trindade, Acará, Moju, Barcarena, Beja,

Conde, Igarapé-Miri, Abaeté e Cairari, e o segundo das paróquias de Santa Ana, Nazaré, Benfica, Mosqueiro, São Miguel e Inhangapi, Bujaru, São Domingos, Capim, Irituia e Ourém.

No primeiro ano de funcionamento do Tribunal Paraense, quatro dos sete componentes deixaram a Corte, sendo substituídos pelos desembargadores Antônio de Souza Mendes, piauiense; Inácio Carlos Freire de Carvalho, baiano; Antonio Buarque de Lima, pernambucano; e Felipe Raulino de Souza Uchoa, Juiz de Direito da 2ª Vara em Belém. Em 14 de fevereiro de 1883, foi nomeado Romualdo Paes de Andrade, primeiro desembargador nascido no Pará.

No dia 22 de julho de 1887, atendendo ao pedido do Presidente, o Tribunal da Relação passou a funcionar no novo Palacete Azul, como era conhecido o atual Palácio Antônio Lemos, sede da municipalidade, permanecendo nesse local até 1970.

O Tribunal da Relação Paraense continuou com essa denominação até ser proclamada a República, quando passou a ser designado como Tribunal Superior de Justiça. O Decreto 359-A, de 19 de junho de 1891, que é considerado o marco da organização judiciária paraense, consagrou a nova denominação e estabeleceu que “nas primeiras nomeações de magistrados, quer para o Tribunal de Justiça, quer para os cargos de Juizes de Direito, fossem preferidos, tanto quanto permitisse o interesse de melhor composição da magistratura, os desembargadores da Relação então existentes em Belém e aqueles juizes que atuavam no Estado. As sessões ordinárias do Tribunal Superior de Justiça tiveram início em 3 de julho de 1891 na presença dos Desembargadores Romualdo de Sousa Paes de Andrade, oriundo do Tribunal da Relação, José de Araújo Roso Danin (paraense), Manoel Januário Bezerra Montenegro (alagoano), Ernesto Adolfo de Vasconcelos Chaves (paraibano), Augusto de Borborema (baiano), Antônio Bezerra da Rocha Moraes (paraense) e Gentil Augusto de Moraes Bittencourt (paraense).

Romualdo Paes de Andrade, nascido em Juruti, foi, também, o primeiro paraense a exercer o posto de Presidente do Tribunal Superior de Justiça.

A substituição dos magistrados que vieram de outros Estados para a Relação do Pará e aqui prestaram inestimáveis serviços e voltaram às suas origens em meio à total indiferença da sociedade local, mereceu do desembargador paraibano Antonio da Trindade Antunes Meira Henriques um veemente protesto ao então governador:

“Ilustríssimo excelentíssimo senhor governador. Esbulhados hoje do exercício os desembargadores da Relação desta cidade pela posse, ali dada aos cidadãos nomeados, por ato de 20 de junho último do antecessor de V. Excia para constituírem o Superior Tribunal de Justiça, instituído por ato do dia anterior de reorganização da magistratura deste Estado, venho respeitosamente protestar por minha parte contra essa violência feita aos direitos dos membros daquele tribunal de quem sou o último, já porque tais atos foram promulgados com infração da Constituição Federal que não cogita de reorganização judiciária nos Estados por seus governadores provisórios, antes de decretadas as respectivas constituições como evidenciam os artigos 2 a 6 das disposições transitórias da dita Constituição, e já porque ainda, quando se possa reputá-los ratificados e legitimados pelo tácito consentimento de V. Excia., não podiam eles ter efeito em relação à investidura dos referidos cidadãos nos cargos judiciários, senão depois que o Governo Federal fizesse a este Estado a entrega dos serviços da administração da Justiça que passariam a lhe pertencer nos termos do art. 3º das citadas disposições transitórias e não antes de verificada essa condição constitucional como praticou V. Excia., que assim procedendo, fora do prazo e das convicções da lei, violou direitos que o art. 74 da dita Constituição Federal garante em toda a sua plenitude, violação tanto mais revoltante pela omissão por parte de V. Excia da comunicação oficial do Tribunal da Relação sobre aquela providência que privava aos seus membros das importantes funções judiciárias, que ocupavam neste Estado. Como é do estilo oficial e aconselhava a cortesia que reciprocamente se devem aos poderes públicos e que o atual regime não aboliu nem podia abolir, porque entende ele com a boa educação política indispensável a marcha regular do serviço público. Protestando, pois, contra esse procedimento que jamais terá o efeito de atingir a minha probidade individual e um marcar a minha modesta

toja, que coubera tão limpa e pura como a vesti pela primeira vez, e tanto quanto mais limpa possa ser a farda de V. Excia., peço se digne transmiti-lo ao Exmo. Sr. Generalissimo Presidente da República por intermédio do Ministério da Justiça".²(sic)

A esse protesto transmitido ao Governador, o doutor Lauro Sodré respondeu com o seguinte teor:

"Tratando-se de um ato da competência exclusiva do Governo do Estado feito de acordo com o disposto na Constituição Federal, não tem lugar a intervenção dos Poderes da União. Recorra em termos ao Poder Legislativo do Estado, único competente para tomar conhecimento dos atos do governo tendente a organizar os serviços que, pela Constituição, pertencem aos Estados".³

A manifestação, quase lacônica, do Chefe do Executivo, bem ilustra como foram os momentos iniciais da implantação do regime republicano, pelo menos no Pará. Aliás, sob esse aspecto e para que bem se possa compreender as agruras históricas do Poder Judiciário, recomendo a leitura da obra do desembargador Silvio Hall de Moura, escrita corajosamente por esse inclito magistrado. Vale tomar conhecimento das correspondências enviadas a diversos Governadores relatando a situação de penúria que atravessava a Justiça paraense, mal instalada e pessimamente equipada, tendo que dividir espaços com outras repartições (Junta Comercial, no caso) que com ela não tinham afinidade. Os atentados contra juizes e desembargadores, perpetrados por capangas a mando de chefetes políticos, eram corriqueiros e a situação financeira dos magistrados (sobretudo no interior) dependente dos pagamentos do Executivo, era deplorável.

Destaco este trecho do saudoso colega:

"O Império, portanto, marcou o começo do drama da magistratura nacional, o início de sua morte como

Poder Constitucional. E a República veio encontrar esse estado de coisas e nada fez para melhorá-lo. Ao contrário, piorou-o."⁴

Com o advento do movimento revolucionário de 1930, nova organização judiciária foi proposta, passando o Superior Tribunal de Justiça a ser integrado por sete desembargadores. O Código Judiciário do Estado foi instituído através da Lei 761, de 8 de março de 1954, estabelecendo a seguinte composição: Tribunal de Justiça, Juizes de Direito, Pretores, Suplentes de Juizes e de Pretores, Juizes de Paz, Tribunais de Júri, Conselho de Justiça Militar e Tribunais de competência inferior. Ainda existiriam mudanças na nomenclatura: Corte de Apelação (1934), Tribunal de Apelação (1937) chegando, em 1945, a denominação de Tribunal de Justiça, que permanece até os dias atuais.

A Lei 1844, de 30 de dezembro de 1959, deu nova redação ao Código Judiciário do Estado, mantendo um número de onze Desembargadores, elevando o número de Juizes de Direito da capital para dez, e de Pretores para seis. As Comarcas de Bragança, Cametá, Santarém, Capanema e Marabá ficaram providas de duas varas. Em 27 de janeiro de 1966, a Lei 3653, elevou para 15 o número de desembargadores, e para 14 o total de juizes de direito na Capital.

Até a vigência da Constituição Federal de 1967, era do Poder Legislativo a competência de gerir a organização judiciária dos Estados. Emenda Constitucional de 1969 confiou tal autoridade aos Tribunais de Justiça, por meio de resolução com efeito de lei, e cuja alteração só poderia ser feita a cada cinco anos. Por isso, o Tribunal de Justiça do Pará baixou a Resolução nº 7, de 30 de dezembro de 1971, aprovando o Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado, que permanece até os dias de hoje. São 30, atualmente, os Desembargadores que compõe o Egrégio Tribunal de Justiça.

Na gestão do governador Alacid da Silva Nunes, sob a presidência do desembargador Agnato Monteiro

² do Tribunal de Justiça do Pará e Escorço Biográfico dos Desembargadores, 1874 a 1963 – Raul da Costa Braga

³ História do Tribunal de Justiça do Pará e Escorço Biográfico dos Desembargadores, 1874 a 1963 – Raul da Costa Braga

⁴ "História da Magistratura Paraense" – 1ª edição, CEJUP, 1989, pág. 46

Lopes, foi inaugurado, em 18 de dezembro de 1970, o Palácio da Justiça. O Tribunal saía do Palácio Antônio Lemos para instalar-se em prédio próprio, localizado na Praça Felipe Patroni, bairro da Cidade Velha, em Belém, onde também funcionavam os Fóruns Cível e Criminal da Capital.

No final do ano 2000, na presidência do desembargador José Alberto Soares Maia, o Tribunal de Justiça mudou para nova sede, na Praça República do Líbano, antigo Largo de São João, atualmente sede do Fórum Criminal – nominado Fórum Desembargador Romão Amoêdo Neto.

Em 2005 assumiu a presidência do TJPA o desembargador Milton Augusto de Brito Nobre, com a firme de disposição de dar ao Poder Judiciário estadual uma nova concepção em termos administrativos. Não há como negar que sua gestão representou um marco profundamente significativo na história da Justiça Paraense. O Tribunal de Justiça aumentou os investimentos em estrutura física, promovendo a construção de uma nova sede, resgatando a dignidade do nosso Tribunal. Recebendo do governador Simão Jatene, em comodato, o prédio do antigo Instituto Lauro Sodré, uma das mais belas edificações da chamada "belle époque", que estava praticamente em ruínas, realizou a mais completa restauração do edifício, desde a sua construção, no final do Século XIX. A obra foi concluída em 11 meses, totalizando 36.000m², sendo inaugurada no dia 1^o de dezembro de 2006, juntamente com o seu imponente anexo, onde funcionam os gabinetes dos desembargadores, as Corregedorias e os "plenarinhos" das Câmaras Cíveis e Criminais. O valor total de investimento do Poder Judiciário do Pará (entre obras de Restauração, Adaptação, Urbanização do espaço e Construção do Anexo) chegou a R\$ 13.305.053,70, gerando uma das melhores relações de custo por metro quadrado de obras públicas nos últimos anos no Brasil. A Secretaria de Obras Públicas do Estado do Pará – SEOP – participou com o investimento de R\$ 19.120.345,73, em valores da época.

No início de sua gestão algumas poucas Comarcas estavam ligadas à internet. Ao terminá-la todas estavam conectadas à rede mundial de computadores, além de

ter permitido, em procedimento pioneiro, que todas as sessões do Tribunal Pleno, das Câmaras Cíveis e Criminais (Reunidas e Isoladas), do Tribunal do Júri da Capital fossem transmitidas ao vivo e arquivadas para consulta a qualquer tempo. As mudanças efetuadas no Portal do Tribunal conduziram nossa página a um acesso mensal médio de 1.500.000 de visitantes.

Na gestão do desembargador Rômulo Nunes (2009/2010), entre outras importantes realizações, foram inaugurados o prédio sede da Coordenadoria dos Juizados Especiais (na Avenida Almirante Tamandaré) e a primeira etapa do novo Fórum de Ananindeua. Outro grande avanço foi a implantação do sistema de gestão processual LIBRA que passou a gerir mais de 70% dos processos no primeiro grau e a continuação da instalação do PROJUDI, iniciado na gestão da desembargadora Albanira Bemerguy, que estou dando sequência, levando às comarcas do interior as vantagens do processo digital. Hoje todas as Comarcas do Judiciário paraense contam com o PROJUDI.

Os presidentes das últimas gestões (Milton Nobre, Albanira Bemerguy, Rômulo Nunes) enfrentaram galhardamente os desafios postos pelo Conselho Nacional de Justiça para a magistratura brasileira e conseguiram colocar o nosso Judiciário em posição de destaque entre aqueles que procuram cumprir as metas que visam a garantir a excelência na prestação jurisdicional, mesmo com as dificuldades que, em estados como o nosso, são grandes obstáculos para um perfeito desempenho, trabalho este que continua na atual gestão.

FONTES DE PESQUISA

História do Tribunal de Justiça do Pará e Esforço Biográfico dos Desembargadores, 1874 a 1963 – Raul da Costa Braga

Memórias dos 135 anos: do Tribunal da Relação de Belém ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará – 1873 a 2008 – publicação do TJPA

História da Magistratura Paraense – Sílvio Hall de Moura – Edições Cejup, 1989.

O OLHAR DOCENTE

Zeno Augusto Bastos Veloso*

* Professor, Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

A Escola da Magistratura do Pará (ESM-PA) foi criada em dezembro de 1982, sob a liderança dos desembargadores Manoel Cacela Alves e Edgar Maia Lassance Cunha. Tenho acompanhado, desde então, a sua gloriosa e profícua existência. Lembro-me de ter visitado algumas vezes a sua sede própria, na travessa Quintino Bocaiúva, quando era dirigida pelos desembargadores Maria Lúcia Gomes Marcos dos Santos e Almir de Lima Pereira, magistrados admiráveis. Em seguida, já em 2007, foi adquirido, reformado e adaptado o imóvel contíguo, sendo a Escola ampliada, modernizada. Na ocasião, o presidente do Tribunal de Justiça era o desembargador Milton Nobre, um dos meus amigos mais antigos, desde os longínquos anos da juventude, e a diretora-geral da Escola era a desembargadora Sônia Maria de Macedo Parente. Atualmente, a ESM-PA é presidida pela desembargadora Raimunda do Carmo Gomes Noronha, presidente do TJE-PA, a direção-geral está a cargo do desembargador Rômulo José Ferreira Nunes e a Secretária-Geral é Heloísa da Silva Mota Pereira, e tenho grande admiração pelos três: Raimunda foi minha querida colega de turma na Faculdade de Direito; Rômulo, brilhante ex-aluno, e Heloísa foi eficiente assessora, de nível superior, quando exerci a Superintendência Estadual da Legião Brasileira de Assistência – LBA.

Nesses trinta anos da Escola, são profundos os meus laços com a instituição, que é modelar. Tanto no antigo prédio, como no mais moderno, dei várias

palestras, participei de muitos cursos. Vi nascer e crescer a revista semestral “A Leitura”, admirável, na forma e no conteúdo.

A ESM-PA tem atendido às finalidades e princípios que inspiraram a sua criação. Atua, vigorosamente na formação de recursos humanos para o exercício de cargos da magistratura e de cargos executivos, além de prestar relevantes serviços diretamente à comunidade.

Destaco, especialmente, os cursos de formação à carreira de juiz, bem como de especialização, aperfeiçoamento e atualização de magistrados que ela tem patrocinado.

Os cursos de Altos Estudos são privativos de desembargadores e de Juizes de Direito de Terceira Entrância e constituem título à promoção por merecimento ao cargo de desembargador.

Em seminários, simpósios, painéis e outros eventos que realiza acolhe participantes que não integram o Judiciário, possibilitando uma convivência construtiva, um diálogo salutar.

Não posso deixar de destacar a biblioteca de Escola, que é atualizada e bem administrada.

Como professor-visitante, tenho frequentado outras Escolas da Magistratura, no Brasil, e posso garantir que a nossa não fica a dever a nenhuma delas, mesmo as das unidades federativas mais ricas e desenvolvidas.

Sinto-me honrado e orgulhoso em prestar este testemunho, até por me sentir praticando um ato de inteira Justiça.

O OLHAR DOS MAGISTRADOS

Vânia Valente do Couto Fortes
Bitar Cunha*

* Desembagadora

A Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará completa trinta anos de excelência na preparação e formação de profissionais para diversas carreiras jurídicas, tanto que figuram como seus ex-alunos inúmeros Magistrados, Promotores de Justiça, Defensores Públicos e vários integrantes de carreiras jurídicas, destacando-se, ainda, através de inúmeros cursos de atualização e aprimoramento que oferece a todos os magistrados, assessores e servidores que integram o quadro do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

É nesse contexto que cresce em importância o papel da Escola da Magistratura, quer na preparação dos candidatos, quer na formação dos aprovados, quer na atualização dos Juizes em atuação, bem como dos assessores e servidores do Poder Judiciário, pois através dela se aprimoram conhecimentos do seu público alvo, sem contar que se aperfeiçoa o saber jurídico, e socialização dos novos juizes, para que compreendam a importância da função de julgar e compartilhem, desde cedo, dos objetivos institucionais do Poder Judiciário.

Com efeito, decorridos trinta anos dessa profícua atuação, permito-me felicitar o Tribunal pela Escola que temos, e, por conseguinte, os seus diretores, presente e passados, bem como seus servidores, pela excelência do trabalho realizado e desempenho satisfatório de significativa missão.

Cláudio Augusto Montalvão das
Neves*

* Desembagador

Sinto-me extremamente lisonjeado em discorrer, em apertadas linhas, acerca da importância histórica da nossa Escola Superior da Magistratura (ESM). Sua criação, por meio da Resolução 06/1982 representou uma grande conquista do Poder Judiciário paraense, servindo como referência na oferta de cursos das mais diversas cadeiras das Letras Jurídicas.

É extremamente importante ressaltar que, em 1985, concluí, na ESM, o I Curso Oficial de Preparação de Juizes, oportunidade em que tive o privilégio de ter como mestres vários renomados magistrados, adquirindo conhecimento jurídico e, sobretudo, técnicas judicantes, essa arte tão sublime na distribuição da justiça. Não se pode conceber mais, nos dias de hoje, um juiz meramente mecânico, reproduzidor de leis, mas, ao reverso, o juiz deve ter sensibilidade o bastante para exercer a atividade jurisdicional de forma eficiente e ao encontro dos anseios da sociedade. Nessa missão, a ESM exerce função ímpar, com maestria, distribuindo o saber técnico e o de vida, numa união indissociável e única na formação de um julgador, desde quando foi implementada, num esforço permanente de seus Diretores.

Sem dúvida alguma, ela é um verdadeiro porto seguro para todos aqueles que, no dia a dia, procuram aperfeiçoamento nos conhecimentos atuais das Ciências Jurídicas.

A sua história e seus frutos ratificam tamanha grandeza a legitimar a comemoração de seu natalício.

O OLHAR DOS MAGISTRADOS

Célia Regina de Lima Pinheiro*

* Desembagadora

José Maria Teixeira do Rosário*

* Desembagador

Importância Histórica da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

"O principal objetivo da educação é criar pessoas capazes de fazer coisas novas e não simplesmente repetir o que outras gerações fizeram".

Jean Piaget

Criada em 1982, a Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará (ESM-PA) possui um papel de destaque na história da construção da sociedade paraense, pois, ao longo de seus 30 anos de existência, possibilita o acesso à educação jurídica de qualidade aos profissionais de diversas carreiras jurídicas, especialmente aos magistrados, mediante a realização de cursos ministrados por professores renomados nacional e até internacionalmente os quais, por possuírem elevado nível de conhecimento jurídico e transdisciplinar, preparam profissionais para atuarem nas mais complexas questões enfrentadas pelos jurisdicionados paraenses, com escopo de proporcionar-lhes a pacificação social para a edificação de uma sociedade mais justa e igualitária.

Neste ano de 2012, a Escola Superior da Magistratura do Estado estará completando 30 (trinta) anos de suas plenas atividades no campo do ensino técnico-científico no âmbito do Poder Judiciário deste Estado. Trata-se de uma Instituição que serve de suporte aos magistrados estaduais no que concerne ao aperfeiçoamento técnico destes profissionais.

Depreende-se que a sobredita Escola, cada vez mais vem trilhando seu verdadeiro caminho no que diz respeito à efetivação de políticas voltadas à capacitação dos magistrados, quer em cursos específicos, objetivando a reciclagem, assim como ofertando palestras proferidas por juristas de escolas, bem como cursos de especialização aos magistrados, estendendo a profissionais de outras áreas do conhecimento, citando-se, por exemplo, o Curso de Especialização da Infância e Juventude no segundo semestre do ano em curso.

Desejamos à Escola da Magistratura do Estado do Pará felicitações pela permanência dessa Instituição nas vidas dos magistrados

O OLHAR DOS MAGISTRADOS

Ronaldo Marques Valle*

* Desembagador

Honrou-me o eminente Des. Rômulo José Ferreira Nunes em ter-me escolhido, dentre outros merecedores magistrados, para fazer esta manifestação, a ser publicada na revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, em comemoração aos trinta anos de sua criação.

Creio que a escolha foi mais pela estreita relação fraterna de amizade que nos une, do que pelos meus méritos.

A Escola Superior da Magistratura foi instituída pela Resolução nº 06, de 08 de dezembro de 1982 e criada em 08 de dezembro de 1982, na Presidência do Des. Manoel Cacela Alves.

No início, a Escola começou a funcionar nas dependências do Palácio da Justiça, tendo como Diretor o Des. Silvío Hall de Moura, passando a ter sede própria na Travessa Quintino Bocaiuva, sob a direção dos Desembargadores Maria Lúcia Gomes Marcos dos Santos e Almir de Lima Pereira.

Na administração do Tribunal, pelo Des. Milton Augusto de Brito Nobre, a Escola foi ampliada e modernizada, com estrutura organizacional, tendo a dirigi-la a Des. Sônia de Macedo Parente.

Atualmente, a Escola Superior da Magistratura é dirigida pelo Des. Rômulo José Ferreira Nunes, ex-Presidente do Tribunal de Justiça que, com seu dinamismo, adequou a Escola às novas exigências do Conselho Nacional de Justiça, sinalizando a Educação a Distância, permitindo que os magistrados possam participar sem se ausentarem das Comarcas, bem como vem promovendo cursos regulares, palestras e seminários, proporcionando aos magistrados e servidores aprimorarem seus conhecimentos, transmitidos por mestres do Direito, convidados a proferirem aulas especiais.

Este momento é deveras especial para a Escola Superior da Magistratura, ao comemorar 30 anos de existência, completamente adaptada às responsabilidades atribuídas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e pelas exigências do C.N.J., destacando-se dentre as outras Escolas de Magistratura tanto pela sua estrutura, como prestadora de ensino de qualidade, como formadora de profissionais capacitados para áreas jurídicas.

Em breves palavras, eis o retrato atual da nossa Escola Superior da Magistratura.



Artigos



Rômulo José Ferreira Nunes
Revisitando o Princípio da Insignificância

Resumo

O Princípio da Insignificância tem retomado, na contemporaneidade, um papel relevante em função da ótica doutrinária que aborda de um lado o ato ilícito sujeito ao jus puniendi estatal, de outro lado a justificativa sobre a tolerância do ato que relaciona a conduta com as condições do agente, o meio social e o insignificante valor atribuído em consequência da lesão a bem jurídico. A Fragmentariedade do Direito Penal, os Princípios da Insignificância Penal do Fato, da Ofensividade como Vetor ao Reconhecimento da Insignificância, a Jurisprudência do STF são abordados neste artigo, que releva o cuidado em se constatar a ocorrência de critérios que distingam a bagatela decorrente de lesão mínima que conduz ao reconhecimento da ausência da antijuridicidade ou culpabilidade que afasta o crime, em outras palavras, a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Palavras-chave

Princípio da insignificância. Princípio da irrelevância penal do fato. Princípio da ofensividade.

Abstract

The Insignificance Principle in criminal law has contemporarily retaken a relevant role as a result of the particular lens of the doctrine which addresses on one side, the illicit act, subject to the state jus puniendi and on the other side, the justification for the tolerance of the act which relates the agent's conduct to his conditions, the social environment and to the insignificant relevance attached to it as consequence of risking legal interest. Besides approaching the Fragmentation of Criminal Law, the Insignificance Principles of the Criminal Act, the Offensiveness as a vector for recognizing the insignificance and the Jurisprudence of the Federal Supreme Court, this paper also intends to reveal the necessary precaution in attesting the existence of criteria which distinguish the nonentity resulting from a minimal impairment that leads to a conscience of lack of antijuridicity or culpability that rules out the conception of crime, in other words, the minimum offensiveness of conduct, no social dangerousness of action, the extremely reduced degree of behavioral censure, the meaninglessness of juridical impairment caused.

Key words

Principle of insignificance. Principle of criminal irrelevance of the fact. . Principle of offensiveness.

Revisitando o Princípio da Insignificância

Revisiting The Principle of Insignificance

Rômulo José Ferreira Nunes *

* Desembargador, Diretor-Geral da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará/ Tribunal de Justiça do Estado do Pará (ESM/TJE-PA) Mestre em Direito. Professor Emérito da Universidade da Amazônia (UNAMA). Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

1 INTRODUÇÃO

Deparei-me recentemente com a impetração de um Habeas Corpus liberatório, no qual funcionei como relator no julgamento levado a efeito na seção criminal do Tribunal de Justiça, em que o paciente estava sendo acusado do furto de uma manivela¹ de um motor marítimo, avaliado em R\$30,00 (trinta reais). Evidente que a liberdade foi restaurada liminarmente, porém aguçou-me ainda mais o espírito para fazer uma reflexão sobre tão importante tema.

A propósito, a investigação desse tema tem gerado constante preocupação porque não se relaciona exclusivamente com o direito penal, pois, como sabido, a própria sociologia há tempos instiga o homem, como se referem alguns autores no início do século XIX. Um deles, Victor Hugo, em sua notável obra *Os Miseráveis*, construiu um personagem que foi obrigado a mudar de vida para não ter que cumprir uma pena rigorosa, por ter subtraído pão para saciar a fome, num momento em que passava por extrema dificuldade.

¹ Manivela: alavanca dobrada em ângulo reto, com auxílio da qual se imprime um movimento de rotação continua ao eixo a que está ligada. (KOOGAN, HOUASSIS, 1995)

A doutrina contemporânea diante dessa questão busca uma constatação, ou seja, esforça-se para demonstrar se há um ato ilícito definido como crime que seja aceitável, tolerado, do ato que não seria, e, portanto, sujeito ao jus puniendi estatal. A justificativa para essa tolerância residiria em relacionar a conduta com as condições do agente, com o meio social em que vive e até com o valor do bem subtraído.

Tanto a doutrina como a jurisprudência, ao se dedicarem à aplicabilidade do princípio da insignificância, que por muitos é chamado de princípio da bagatela (na expressão de Tiedemann e quase toda a doutrina italiana), resvalam para o pensamento de Claus Roxin, através da dicotomia entre regras e princípios². Outros buscam na teoria de Zaffaroni o eixo principal para explicar que a existência e tutela penal do bem jurídico somente tem importância se esse conceito for considerado em conjunto com a ofensividade mínima que se exige para a caracterização da tipicidade material do delito (ZAFFARONI, BATISTA, 2010, p. 212).

² Princípio da insignificância é a denominação dada por Claus Roxin, enquanto princípio da bagatela (*Bagatellprinzip*) foi expressão utilizada por Tiedemann, conforme Zaffaroni (2006, p. 471, notas 53 e 54).

A confusão é maior quando não se distingue corretamente entre o princípio da insignificância e o princípio da irrelevância penal do fato, como vem timbrando a doutrina, levando a uma compreensão equivocada do princípio, o que refoge ao desiderato deste trabalho, pois o seu escopo é justamente expor os aspectos teóricos e práticos referentes à sua aplicação, que afasta a tipicidade material, não considerando como ilícita a conduta que afeta minimamente o bem jurídico.

2 FRAGMENTARIEDADE DO DIREITO PENAL

Em um Estado constitucional que se define como democrático e de direito, e que dá vital importância aos direitos fundamentais, é indubitável que só resulta legitimada a tarefa da criminalização primária quando recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico. E mesmo assim, não serão todos os ataques, mas tão somente os mais graves. Esse caráter fragmentário decorre da exigência de que o Direito Penal atue apenas diante das condutas lesivas às regras mínimas de convivência social, relacionadas aos bens jurídicos essenciais da pessoa e da sociedade, nas hipóteses em que o comportamento reprovado se revista de especial gravidade. De outra banda, é correto afirmar que nem todo bem jurídico merece proteção penal, tampouco que todas as ofensas devam ser atendidas pelo Direito punitivo. O núcleo substancial da fragmentariedade se constitui na essencialidade do bem jurídico e pela intolerabilidade da ofensa, sendo indispensável a presença desses dois requisitos para que haja imposição de pena.

3 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO

Para melhor compreensão, entendo ser oportuno proceder à distinção entre os dois princípios, ainda que de forma sucinta. O Direito Penal não reconhece expressamente o princípio da insignificância, embora

tenha aceitação doutrinária e jurisprudencial, mas que na visão de Luiz Flávio Gomes, esse entendimento vem sendo "oscilante tanto pela doutrina como pelos juízes e tribunais" (GOMES; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 2007, v. 2, p. 308).

O princípio da insignificância exclui a tipicidade material do fato, seja porque a conduta não merece reprovação sob o aspecto jurídico, seja porque se reconhece o desvalor do resultado. O princípio da irrelevância penal do fato, por sua vez, afasta a necessidade de sancionar concretamente o autor do fato. O primeiro funda-se na teoria do delito, afetando a tipicidade material, afastando, em consequência, o próprio crime, e o segundo está adstrito a teoria da pena, isto é, a desnecessidade de impor sanção penal ante o desvalor ínfimo da reprovação, e como tal, considera outros critérios como antecedentes, mérito do agente, culpabilidade, e demais aspectos pessoais que impliquem reprovação da conduta.

A propósito, para o acolhimento do princípio da insignificância, não importa em exame desses outros critérios que são pertinentes unicamente a irrelevância penal do fato. É por isso, que o primeiro (princípio da insignificância) leva inevitavelmente ao arquivamento da apuração, simplesmente por se tratar de um fato atípico. Já o princípio da irrelevância penal do fato não conduz ao arquivamento, já que em princípio o fato não é bagatela, mesmo que o juiz, ao final, possa deixar de aplicar a pena face a sua desnecessidade.

4 O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE COMO VETOR PARA O RECONHECIMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA

Dúvida não há de que o crime só existe se houver ofensa ao bem jurídico previamente identificado e sob a tutela penal. Essa ofensa pode resultar numa lesão ou simplesmente num perigo concreto de lesão. Logo é de se atribuir uma função importante a esse princípio, como se refere Luiz Flávio Gomes, servindo de limite ao *ius poenale*, a propósito de se constatar a presença de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem que se encontra protegido. Afirmo o jurista que a

tipicidade tem três requisitos: a) realização da conduta penalmente relevante; b) imputação subjetiva ou normativa (tipicidade subjetiva); c) produção de um resultado jurídico penalmente relevante (GOMES, 2002, p.76 et seq.).

Verifica-se, pois, que o princípio da ofensividade também tem uma função interpretativa, examinado em cada caso concreto, significando que mesmo que a lei penal contemple como crime a conduta hábil a produzir o dano ou perigo ao bem juridicamente protegido, cumpre analisar se efetivamente ocorreu a lesão ou o perigo de lesão, gerando atipia se não atender aos pressupostos da lesividade e conseqüentemente ao reconhecimento da insignificância. Em outros termos: ainda que a conduta venha a se subsumir ao tipo penal, não produz lesão ao bem tutelado pela norma penal.

O que tem que ficar claro, todavia, é que não podemos confundir a inexistência de lesão com lesão ínfima, a exemplo do que ocorre com o porte de arma defeituosa e sem condições de causar dano, caracterizando a atipicidade, impedindo, como já visto, o exame de questões subjetivas. O mesmo não acontece no caso de pequenas lesões, hipótese em que deverá se examinar os aspectos da tipicidade, subjetivos da conduta, condições pessoais do autor e da vítima. Assim a subtração de pequenos valores não deve ser examinada sob a ótica da insignificância, mas da irrelevância penal do fato, que leva à desnecessidade de imposição de pena³.

5 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PERANTE O COLENDO STF

Para que tenha uma ideia acerca da aplicação do princípio da insignificância no Supremo Tribunal Federal (STF), foi divulgada uma pesquisa realizada pelo Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), que contou com a colaboração da professora Maria Tereza Sadeck. Os dados revelaram algumas curiosidades. Consta que o acolhimento do princípio é recente, e que há dez anos quase não se falava na possibilidade de afastar a tipicidade das condutas ilícitas quando se tratasse de delito bagatelar. O acórdão paradigmático, apesar de não ser o primeiro a tratar dessa questão, e que contribuiu para a formação da jurisprudência da Corte, foi de relatoria do Ministro Celso de Mello (HC n.84.412, DJ 19.11.2004), que tratou do crime de furto no valor de R\$25,00 e sua importância decorre do estabelecimento de critérios para se reconhecer o princípio da insignificância, como: a) a mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada, conforme expressões usadas pelo próprio Ministro relator.

A pesquisa foi realizada entre o período de 2005 a 2009, sendo que até 2006 somente três (3) casos foram questionados, enquanto entre 2006 a 2009, em setenta e dois (72) processos foram suscitados o princípio. A maior parte desse debate ocorreu através de Habeas Corpus (86,7%), havendo o reconhecimento em 64,7% (concessão apenas no mérito, mais concessão liminar e mérito), não sendo acolhido em 33,8%, o que revela a importância do remédio heroico na discussão do tema.

³ Reafirma LFC que a última decisão é a linha jurisprudencial mais correta, por reconhecer o princípio da insignificância apenas em razão do desvalor do resultado ou do desvalor da ação (GOMES, 2007, p.311).

Sobre esse tem esclarece Luiz Luisi (1998, p.1): "É inquestionável que se não existe a tipicidade, as circunstâncias presentes no contexto do fato e a vida passada do autor não têm a virtude de transformar em ilícito o fato. Uma lesão insignificante a um bem jurídico, ainda que seja de autoria de um reincidente na prática de delitos graves, não faz que ao mesmo se possa atribuir um delito. Seus antecedentes, por mais graves que sejam, não podem levar à tipificação criminal de uma conduta que, por haver causado insignificante dano a um bem jurídico, não causou uma lesão relevante."

³ Luiz Flávio Gomes menciona que ainda persiste uma confusão na aplicação do princípio da insignificância, por faltar uma clara distinção (sobretudo dogmática) entre o princípio da insignificância, como causa supra legal que exclui a tipicidade e o da irrelevância penal do fato, cujo fundamento reside no art.59 do CP, em que a sanção penal torna-se desnecessária, como se dá com o perdão judicial. Demonstra essa situação com dois julgados do STJ, sobre o crime de descaminho:

"Para o reconhecimento do aludido corolário (princípio da insignificância) não se deve considerar tão-somente a lesividade mínima da conduta do agente, sendo necessário apreciar outras circunstâncias de cunho subjetivo, especialmente aquelas relacionadas à vida progressiva e ao comportamento social do sujeito ativo, não sendo possível absolvê-lo da imputação descrita na inicial acusatória, se é reincidente, portador de maus antecedentes ou como na espécie ocorre, reiteradamente praticando o questionado ilícito como ocupação" (STJ, HC 33.655-RS, rel. Min. Laurita Vaz, j.01.06.2004).

"A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. Circunstâncias de caráter eminentemente subjetivo tais como reincidência, maus antecedentes e, também, o fato de haver processo em curso visando à apuração da mesma prática delituosa, não interferem na aplicação do princípio da insignificância, pois este está estritamente relacionado com o bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto. Writ concedido" (STJ, HC 34.641-RS, rel. Min. Felix Ficher, j.15.06.2004).

Nos crimes patrimoniais, o princípio bagatela foi reconhecido em 52,2% (24 casos), e não foi aceito em 45,7% (21 casos). Desperta atenção que nos crimes patrimoniais, 86% deles o valor do bem se concentra na faixa de 0 a 200 reais, sendo que 70% concentra-se na faixa de 0 a 100 reais, e nesta última faixa 60% dos casos a insignificância foi reconhecida. A pesquisa também aponta os bens mais afetados nos crimes patrimoniais em que se discute o princípio. Em primeiro lugar, é o dinheiro (26,2%), seguido por objetos eletrônicos (19,0%) e roupas (19,0%). Os alimentos (ex: chocolate) e objetos de higiene pessoal (ex: shampoo), aparecem na seqüência com 14,3% e 11,9% respectivamente, enquanto animais aparecem uma única vez.

Interessante destacar que dentre todos os casos em que se invocou o princípio da insignificância, em 82,7% houve a atuação de um Defensor Público, e em 17,3% houve a participação de advogado particular, o que revela que os réus em sua maioria não tiveram condições econômicas para contratar defensores particular (CONJUR).

6 A JURISPRUDÊNCIA DO STF E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Na análise do caso concreto, o STF vem timbrando pelo reconhecimento do princípio da insignificância como meio de corrigir o tipo penal. O que a doutrina tem discutido é o critério adotado pelos diversos precedentes jurisprudenciais, em que se sustentam duas posições: uma com esteio na atipicidade em que são examinados aspectos meramente objetivos, e outra, que leva em conta aspectos subjetivos como antecedentes, primariedade, circunstâncias do crime etc.⁴

⁴ Ver por todos Luiz Flávio Gomes que aponta a confusão reinante na jurisprudência, em não distinguir com clareza o princípio da insignificância e o princípio da irrelevância penal do fato. Refoge a este trabalho, entretanto, tecer qualquer tipo de crítica, interessando tão somente enfatizar que a Corte Suprema acolhe o princípio da insignificância quando a lesividade ao bem jurídico for inexpressiva, sem negar, igualmente, a atipicidade da conduta, embora adote na avaliação dos casos ora aspectos objetivos, ora aspectos subjetivos.

Na década de 90 o STF não acolheu o princípio da insignificância, ao argumento de que havia controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência, e a legislação brasileira não contemplava as chamadas causas supraleais de exclusão do crime ou de culpabilidade, excluindo a possibilidade de aplicação. E mais: o julgado deixou registradas a gravidade do fato e a reincidência do paciente⁵.

Em 1998 o Ministro Marco Aurélio reconheceu o princípio da insignificância, quando o ex-prefeito do município de São José da Coroa Grande, no Estado de Pernambuco, foi processado pelo Ministério Público trabalhista, em que o reclamante havia sido contratado como gari em período proibido e sem concurso público. Ficou assentado que a contratação ocorreu de forma isolada, e que do ato não resultou prejuízo para a municipalidade⁶.

O STF em 2004 enfrentou a questão, cujo voto proferido pelo Ministro Celso de Mello transformou-se em paradigma. Um jovem de 19 anos, desempregado, foi condenado a uma pena de 8 meses de reclusão por ter subtraído para si uma fita de vídeo-game, no valor de R\$25,00 (vinte e cinco reais), objeto que foi recuperado e não trouxe nenhum prejuízo à vítima. A decisão invalidou a condenação imposta, descaracterizando materialmente a própria tipicidade⁷.

Em que pese, porém, o voto paradigmático antes referido, o STF não aplicou o princípio da bagatela no Recurso Ordinário de HC, constando que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 155 c/c o art. 14, II do CP, à pena de 4 meses de reclusão em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, substituídas por uma pena restritiva de direitos, em razão de ter subtraído R\$40,00 do interior de um trailer de lanches. Restou entendido que não houve inexpressividade na lesão jurídica, considerando condições subjetivas⁸.

⁵ Habeas Corpus 77.747-5, rel. Ministro Francisco Rezek, j. 07.12.1993.

⁶ Habeas Corpus 77.003-4 PE, j. 16.06.1998.

⁷ Habeas Corpus 84.412-0 SP, rel. Ministro Celso de Mello, j. 19.10.2004.

⁸ RO em HC 96.813-9, RJ, rel. Ministra Ellen Gracie, j. 31.03.2009.

Como se constata, o STF vem-se inclinando pelo acolhimento do princípio da insignificância, embora, em alguns casos, ainda exista alguma resistência por considerar o grau de reprovabilidade da conduta, antecedentes e concurso de pessoas⁹.

7 CONCLUSÃO

É inconteste que não se discute mais sobre a aceitação do princípio da insignificância em todos os tribunais do país, inclusive do colendo Supremo Tribunal Federal, conforme examinado no decorrer deste trabalho. O cuidado que se precisa ter, contudo, é estabelecer critérios para distinguir a bagatela, em que há atipicidade, da lesão mínima que conduz, inevitavelmente, para o reconhecimento da ausência de antijuridicidade ou de culpabilidade que igualmente afasta o crime.

Ao examinar o caso concreto que me levou a esta reflexão, não há dúvida, e disso me convenci de que está caracterizada a atipia, levando em conta exclusivamente o desvalor do resultado ou da conduta, sem imiscuir em aspectos subjetivos, como os antecedentes e a prática reiterada de delitos patrimoniais. O que interessa, como consta no magistral voto do Ministro Celso de Mello é, que o caso concreto tenha mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

De qualquer forma, o que precisa ser dito é que é inarredável a aplicação tanto do princípio da insignificância (bagatela própria), quanto do princípio da irrelevância penal do fato (bagatela imprópria), como causa que não justifica a imposição de pena, evitando-se o encarceramento desnecessário e a demonstração de odiosa insensibilidade jurídica e social.

⁹ HC 94.765-4 RS, rel. Min. Ellen Gracie, j.09.09.2008; HC 97.051 RS, rel. Min. Carmen Lúcia, j.13.10.2009; HC 97772 RS, rel. Min. Carmen Lúcia, j.03.11.2009; HC 90.747-PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.01.12.2009. Em sentido contrário, concedendo a Ordem: HC 93.453-6 RS, rel. Min. Originário Joaquim Barbosa e rel. para o Ac. Min. Celso de Mello, j.22.09.2008; HC 96.688-8 RS, rel. Min. Ellen Gracie, j.12.05.2009; HC 98.152-6 MG, rel. Min. Celso de Mello, j.19.05.2009; HC 97.927 RS, rel. Min. Celso de Mello, j.02.06.2009; HC 100.316 SC, rel. Min. Celso de Mello, j.15.12.2009.

REFERÊNCIAS

ARÊDES, Sirlene Nunes. O princípio da Ofensividade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista CEJ*, v. 15, n. 55, p. 36-45, out.-dez 2011.

BARBOSA JÚNIOR, Salvador José; FRANZOI, Sandro Marcelo Paris; MORGADO, Nara Cibele Neves. Breves anotações do princípio da insignificância. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 28-41, dez./jan. 2007.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONJUR – consultor jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O princípio bagatelar próprio e impróprio: conceito, classificação e aplicação. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 26, p. 72-83, jun./jul. 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Delito de bagatela: princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, vol. 9, n. 102, p. 2-4, maio 2001.

_____. Critérios determinantes do princípio da insignificância. [Florianópolis: s.n.], 2004. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/12211-12211-1-PB.pdf>>.

_____. O princípio da ofensividade no direito penal. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002. 116 p.

_____. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007. v. 2.

KOOGAN, Abrahão; HOUAISS, Antônio. *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. Rio de Janeiro: Delta, 1995.

LUISI, Luiz. O princípio da insignificância e o pretório excelso. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 63, fev. 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

_____. BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v.2.



Luzia Nadja Guimarães Nascimento

Ferramentas de TI e Gestão Eficiente na Atividade Jurisdicional

Resumo

É inegável que o Brasil tenha alcançado plenitude democrática e que o recente amadurecimento social tenha coincidido com um processo maior, de ordem planetária, em que as sociedades estão sendo substituídas por 'redes sociais'. O dinamismo do nosso tempo implica aumento vegetativo dos conflitos que, em última instância, deságuam no Poder Judiciário. Se no primeiro momento o desmesurado crescimento nas demandas judiciais nos tenha deixado aturcidos, hoje sabemos, com clareza, que uma das soluções para gestão eficiente do Judiciário é o investimento em Tecnologia da Informação.

Palavras-chave

Democracia. Judiciário. Acesso. Demanda. Celeridade. Gestão. Desafio. Justiça

Abstract

That Brazil has reached democracy to the full and that the recent social maturity has coincided with a greater process, of global order, in which societies are being constituted by "social networks" is undeniable. The dynamics of our times implies a vegetative growth of conflicts that, ultimately, flow into the Judiciary Power. If in the first moment, the overstrained growth of judicial demands has dumfounded us, now, we are clearly conscious that one of the viable solutions for an efficient management of the Judiciary is the investment in Information Technology.

Key words

Democracy, Judiciary, Access, Demand, Celerity, Management, Challenge, Justice

Ferramentas de TI e Gestão Eficiente na Atividade Jurisdicional

IT Tools and Efficient Management in Jurisdictional Activity

Luzia Nadja Guimarães Nascimento*

* Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA). Especialista em Gestão Judiciária.

1 INTRODUÇÃO

É imprescindível para abordar este assunto fazer uma breve incursão no passado, em fatos históricos ocorridos há mais de oito mil anos, que foram magnificamente narrados por Geoffrey Blainey e categorizados por Alvin Toffler.

Segundo o escritor, filósofo futurista Alvin Toffler, estamos presenciando o limiar de uma nova civilização que representa uma 'nova maneira de viver', cuja amplitude e profundidade seriam de tal majestade que somente em outros dois momentos da civilização foram observadas.

A primeira ocasião remonta a uma época em que a raça humana avança de uma espécie animal tipicamente nômade e dava os primeiros passos rumo à concepção de civilização agrícola e sedentária, para aquilo que o filósofo convencionou ser a 'primeira onda'.

Sobre este limiar civilizatório Geoffrey Blainey descreve que há cerca de oito mil anos, na atual Síria e Palestina, uma pequena e incrivelmente lenta revolução parecia começar, de forma ainda absolutamente rudimentar, a partir dos agrupamentos humanos que passaram a cultivar em pequenas áreas de terra trigo

e cevada. Teriam passados milhares de anos para que a população mundial alcançasse a inacreditável marca de 90 milhões de habitantes. Essa onda, também reconhecida como revolução verde, fez surgir o trabalho especializado e as primeiras cidades.

Em que pese o grande avanço, nem sempre uma boa colheita era o suficiente para assegurar alguma prosperidade ou mesmo a sobrevivência das tribos. As técnicas rudimentares de armazenamento, os riscos de infestações de roedores e o rigor dos invernos impunham um limite natural a toda a cidade que crescia além de um determinado tamanho.

Entre 1750 e 1850, a engenhosidade humana proporcionou um novo salto, a especialização da produção nos brindou com mais alimento, mais roupas, mais abrigo. Eram os primeiros tempos da "segunda onda", uma era industrial que rapidamente tomou conta da Europa e da América do Norte e de lá para o mundo.

O tempo fluiu e dois ou três séculos passariam para que a humanidade, mergulhada na bipolaridade do pós-guerra, assistisse ao surgimento de uma nova economia, cuja marca era fazer mais e melhor, e isso somente seria possível pela via da informação e do conhecimento científico.

Em nenhum outro momento da história se viu um acúmulo de conhecimento como no século passado. As estações do ano não importam mais, há alimento disponível a qualquer tempo, noite e dia não se distinguem, há sempre algo a ser feito seja qual for a hora.

É inegável que o mundo esteja vivendo uma terceira onda, mas esse momento não é essencialmente poético.

A humanidade estimada em 300 milhões de indivíduos no marco da era cristã levou 1.800 anos para chegar a um bilhão, dobrando de tamanho 125 anos depois, e novamente dobrando em 50 anos (1975). Chegamos aos sete bilhões em 2011. Hoje, neste mundo 'quase único', os conflitos também descrevem uma razão geométrica e a virtude aristotélica parece não fazer qualquer sentido.

Enquanto nação, observamos nosso reflexo e concluímos, – com pesar, se diga – que o Brasil não esgotou os modelos das duas primeiras ondas. Estamos diante de um paradigma social – em boa parte do Norte e Nordeste ainda vive-se a 1ª onda, no restante do país a 2ª, e, em raros centros urbanos podemos encontrar pequenas ilhas na 3ª onda.

Tanta desigualdade impõe um preço, ou melhor, um desafio – *teremos que vencê-lo*.

É assim que temos feito no Judiciário.

Há pouco mais de 20 anos, no ocaso do século passado, através da Constituição Federal, o Estado brasileiro recebeu a definição de "Democrático de Direito". A partir de então, fixou-se a ideia de democracia e juridicidade fundamentais à condução do país.

Para o Poder Judiciário, tratou-se do momento mais importante na história da República, uma vez que, ao tempo em que a Carta Magna nos assegurava autonomia administrativo-financeira, também nos impunha a gigantesca responsabilidade no processo de redemocratização e reconstitucionalização do país pela garantia à ordem jurídica e à universalização do acesso à justiça.

Estes últimos anos, em especial os últimos quinze, passaram a ser vistos como a "Era da Informação". Nunca se teve tanta informação a custo baixo e em tempo tão acelerado, tanto que, em julho de 2003 na cidade de Heredia na Costa Rica, juristas latino-americanos, reunidos durante o Seminário de Sistema Judicial e Internet, estabeleceram regras para divulgação dos dados judiciais via internet, garantindo o acesso das partes a todos os atos processuais – As Regras de Heredia – que orientaram os Tribunais a observarem alguns princípios na divulgação via internet, tais como os direitos de privacidade e intimidade, assegurando o sigilo sempre que necessário, em especial nos casos que envolvam menores ou incapazes, assuntos de família, racismo, violência sexual ou doméstica.

A democratização do acesso à justiça somada ao robusto sentimento de cidadania, levados a termo na busca pelo direito, seja individual ou coletivo, resultou em uma avalanche de demandas judiciais variadas em importância, valor e alcance social.

Neste contexto, a razoável duração do processo não era mais um simples clichê. Os ecos da cobrança por uma Justiça célere e efetiva vindos de todos os estratos sociais instigaram a recente grande mudança do Judiciário.

A reorganização do sistema jurídico-processual brasileiro, com evidência para as tutelas de urgência incorporadas ao Código de Processo Civil (CPC), a criação dos Juizados Especiais, a Emenda Constitucional nº 45, são reflexos desse tempo. Dentre todas as mudanças, evidencia-se a introdução do inciso LXXVII ao art. 5º da Constituição da República.

Elevada pelo constituinte derivado à categoria de direito fundamental, a razoável duração do processo nos impôs uma carga de responsabilidade social para a qual, sejamos francos, não estávamos preparados, como bem referiu o Juiz Federal, e então Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Sérgio Renato Tejada Garcia (2008, p. 29):

Se a garantia de uma justiça justa levou a população brasileira a acreditar no Poder Judiciário a ponto de confiar-lhe mais de 45 milhões de processos com incremento anual de mais de 23 milhões de novos casos, não sabemos na mesma proporção, renovar e atualizar nossos métodos de trabalho, ainda que tenhamos importantes exemplos em contrário.

Ocorre que o modelo institucional não acompanhava os avanços normativos. Era patente a carência de pessoal, de instrumentos e, sobretudo, capacitação dos agentes. A estruturação normativa, portanto, não se mostrava suficiente para o intento do legislador.

Estruturar o Poder Judiciário, tanto quantitativo como qualitativamente, para o enfrentamento do novo cenário jurídico, é providência que não pode esperar para amanhã, de tal forma que precisamos, mais do que nunca, acertar a escolha da vereda que devemos tomar, e, particularmente tenho a convicção de que o rumo aponta para o investimento em tecnologia e qualificação do quadro de pessoal.

2 O CNJ E O CONTEXTO

Papel fundamental neste processo exerce o CNJ, encabeçador da ideia de nivelamento nacional dos serviços jurisdicionais. Atua constantemente na busca da gestão das informações da Justiça brasileira, na padronização da atuação jurisdicional.

Dentre as ações do CNJ, está a persecução à razoável duração do processo, consubstanciada no estabelecimento de metas anuais de nivelamento, as quais, seguidamente, abrangem a necessidade de se acabar com as demandas antigas do Judiciário e, ainda, imprimir celeridade ao andamento processual.

Por exemplo, para o ano de 2009, restou estipulado o julgamento dos processos distribuídos até dezembro de 2005, ação conhecida como META2. Para o ano seguinte, o julgamento de todos os processos distribuídos até dezembro de 2006 e, ainda, julgamento em quantitativo igual de processos

distribuídos naquele ano e o estoque já existente, bem como redução do acervo de processos em fase de execução. Para 2011, repetiu a meta de julgamento em quantitativo igual de processos distribuídos naquele ano e o estoque já existente. No ano vigente, estipulou o julgamento em número maior de processos de conhecimento do que de processos distribuídos em 2012 e, ainda, para a justiça comum finalizar pelo menos 80% dos processos distribuídos em 2007. Por fim, já consta estabelecido como meta nacional para o ano de 2013 o julgamento em número maior de processos de conhecimento do que de processos distribuídos em 2013 e, ainda, para a justiça comum, finalizar pelo menos 80% dos processos distribuídos em 2008.

Além das metas, há o investimento e estímulo à informatização do Poder Judiciário. O CNJ, percebendo a necessidade de acompanhamento das demandas que chegam ao Judiciário, tem agido na gradual mitigação de barreiras burocráticas desnecessárias à fluidez processual e à implementação de ferramentas tecnológicas facilitadoras do serviço realizado, até mesmo com a distribuição de hardware.

Em entrevista para Cadernos FGV Projetos (2010), o Ministro Gilmar Mendes, então presidente do Conselho Nacional de Justiça, relatou a experiência no Órgão Judicial:

O uso de tecnologia precisa ser ampliado e estamos progredindo bastante, hoje já há um grande índice de informatização. Investimos fortemente no processo eletrônico, que de fato é um instrumento de facilitação, ele acelera a dinâmica processual, simplifica a tramitação do processo. Hoje já temos os chamados malotes eletrônicos, estamos dispensando o modelo antigo de cartas precatórias, extremamente formais. Tudo isso vai reduzir o tempo do processo e vai tornar muito mais presente o Judiciário na vida do cidadão.

Por fim, o Conselho Nacional de Justiça, ao primar pela transparência na prestação jurisdicional, apresenta em sua página da web a realidade do judiciário brasileiro, a fim de que sejam estabelecidas

futuras metas nacionais e haja pleito por políticas públicas para o avanço da justiça. Com um projeto denominado "Justiça em Números", reúne em uma única base de dados informações estatísticas de todo o Poder Judiciário brasileiro.

Ressalte-se que o projeto 'Justiça em Números' foca não apenas o autoconhecimento, mas, principalmente, a disponibilização pública das informações acerca da atividade judicial em todas as suas esferas e, considerando a disponibilização dos relatórios desde o ano de 2004, é absolutamente razoável afirmar que o CNJ já se antecipava ao recentíssimo sentimento de transparência vivido no país com a publicação da Lei de Acesso à Informação Pública (Lei nº 12.527) em 16 de maio deste ano.

A importância da apuração desses dados estatísticos está umbilicalmente atrelada à escolha do caminho, já que não é razoável adotar posturas que não guardem relação com a realidade atual e com perspectiva futura. Nesse contexto, ousar apresentar alguns números comparando o que éramos em 2005, em relação à 2010, para instigar o leitor em conclusões próprias.

Em 2005 contávamos com 3,9 Magistrados e 38,1 servidores por cem mil habitantes, naquele ano investimos 4,2 milhões de reais em Tecnologia da Informação, tínhamos 0,8 computador por usuário, nossa despesa total anual era 222,5 milhões e o saldo de depósitos judiciais pendentes em relação a nossa despesa era na razão de 45,8%. Naquele ano de 2005, recebemos 95.600 processo no 1º grau, perfazendo, ao final do exercício, a média de 2.648 processo por magistrado.

Em 2010, saltamos para 4,6 magistrados e 51,2 servidores por cem mil habitantes, investimos 16,9 milhões de reais em TI, passamos a ter 0,97 computadores por usuário, nossa despesa anual foi a 512,8 milhões, e o saldo de depósitos judiciais pendentes em relação à despesa per fez 59%. Recebemos 155.300 processos novos no 1º grau que elevaram a carga de trabalho para 3.349 processo por magistrado.

Embora os números indiquem um crescimento vegetativo assustador no número de processos, as taxas de congestionamento aferidas em 2005 de 92,8% e em 2010 de 63,7%, nos fornecem um parâmetro animador de que o incremento de mais de quatro vezes do investimento em TI no intervalo repercutiu ganho na efetividade dada à triplicação dos valores dos depósitos judiciais e na própria celeridade considerando a redução da taxa de congestionamento.

3 REALIDADE LOCAL

O cenário nacional não mais permitia que qualquer Unidade Federativa ficasse excluída do processo de otimização da prestação jurisdicional.

No Pará, não podia ser diferente.

Entretanto, em um passado bem recente, as peculiaridades locais mostravam-se desafiadoras. Em um Estado cujo território é o segundo maior do Brasil e o acesso a determinadas comarcas, em pleno século XXI, ainda seria um desafio, a mudança veio em outro ritmo.

O sinal mais sensível que pode ser apresentado está no aumento do número de juizes em 5 (cinco) anos. Segundo dados fornecidos pela Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, em 2005 o Estado contava com a atuação de 289 (duzentos e oitenta e nove) magistrados. Em 2010, já eram 324 (trezentos e vinte quatro).

Na área de Tecnologia da Informação (TI), o principal avanço do Poder Judiciário do Pará, a contribuir para a razoável duração do processo, é a gestão das informações.

Há aproximadamente uma década, não havia instrumentos adequados ao levantamento de informações em tempo real que pudessem resultar em ganho de celeridade para tomada de decisões. Qualquer solicitação de informação, nos mais variados setores, acarretava quase sempre necessidade de retrabalho para apuração de dados, mesmo aqueles já obtidos em momento pretérito.

O primeiro sistema de acompanhamento processual existente no Estado, denominado GOL,

nunca obteve normatização, sequer era obrigatória sua utilização, não trazendo nenhum tipo de confiabilidade às informações obtidas por ele. Vários 'cartórios judiciais' sequer tinham o sistema instalado em seus computadores privados. Era uma loteria.

Em 2002, veio o primeiro passo firme rumo à mudança – a substituição do GOL pelo Sistema de Acompanhamento de Processos (SAPXXI).

Com qualidade superior em relação ao antigo, o sistema só veio receber normatização quase cinco anos após a sua implantação, em 2007, através do Provimento nº 01/2007 da Corregedoria de Justiça da Região Metropolitana de Belém, com elaboração, inclusive, de Manual de Utilização.

Contudo, apesar de disponível para uso por mais de quatro anos, o sistema SAPXXI apresentava alguns aspectos limitantes para integração e produção de informações de dados estatísticos. Sua base de dados era descentralizada e, ainda, sofria um mal congênito: a migração de dados do sistema antigo para o atual trazia um conjunto de informações sem correspondência com a realidade física das Unidades Judiciárias.

Muito além de uma imposição pela modernidade, havia a necessidade de inserir a cultura de uso de sistemas informatizados no exercício da atividade judiciária. Magistrados e Servidores ainda precisavam se conscientizar que os sistemas de gestão processual não se limitavam ao controle e tramitação interna de um processo específico, mas possibilitavam a gestão da atividade jurisdicional sob os planos micro e macro institucional.

Acontece que o tempo é determinante em se tratando de tecnologia, e partindo da premissa Einsteiniana de que o futuro chega rápido demais, logo nos deparamos com a real impossibilidade de continuação do Sistema SAPXXI, surgindo assim a necessidade de desenvolvimento de uma nova ferramenta tecnológica para a gestão processual.

A ideia era a adoção de um sistema que tivesse como requisito fundamental a versatilidade de programação e que os documentos trabalhados pudessem ser acessados em forma de hipertextos,

figuras, sons e até mesmo vídeo (ambiente web e programação Java).

Nesse contexto, criou-se, em 2009, o Sistema de Gestão de Processos Judiciais (LIBRA). Sem dúvida, a melhor ferramenta de gestão processual que o judiciário paraense já teve, com redução do tempo das atividades realizadas e, ainda, o englobamento das mais variadas informações da atividade jurisdicional paraense.

Atualmente, o sistema já se encontra instalado em 59 comarcas do Estado, com o percentual de 88,10% do acervo de processos em tramitação no Estado.

Dentre as principais qualidades, merecem destaque o desenvolvimento em ambiente WEB, a segurança das informações armazenadas, banco de dados centralizado, o melhoramento do parque tecnológico do judiciário paraense e dos links de comunicação contratados, bem como a reconstrução das instalações elétricas e lógicas dos Fóruns.

O novo sistema viabiliza o cumprimento das exigências advindas do Conselho Nacional de Justiça, dentre as quais são relevantes a unificação da numeração processual nacional (Resolução nº 65/2008 do CNJ), a utilização das Tabelas Unificadas de Classe, Assuntos e Movimentos (Resolução nº 46/2008 do CNJ) e a integração com o Cadastro da Ordem dos Advogados, Seção Pará.

Ainda possibilita o acompanhamento descentralizado da execução penal, o que significa dizer que o controle é feito à pessoa do apenado em relação a todas as ocorrências judiciais e eventos carcerários, inclusive, com integração ao Banco Nacional de Mandados de Prisão conforme determina o Conselho Nacional de Justiça através da Resolução nº 137/2011.

Evidentemente que sempre existem percalços nas mudanças, e aqui não seria diferente. A implantação de um sistema novo sempre gera alguns entraves, razão pela qual o LIBRA passa por contínuo acompanhamento e melhoramento de sua funcionalidade. Todos os usuários se mantêm informados através de ferramentas contidas no

próprio sistema, em sua página inicial, o que resulta ganho de tempo na comunicação, mantendo-os sempre atualizados.

Apesar dos esforços despendidos ao aprimoramento do atual sistema de gestão processual do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA), não há que se fechar os olhos para o futuro próximo, entenda-se aí 'a automação do processo judicial'. Assim, o sistema LIBRA foi totalmente desenvolvido a fim de que seja compatibilizado para uma eventual migração para um sistema integralmente virtual.

4 PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO – PJe

Alguns Tribunais do país, inclusive o Superior Tribunal de Justiça (STJ), já se encontram atuando de forma virtualizada (por ação remota na internet). Os Tribunais Estaduais não mais encaminham processos físicos para apreciação dos recursos interpostos à Corte Superior, remetendo todos os documentos de forma digitalizada ao seu destino, graças à Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, conforme Medida Provisória de nº 2.200-1 de 27 de julho de 2001, ainda no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso.

No Estado do Pará, o procedimento judicial em meio eletrônico já acontece em juizados especiais cíveis, através do sistema Processo Judicial digital (PROJUDI) e em duas varas da Capital, a saber, a 2ª Vara de Execuções Penais e a 6ª Vara da Fazenda Pública.

O Conselho Nacional de Justiça, em parceria com as Cortes de Justiça Nacionais, desenvolveu o Processo Judicial Eletrônico (PJe), lançado oficialmente em 21 de junho de 2011 pelo Ministro recém-aposentado Cezar Peluzo.

Em seu discurso de lançamento, o Ministro deixou registrado o marco na história da justiça brasileira:

[...] o sistema também desvela novo capítulo do Judiciário. Foi construído mediante tecnologias novas tendentes a superar atividades que só se concretizam no papel. Adotaram-se fluxos de negócio maleáveis para disciplinar a condução do processo, viabilizou-se a redução da necessidade de informações pelos juízes e tribunais e dá-se aos jurisdicionados clareza maior a respeito do que se passa no ambiente judicial. Também é capítulo novo na colaboração entre o Judiciário e todos os que participam diretamente da administração da Justiça. O PJe já se comunica diretamente com a Receita Federal do Brasil, para assegurar a identificação adequada das partes, e com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, para garantir a regularidade de atuação dos advogados (PELUZO, 2011).

Já são 20 (vinte) o número de Tribunais de Justiça Estaduais que aderiram ao sistema, dentre eles, o Tribunal do Estado do Pará (CNJ, 2012). Os adeptos, antes de implantarem a ferramenta deverão cumprir as preparações necessárias ao recebimento do Sistema, sem prazo, até então, estabelecido.

Trata-se, portanto, da mais concreta uniformização da justiça brasileira, com a possibilidade de serem coletados dados estatísticos de todo o país em fração de segundos.

O autoconhecimento em nível nacional estará centralizado em um único sistema e permitirá ao Poder Judiciário maior volume argumentativo em relação à dotação orçamentária e na implementação de políticas públicas que visem à concretização da justiça.

5 JUIZ GESTOR

Par e passo com essas mudanças, nasce o conceito de que ao juiz não cabe apenas o papel de julgador, mas também, e essencialmente, o de gestor, lançando mão das ferramentas que possui, para gerir a Unidade Judiciária que preside, de forma a facilitar a rotina e acelerar a prestação jurisdicional.

Os sistemas atuais de gestão de processos judiciais possibilitam que o gestor, em um "clique", colete as

mais variadas informações acerca dos processos em tramitação, permitindo a identificação e deliberação consciente acerca das carências existentes em seu ofício, naquele instante específico.

Trata-se, portanto, do papel fiscalizador da sua própria atividade a fim de viabilizar a rapidez e eficiência nas atividades realizadas – o juiz é o primeiro corregedor da sua unidade (Min. Antonio de Pádua Ribeiro, Corregedor Nacional de Justiça no Fórum de Debates sobre Prestação Jurisdicional da Região Norte, 2007 em Belém).

Nesse contexto, abre-se a possibilidade de atuação preventiva do juiz gestor, o qual, diante das situações externas apresentadas a ele e o auto-conhecimento de sua estrutura, adota medidas que previnem ou auxiliam a sua futura e eventual atuação, como a estruturação de comarcas nas quais se localizam grandes projetos de desenvolvimento e infraestrutura, como as comarcas da Rodovia Transamazônica, em especial Altamira.

Neste sentido, é válido ressaltar o entendimento do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Elton Leme, exposto no CadernoS FGV Projetos (2010):

Não se pode negar que o juiz exerce uma atividade híbrida: precisa gerenciar bem seu meio de trabalho para que possa cumprir sua missão final de distribuir a justiça, o que exige uma vocação profissional mais ampla. Esse é o novo paradigma do Poder Judiciário, a grande mudança que hoje testemunhamos ativamente.

Acredita-se, portanto, que a qualidade exerce função de principal instrumento na mudança de uma cultura burocrática para a cultura gerencial orientada para resultados e focada no cidadão.

Neste diapasão, chega-se à Gestão pela Qualidade em que é imperativo a adoção de rotinas gerenciais a partir de informações produzidas por meio do tratamento de indicadores de desempenho, quer seja de magistrados quer de servidores.

Busca-se a melhoria da prestação dos serviços jurisdicionais, envolvendo-se diretamente no processo de reforma e não apenas submetendo-se às normas legais impostas hierarquicamente. O fato de a população brasileira possuir maior consciência sobre os direitos que possui exige do Poder Judiciário a maior qualidade dos serviços prestados.

A solução encontrada para o enfrentamento deste novo cenário jurídico está no compromisso com o investimento em tecnologias que sirvam como facilitadoras da atividade jurisdicional. O papel de protagonista está na aposta pela automação do processo.

Se a globalização é uma realidade mundial, a informatização da justiça não pode deixar de fazer parte deste processo, permitindo-se acessível a todos, de forma confiável e concreta, como bem disse o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Ayres Britto (2012), por ocasião do I Encontro Nacional sobre Processo Judicial Eletrônico, exaltando o investimento no sistema: “Não se pode falar em sustentabilidade sem independência e autonomia tecnológica”.

REFERÊNCIAS

- BLAINEY, Geoffrey. *Uma breve história do mundo*. São Paulo: Fundamento, 2009.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Metas de Nivelamento Nacional*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em: 29 jun. 2012.
- _____. *Justiça em números*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 30 jun. 2012.
- BRITTO, Carlos Ayres. Encerramento. In: ENCONTRO NACIONAL SOBRE PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO, 1, 2012. Brasília, 2012.
- CADERNOS FGV PROJETOS, v.5, n.12, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://fgvprojetos.fgv.br/publicacoes/cadernos-fgv-projetos-n%C2%BA-12-poder-judiciario-e-gestao-eficiente>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

A CARTA de Heredia. In: SEMINÁRIO INTERNET Y SISTEMA JUDICIAL REALIZADO EN LA CIUDAD DE HEREDIA, jul. 2003. Heredia, Costa Rica, 2003.

CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Tereza Arruda, et al (Coord.) Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 848 p., p. 215-223.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 2.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. A nova Justiça Brasileira. A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, Belém, v.1, n. 1, p. 28-31, nov. 2008.

JUCÁ, Francisco Pedro. Reforma do Judiciário: algumas reflexões. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

PARÁ. Governo. Disponível em: < http://www.pa.gov.br/O_Para/opara.asp.> Acesso em: 30 jun. 2012.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado. Corregedoria de Justiça da Região Metropolitana de Belém. Relatório de Gestão da CJRMB: Biênio 2007/2009. Belém, 2009.

PELUZO, César. Discurso de lançamento do PJe. Brasília, 2011. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/images/programas/processo-judicial-eletronico/lancamentopje.discursoministropeluso.pdf>.>. Acesso em: 30 jun. 2012.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito Fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Tereza Arruda, et al (Coord). Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TOFFLER, Alvin. A terceira onda. São Paulo: Record, 2001.



Antonio José de Mattos Neto
Levando a Amazônia a Sério

Resumo

A floresta amazônica brasileira é objeto de cobiça externa, para fins de internacionalização; a ordem internacional e o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro repudiam a proposta; a floresta amazônica brasileira é considerada direito fundamental do cidadão brasileiro.

Palavras-chave

Direito. Internacionalização da floresta amazônica. Estado democrático de direito. Direito fundamental.

Abstract

The Brazilian Amazon forest has become an object of worldwide greed; for the purpose of internationalization; the Brazilian International order, the juridical constitutional ordination repudiate the proposal; the Brazilian Amazon forest is considered a fundamental right of the Brazilian citizens.

Key words

Law. Internationalization of the amazon forest. Democratic state of law. Fundamental right.

Levando a Amazônia a Sério

Taking the Amazon Seriously

1 SITUAÇÃO DA PROBLEMÁTICA

A Amazônia tem sido objeto de cobiça internacional devido a sua variegada riqueza. As jazidas minerais, o potencial energético dos rios, a abundância de água doce, a biodiversidade e, sobretudo, sua densa cobertura florística nobre têm chamado a atenção de interesses supra-nacionais.

O espaço físico da Amazônia é de 6,5 milhões de quilômetros quadrados, abrangendo oito países sul-americanos: Brasil, Colômbia, Equador, Venezuela, República Cooperativa da Guiana, Suriname, Bolívia e Peru, sendo que quase 4,2 milhões de quilômetros quadrados estão localizados no território brasileiro, ou seja, a maior parte do bioma e suas riquezas pertencem ao Brasil.

A intensa atividade industrial dos países centrais e o consumo excessivo das sociedades de massa, aliados a outros fatores, têm gerado problemas climáticos e ecológicos no planeta. Em 2007, um estudo apresentado pelo Painel Internacional de Mudanças Climáticas (*Intergovernmental Panel for Climatic Changes-IPCC*), braço da Organização das Nações Unidas (ONU), criado em 1998 para fornecer informações científicas, técnicas e socioeconômicas relevantes

Antonio José de Mattos Neto*

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor nos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará (UFPA) e Universidade da Amazônia (UNAMA). Membro da União Mundial de Agraristas Universitários (UMAU) com sede em Pisa (Itália). Membro Fundador da Academia Brasileira de Letras Agrárias, Membro da Academia Paraense de Letras, Membro Fundador da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Advogado, Procurador da Fazenda Nacional, Diretor Geral do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA. Autor de livros e artigos publicados no Brasil e estrangeiro.

para o entendimento das mudanças climáticas no mundo alertou para a relação direta entre a emissão dos "gases-estufa" e o aquecimento global.

A solução encontrada pelos países desenvolvidos, mais precisamente os EEUU, foi abonar uma tese já anteriormente ventilada: a internacionalização da floresta amazônica. Em um trecho do relatório está dito que "As florestas têm sido propostas como uma possível solução, de forma que é imperativo que nós entendamos completamente como as florestas influenciam o clima."

Mais adiante, justifica a ideia de internacionalização:

Na Amazônia, a floresta tropical remove dióxido de carbono da atmosfera. Isto ajuda a mitigar o aquecimento global, diminuindo as concentrações de gases causadores do efeito estufa na atmosfera. Estas florestas também bombeiam umidade na atmosfera por meio da evapotranspiração. Isso resfria o clima e também ajuda a mitigar o aquecimento global.

A posição exposta no relatório IPCC deu fôlego ao movimento político mundial de internacionalização da Amazônia. A proposta impacta o jurista, pois

considera a região como se fosse território universal e, diante desta condição jurídica, passa a ser área de domínio comum da humanidade.

Na esteira, ainda levantando a bandeira de proteção do meio ambiente amazônico, os países desenvolvidos podem fundamentar a tese da internacionalização, sob um segundo argumento - a proteção ao índio.

A ideia de internacionalização faz *tabula rasa* dos princípios jurídicos fundamentais que orientam o Direito contemporâneo.

Diante da perplexidade, a tarefa deste *paper* é construir argumento jurídico que categorize a floresta amazônica brasileira como um direito fundamental do cidadão brasileiro.

Para atingir nossos estreitos objetivos, os conceitos trabalhados não são explorados em toda sua dimensão e potencialidade, mas se ajustam às finalidades do que se pretende defender, assim como a base teórica é levantada a partir da teoria do direito de Ronald Dworkin e da teoria dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy. Interessamos apenas a Amazônia brasileira.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

A concepção moderna de Estado surgiu a partir das ideias iluministas. Substituindo o poder absoluto da realeza no Antigo Regime, as leis passaram a reger os designios da sociedade enfeixando na figura do Estado o domínio das leis, ou melhor, do direito.

Com a ruptura do regime jurídico-político-econômico-social pela Revolução Francesa, instaurou-se o Estado liberal de direito, calcado nos postulados da ampla liberdade jurídico-econômica e não interferência do Estado nas relações privadas.

Os poderes estatais derivados da lei assumiram posição de proeminência na configuração do Estado liberal, afinal o primado da lei – o princípio da legalidade – baseado na generalidade e abstração da norma jurídica era uma salvaguarda contra a volta do regime anterior.

As liberdades jurídica e econômica afirmaram o dogma liberal da autonomia da vontade individual que pressupunha igualdade entre os sujeitos. A igualdade, embora formal, estava baseada no postulado da legalidade e tornou-se outro princípio do Estado liberal de direito.

No final do século XIX e albores do XX, os postulados do modelo liberal de Estado foram insuficientes para assegurar o bem-estar da coletividade e enfrentar a nova realidade do mundo capitalista em franca ebulição. Assim, nasceu o Estado Social de Direito, indo buscar fundamentos na intervenção do Estado na economia, a fim de eliminar as abissais desigualdades econômica e social. O solidarismo social reina como um dos pressupostos do Estado Social.

Em fins do século XX, o Estado Social mostrou-se obsoleto para responder às novas exigências. O modelo intervencionista econômico visando à redistribuição do bolo social se fez às custas da intangibilidade dos fundamentos econômicos da produção capitalista. Como desdobramento, o Estado Social entrou em crise e políticas de perfis neoliberais foram introduzidas de sorte que reduziram o modelo estatal a "Estado de assistência". Nesse quadro, a autonomia privada ressurgiu com vigor econômico-político.

Uma nova axiologia surgiu da sociedade e novos padrões jurídico-políticos foram organizados no Estado de Direito. Um dos paradigmas foi a Democracia. Temos, então, o Estado Democrático de Direito que prega o poder jurídico-político nas mãos do povo que o exerce direta ou indiretamente, dentro de padrões constitucionais.

Os novos paradigmas ensejaram o aparecimento de teorias jurídicas de contornos neoliberais, segundo uma das quais os direitos individuais significam um triunfo democrático contra o Estado. Tais direitos estão plasmados na Constituição e, por isso, nesse primeiro momento, graças a esta qualificação, assumem a identidade de direitos fundamentais.

As normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais prescrevem também normas-princípio, objetivos básicos da ordem democrática e

constitucional do Estado de Direito (NOVAIS, 2007, p. 71). Nesse sentido, os direitos fundamentais são vistos como princípios diretivos da ordem jurídico-constitucional democrática.

A ordem jurídico-constitucional brasileira está assentada no Estado Democrático. O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 deixa expresso que a sociedade brasileira é estruturada politicamente a partir do modelo democrático. Por isso, o art.1º, *caput*, do Texto Magno toma como paradigma para a República Federativa do Brasil a formação política do Estado Democrático de Direito, fundado no princípio dos direitos humanos.

Enquanto princípio básico do Estado Constitucional Democrático de Direito, os direitos fundamentais enunciam valores que vêm homenagear o princípio-vetor colocado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil - a dignidade da pessoa humana, (art.1º, I, CF/88).

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito apresenta-se sob o império da Constituição, mas buscando seus princípios fundantes na democracia e nos direitos fundamentais, máxime na dignidade da pessoa humana.

3 A QUESTÃO DA SOBERANIA CONTEMPORÂNEA

Não é fácil aquilarmos a soberania no mundo de hoje. Pode-se afirmar, contudo, que a figura da soberania absoluta dos Estados Nacionais está fragmentada em face da contemporaneidade jurídica dos arcabouços social e econômico.

O conceito clássico de soberania reconhece duas dimensões: a interna e a externa (internacional). A interna diz respeito à supremacia do poder do Estado sobre seus súditos, já a externa se refere às relações entre os Estados no âmbito internacional.

A partir da Revolução Francesa, as dimensões de soberania seguiram destinos opostos e contraditórios. No plano interior dos Estados, a soberania sofreu progressivo enfraquecimento e, em seu lugar, cresceu a afirmação dos Estados Democráticos e

Constitucionais de Direito. Paradoxalmente, no setor externo, passou a ocorrer progressiva absolutização do conceito (FERRAJOLI, 2007, p. 27).

O princípio da soberania interna começou a ser abalado com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e depois com as sucessivas cartas constitucionais. De fato, a separação dos poderes e o princípio da legalidade, e, já modernamente, a democracia e os direitos fundamentais correspondem a limitações ou à própria negação da soberania interna, pois, em especial, o princípio da legalidade subjugou a soberania não apenas ao poder da lei, mas também aos princípios da maioria e dos direitos fundamentais, ou seja, ao povo e aos indivíduos (FERRAJOLI, 2007, p. 28).

Devido a tais princípios, a relação Estado-indivíduo modifica-se já não mais sendo uma relação hierarquizada entre soberano-súdito, mas sim entre dois sujeitos de soberania limitada.

Contudo, perante a nova realidade de Estado e frente à contraposição real dos pensamentos jurídico e político, ao invés da anulação da soberania, doutrinariamente, esta recapitulou-se, no plano interno, cindindo-se em duas figuras: a soberania nacional e a soberania popular, que ladeiam a soberania estatal, fornecendo-lhe a legitimação política necessária à existência contemporânea (FERRAJOLI, 2007, p. 29).

Sob o manto das Constituições contemporâneas, o poder absoluto interno dos Estados pertence à soberania popular. No Brasil, a soberania popular está explicitamente consagrada na CF, art.1º, § único, quando enuncia que "todo poder emana do povo". Mas o poder do povo, a maioria popular ou a soberania em suas dimensões têm sua limitação no paradigma do Estado Democrático de Direito e nos direitos fundamentais¹.

No plano externo, inversamente ao interno, a soberania tem seu poder cada vez mais absolutizado.

¹ Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, os antigos direitos naturais, já agora nos Estados liberal-democráticos de Direito, se universalizam e se positivam constitucionalmente. Assim, os direitos do homem coincidem com os direitos do cidadão universalmente reconhecidos. A partir daí chegamos à igualdade, pelo menos na cidadania.

É que, enquanto internamente a soberania se submete aos princípios da lei e do Estado de Direito e com isso legitima o uso exclusivo da força, externamente, a livre concorrência entre monopólios faz gerar o domínio do mais forte, a despeito de haver todo o arcabouço jurídico supra-nacional supervisionado pela ONU de regras entre os Estados (FERRAJOLI, 2007, p. 36).

O paradigma da soberania externa dos Estados Nacionais baseado na força atinge seu ápice e derrocada no século XX. Seu apogeu, na primeira metade do século, com as grandes guerras, sua queda, com a Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, de São Francisco, e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, aprovada pela Assembléia Geral da ONU, dentre outros posteriores documentos de direitos humanos.

Sob os auspícios destes documentos, a soberania externa passou a obedecer aos princípios fundamentais da paz e da tutela aos direitos humanos. A paz e os direitos humanos passam a ser as normas constitutivas da juridicidade da nova ordem internacional. No novo cenário, além dos Estados, são sujeitos internacionais, os indivíduos e os povos. Os indivíduos são titulares de direitos humanos, os povos, titulares dos direitos de autodeterminação².

No entanto, os próprios documentos humanitários universais revestem a soberania de feição contemporânea, revigorando-a. A Carta da ONU, de 1945, em seu art. 2º, inciso I, pronuncia que "A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros". Mais adiante, consagra a autodeterminação dos povos com a proibição de ingerência nas questões internas de qualquer Estado (art.2º, inciso VII), o que vem reforçar a ideia de soberania interna.

Voltando os olhos para a realidade brasileira, a Lei Maior enuncia logo no art.1º, inciso I, que um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil é a soberania. Nesse panorama constitucional, a

soberania popular e as dimensões interna e externa da soberania são primados axiologicamente amparados pela Constituição Federal de 1988.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIO DA CONSTITUIÇÃO

O homem vive em agrupamento social onde subjaz um pacto político³. Daí, é titular de direitos individuais. Tais direitos são anteriores ao Estado, precedem aos direitos criados pelas leis estatais. Para Dworkin, os direitos individuais são trunfos políticos que o indivíduo detém perante o Estado e portam todo e qualquer tipo de direito individual, não apenas os enumerados explicita ou implicitamente no sistema jurídico, pois os direitos individuais, por serem trunfos políticos, abrangem qualquer espécie de direito (DWORKIN, 2007a, Introdução, p. XV).

Não há dúvida de que o direito é um fenômeno social, mas ao contrário de outros fenômenos sociais, sua prática é, acima de tudo, *argumentativa*. A argumentação válida que vem estruturar a prática do direito é a baseada na verdade de certas proposições jurídicas (DWORKIN, 2007b, p. 17), entendendo-se como tais as afirmações, alegações, argumentos, enfim, que fazem as pessoas sobre aquilo que a lei lhes permite, autoriza ou proíbe (DWORKIN, 2007b, p. 6). O direito é, portanto, prática social argumentativa fundada em proposições jurídicas válidas.

Perante este quadro, pode-se formular uma teoria geral do direito. Esta deve ser, simultaneamente, normativa e conceitual (DWORKIN, 2007a, Introdução, p. VIII). A parte normativa, que ora nos interessa, abraça um esquema de regras e princípios jurídicos absolutamente imprescindíveis para o juiz decidir os "casos difíceis"⁴. Os princípios têm papel

³ Dworkin fundamenta sua tese exposta, em 1977, no *Taking Rights Seriously*; no contratualismo racional de John Rawls, construído na sua *Teoria da Justiça*.

⁴ Os chamados "casos difíceis" na teoria de Dworkin correspondem, no positivismo jurídico, aos casos nebulosos e limítrofes que levam os juizes e advogados a divergirem sobre qual direito deve ser seguido para solucionar o caso concreto. Para a doutrina positivista, os casos nebulosos existem porque as palavras da lei não são exatas e precisas, são vagas e ambíguas.

² Conferidos na Declaração de 1948 e pelos Pactos da ONU de 1966. Cf. FERRAJOLI, 2007, p.40.

essencial neste modelo. A “melhor teoria jurídica” é a que fornece uma única resposta – a resposta correta – para a resolução judicial dos “casos difíceis”.

Princípios são as normas que podem ser apresentadas como razões dos direitos fundamentais. Os princípios derivam da prática judicial ou se apresentam como direitos que o poder judicial reconhece no exercício da função jurisdicional. Tais princípios, tomados como práticas judiciais ou como direitos, incorporam-se no sistema jurídico tanto quanto as regras jurídicas.

Nesse quadro teórico, a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica. As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Quer dizer, diante do fato pressuposto por uma regra, ou ela é válida, e nesse caso sua consequência deve ser aceita, ou não é válida, caso em que nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2007a, p. 39). O fato de existir regra de exceção em nada afeta o caráter de validade ou de consequência e vinculação da regra jurídica.

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz uma outra: o princípio possui uma dimensão de que as regras são desprovidas – a dimensão do peso ou importância, em caso de colisão de princípios. Aos princípios não se aplica a fórmula de validade tudo-ou-nada das regras; os princípios apelam a um procedimento de ponderação de pesos. No julgamento de um “caso difícil”, o julgador acaba por pender a decisão para o lado do princípio que apresente maior peso, maior importância, em detrimento do outro princípio confrontado (DWORKIN, 2007a, p. 42).

Abraçando a teoria dos princípios de Dworkin, Alexy constrói formulação teórica sobre os direitos fundamentais, focalizando-os como “princípios fundamentais diretivos da ordem jurídico-constitucional” (QUEIROZ, 2002, p. 69). Assim, os direitos fundamentais assumem o corpo de princípios.

Para Alexy (2002, p. 86), “princípio são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e possibilidades reais existentes”. Os princípios se diferenciam das regras pela sua qualidade. É uma

distinção qualitativa (ALEXY, 2002, p. 87). Contudo, regras e princípios são espécies do gênero norma, porque ambas dizem o que “deve ser”.

As regras albergam comandos ou *mandatos definitivos*, das quais decorrem necessariamente uma consequência jurídica; já os princípios, ao contrário, são *mandatos de otimização*, constituindo normas que podem ser cumpridas em diferentes graus, e a medida devida de seu cumprimento depende tanto das possibilidades de fato, quanto das possibilidades jurídicas. O âmbito da possibilidade jurídica é determinado pelos princípios e regras opostos (ALEXY, 2002, p. 86, 87).

Nesse sentido, como os direitos fundamentais são princípios e estes são *mandatos de otimização*, os direitos fundamentais são *mandatos de otimização*.

As regras contêm determinação no âmbito do fato juridicamente possível, por serem *mandatos definitivos*, e sua característica de aplicação não é a ponderação, típica dos princípios, mas a subsunção (QUEIROZ, 2002, p. 134).

A par da tese da otimização, a distinção entre regras e princípio é compreendida melhor em face de um *conflito de regra* e da *colisão de princípios*. O conflito de regras é solucionado com a inclusão da cláusula de exceção ou declarando inválida uma das regras. Assim, a norma vale ou não vale juridicamente; é o tudo-ou-nada de Dworkin. Não sendo possível solucionar o conflito de regras desta forma, apela-se ao recurso das máximas de interpretação de lei, tais como “a lei posterior revoga a lei anterior” e “a lei especial derroga a lei geral” (ALEXY, 2002, p. 88).

Por sua vez, quando se tratar de uma colisão de princípios, não se pode anular nenhum dos princípios colidentes. Abstratamente, os princípios convivem no mesmo nível. Mas diante de um caso concreto, os princípios podem entrar em *situação de tensão*. Neste esquema, deve-se estabelecer um *sistema de prevalência* ou *primazia* de princípio, utilizando-se, para solução judicial, o modelo da *dimensão de pesos* proposto por Dworkin, tendo prevalência ou primazia o princípio de maior peso.

A lei de colisão é representada pela ponderação dos interesses opostos. Nesta ponderação o que se trata é o balanceamento de qual dos interesses, *abstratamente de mesmo valor, possui maior peso para o caso concreto* (ALEXY, 2002, p. 90). O método da colisão importa em estabelecer as condições sob as quais um princípio precede ao outro, para o que se chama *relação de precedência condicionada* (ALEXY, 2002, p. 92). Conseqüentemente, não há princípio absoluto (ALEXY, 2002, p. 105 et seq.).

A teoria dos princípios implica a máxima da proporcionalidade. A conexão é estreita: o caráter de princípio implica na máxima da proporcionalidade e esta naquela. Quer dizer, infere-se do caráter de princípio ou dele é dedutível na máxima da proporcionalidade com sua três máximas parciais, a saber: a adequação, a necessidade (adoção do meio mais benigno) e a proporcionalidade em sentido estrito (postulado da ponderação propriamente dita) (ALEXY, 2002, p. 111 et seq.).

Nesse passo, os princípios são mandamentos de otimização referentes às possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o mandato de ponderação significa a relativização das possibilidades *jurídicas*, ou melhor, a proporcionalidade em sentido estrito implica em os princípios sejam mandatos de otimização das possibilidades jurídicas. Enquanto as submáximas de necessidade e de adequação significam o caráter dos princípios na condição de mandatos de otimização das possibilidades *fáticas* (o que seja faticamente possível, diante do caso concreto).

Assim, os direitos fundamentais compreendidos enquanto princípios são interpretados pelo balanceamento através da máxima da proporcionalidade.

5 A FLORESTA AMAZÔNICA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

5.1 A SOBERANIA BRASILEIRA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A ordem constitucional vigente estabelece como um dos princípios fundantes da República Federativa do Brasil o da soberania (art. 1º, I, CF/88).

A soberania popular está explicitamente prevista no art. 1º, parágrafo único, da CF/88, quando sentencia que "todo poder emana do povo". Nesse modelo democrático, o povo, a população brasileira têm o poder da soberania, tem a força da autodeterminação.

O padrão constitucional brasileiro está em harmonia com os documentos universais da ONU. A Carta da ONU de 1945 recomenda como princípio a "igualdade soberana" de todos os seus Estados-membros. A Constituição brasileira, assim, tem o fundamento da soberania no primado de direito internacional, disposto legalmente na Carta da ONU, de 1945.

Igualmente, a garantia da soberania nacional vai buscar suas bases na autodeterminação dos povos prevista também expressamente na Carta da ONU, de 1945, art. 1º, 2, segundo a qual os povos das nações do mundo determinam o próprio destino, sem interferência de qualquer poder externo.

Este princípio universal da ONU está vinculado a outros dois princípios que lhe são corolários, a saber, (i) a não intervenção em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna do Estado, (ii) a proibição de obrigar um Estado a se submeter a uma solução imposta por outro Estado para resolver questão intestina.

Por essas garantias supra-nacionais, a soberania interna também está assegurada internacionalmente, porque haurida dos princípios republicanos previstos nas normas constitucionais, merecendo respeito da ordem externa vigente.

Tal substrato vem dar apoio para o respeito à diretriz constitucional de que o Brasil em suas relações internacionais rege-se pelos princípios, dentre outros, da independência nacional e autodeterminação dos povos (art.4º,I e III).

A dimensão externa da soberania brasileira também está preservada na medida em que a Carta da ONU enuncia a paz como valor supremo a perseguir (art.1º,1). A manutenção da paz, com a consequente proteção das gerações futuras contra o flagelo da guerra, é o objetivo primordial da ordem jurídica internacional.

Mas este objetivo-mor somente é possível graças à norma internacional que colocou axiologicamente o homem como centro das atenções. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, proclama os direitos humanos como balizador das ações dos Estados, tanto no plano interno quanto externo.

A Constituição Federal homenageia esta recomendação ao pregar a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios a ser seguido pelo Brasil nas suas relações internacionais. O respeito à norma constitucional pode ser exigido através da regra de reciprocidade de tratamento entre os Estados.

Garantindo, também, a integridade da soberania brasileira, o Texto Magno contempla os princípios de não-intervenção e de igualdade entre os Estados, aliás, consagrados expressamente, na Carta da ONU como princípios que regem as relações internacionais.

Nessa linha, a paz, os direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a independência nacional, a não intervenção, a igualdade entre os Estados são princípios constitucionais que garantem a incolumidade da soberania brasileira e têm apoio nas normas jurídica da ordem internacional.

5.2 A FLORESTA AMAZÔNICA: UM DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO BRASILEIRO

Na perspectiva doutrinária adotada, pode-se dizer, de modo simples e sintético, que direitos fundamentais são direitos, não obrigatória mas

preferencialmente constitucionais, positivados no ordenamento jurídico com a intenção de representar direitos humanos, garantidos em tutela constitucional.

A Carta Magna cataloga os direitos fundamentais no art.5º, mas este dispositivo não os esgota. Em outras passagens do Texto Maior também se encontram direitos fundamentais, bem como há direitos fundamentais positivados em ambiente extraconstitucional.

Um princípio fundamental da República Federativa do Brasil constitucionalmente previsto, é o direito fundamental da dignidade da pessoa humana (art.1º,III, CF/88). A postura da Constituição Republicana brasileira é harmônica à diretriz externa das Nações Unidas declarada na Carta da ONU, quando, em seu preâmbulo, refere à dignidade da pessoa humana como valor máximo a ser seguido pelos povos do mundo contemporâneo.

Este princípio-fundamento assegura concretamente ao cidadão brasileiro as condições mínimas para uma vida saudável, exprimindo a concepção republicana inclusiva, estando amplamente protegido, em sede constitucional, contra o Estado e contra os particulares.

Corolariamente, o art. 225, *caput*, prevê o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No seu parágrafo 4º, determina que a Floresta Amazônica brasileira é patrimônio nacional.

Ora, é o Texto Máximo, dotado de força de autoridade da soberania, que cristaliza a floresta amazônica como bem coletivo do povo brasileiro. A Constituição consagra explicitamente a floresta amazônica como direito fundamental do povo brasileiro.

A floresta amazônica tem sua natureza de direito humano porque faz parte do meio ambiente, ao lado dos demais recursos e bens ambientais, como rios, lagos, ar, animais selvagens, etc. A floresta, por ser parte do todo – o meio ambiente ecologicamente equilibrado – é indubitavelmente direito fundamental que, por mandamento constitucional, tem como titular o povo brasileiro.

A floresta amazônica brasileira é bem jurídico ambiental cujo exercício de titularidade é desempenhado democraticamente pelo povo brasileiro. O Estado de Direito brasileiro baseado em princípios democráticos repele a interferência nos assuntos internos e os princípios constitucionais repulsam a internacionalização da Amazônia.

Em se considerando a ideia de internacionalização, há dois valores a serem considerados. Um, é a floresta, vista sob o enfoque de direito fundamental do brasileiro; o outro, é o direito universal de todos os demais povos sobre o meio ambiente amazônico. No balanceamento destes direitos, analisemos sob a inspiração do princípio da proporcionalidade.

Na máxima da adequação, faticamente é inviável que todos os povos tenham o domínio e, portanto, o direito (fundamental) sobre a floresta amazônica brasileira, porquanto ela está localizada dentro da jurisdição brasileira, fazendo parte da identidade cultural do povo brasileiro. No espaço amazônico brasileiro, a população regional tem costumes e hábitos próprios, pertencente a uma mesma etnia que professa valores semelhantes, mesma língua e credo religioso semelhante, identificando-se culturalmente. Seria inadequado, portanto, se o alienígena se apropriasse da floresta, expulsando o homem local de seu *habitat* natural.

Quanto à necessidade, a medida menos onerosa, menos custosa é reconhecer a fundamentalidade do direito sobre ela ao povo brasileiro. O bem ambiental faz parte do patrimônio nacional e dele o cidadão brasileiro já desfruta. O cidadão está integrado à floresta. A gestão florestal é feita por políticas públicas necessárias à sua preservação. Graças à ação enérgica do Estado brasileiro, o desmatamento tem diminuído consideravelmente. Por outro lado, os países desenvolvidos, os mentores da internacionalização da Amazônia, já demonstraram serem incapazes e incompetentes para preservarem suas florestas, porquanto se omitiram de implementarem políticas de salvação do próprio bem florestal. Por isso, o meio mais benigno e menos traumático - necessário,

portanto - é considerar a floresta amazônica como direito fundamental do povo brasileiro.

Por fim, a proporcionalidade no sentido estrito dita que as condições jurídicas são todas favoráveis à fundamentalidade do direito ao cidadão brasileiro, sejam dos argumentos extraídos da ordem jurídica internacional, com base nos documentos universais já apontados, seja perante o ordenamento positivo brasileiro, segundo o qual a floresta amazônica é um direito constitucional brasileiro. Não há nenhum argumento jurídico plausível a favor da internacionalização da Amazônia.

Portanto o olhar de direito fundamental da floresta amazônica brasileira a favor do cidadão brasileiro é a equação razoável para manutenção da paz e afirmação dos direitos humanos.

6 CONCLUSÃO

A ideia de internacionalização da Amazônia contraria todos os princípios e regras axiologicamente positivados nos documentos universais assinados pelos povos das Nações Unidas, bem como viola flagrantemente a ordem jurídico-constitucional brasileira.

Os paradigmas internacionais da paz e dos direitos humanos, bem como os paradigmas brasileiros de Estado Democrático de Direito e de direitos fundamentais estariam sendo contrariados com a prática da ideia de internacionalização amazônica.

O primado da dignidade da pessoa humana – um direito fundamental, por excelência – consagrado tanto no plano externo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como no interno, nas letras da Constituição Federal, permanece invulnerável com a manutenção da floresta amazônica nas mãos do povo brasileiro.

Nesse sentido, em obediência aos princípios do Direito contemporâneo, a Floresta Amazônica brasileira deve ser considerada um direito constitucional fundamental do cidadão brasileiro, representativo de direito humano, garantido constitucionalmente por ação de tutela.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p.

_____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 488 p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. 568 p.

_____. *O império do direito*. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b. 513 p.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo contemporâneo*. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

MATTOS NETO, Antonio José de . *Estado de direito agroambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. 158 p.

_____. (Org.). *Estado democrático de direito e direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 178 p.

_____. LAMARÃO NETO, Homero; SANTANA, Raimundo Rodrigues. *Direitos humanos e democracia inclusiva*. São Paulo: Saraiva, 2012. 358 p.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contra majoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático*. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro : Forense, 2007. 574 p.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. 344 p.



Arianne Brito Cal Athias

A Coisa Julgada Administrativa como Limite à Invalidação do Ato Administrativo

Resumo

Trata o presente artigo dos limites à invalidação dos atos administrativos, especialmente, a análise dos limites da invalidação pela ocorrência da coisa julgada administrativa. Para isso, torna-se necessário conceituar os institutos da invalidação dos atos administrativos, seus sujeitos, seus efeitos, bem como o da coisa julgada administrativa para que, então, se possa estabelecer os limites que esta coisa julgada administrativa, porventura, possa gerar à invalidação dos atos administrativos como forma de extinção destes.

Palavras-chave

Ato Administrativo. Invalidação. Coisa julgada administrativa.

Abstract

This paper approaches the limits for the invalidation of the administrative acts, with special emphasis to the analysis of the invalidation limits resulting from the occurrence of the administrative res judicata. This purpose makes it essential that the subjects and effects of both the institutes of Invalidation and the Administrative res judicata be conceptualized, in order to establish the limits that the administrative res judicata may generate to the invalidation of the administrative acts as a way of extinguishing them.

Key words

Administrative Act. Invalidation. Administrative res judicata.

A Coisa Julgada Administrativa como Limite à Invalidação do Ato Administrativo

The Administrative res Judicata as the Limit to Invalidation of the Administrative Act

Arianne Brito Cal Athias

Doutora em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP - 2007). Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA - 2001). Professor Adjunto I da Universidade Federal do Pará, cedida para o Ministério Público do Estado do Pará, onde exerce o cargo em comissão de Assessora Jurídica da Procuradoria Geral de Justiça. Professora de Graduação e Pós Graduação da UNAMA. Email: ariannecal@terra.com.br

1 INTRODUÇÃO

Tema relevante no Direito Administrativo e pouco explorado pela doutrina brasileira, refere-se, à noção da coisa julgada administrativa como um limite à invalidação do ato administrativo.

Por este motivo, o presente artigo visa a tratar dos limites à invalidação do ato administrativo, partindo-se da premissa de que os atos administrativos, proferidos no exercício da função administrativa, devem estar em consonância com as normas do ordenamento jurídico, sob pena de com eles conflitarem e, conseqüentemente, serem eliminados.

Ao longo de nossa exposição trataremos das causas de nulidade e anulabilidade dos atos administrativos, bem como da definição da coisa julgada administrativa, especialmente, se esta é ou não um limite à anulação dos atos.

2 DA EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

A capacidade do ato administrativo de produzir efeitos pode cessar, desaparecer e se extinguir. Na

doutrina nacional e estrangeira, muito se questiona se a extinção do ato também gera a extinção dos seus efeitos.

Somos favoráveis ao pensamento de que a extinção do ato administrativo, costuma levar a extinção de seus efeitos, bem como a extinção dos efeitos pode provocar, por consequência, a extinção do ato. Por isso não há como negar que ato e efeito estão ligados visceralmente, contudo, ao que decorreu dele, ou seja, aquilo que foi produzido precisa ser resguardado, seja qual for o tipo de extinção que atinja o ato.

Sérgio Ferraz (2003, p. 49) defende que entre ato e efeito há uma interrelação vital indiscutível. Mas, o que foi produzido, ato ou efeito, integra uma cadeia histórica que não há revogação ou invalidação que possa apagar.

Nesse aspecto a doutrina brasileira é divergente pois dependendo da forma de extinção, costuma apresentar efeitos diversos.

A extinção de um ato administrativo, portanto, é a forma com que ele cessa, com que ele termina. Esse término leva a sua eliminação do mundo jurídico.

Dessa forma, os atos administrativos nascem, produzem seus efeitos e extinguem-se e, essa extinção pode se dar de diversas maneiras.

2.1 FORMAS DE EXTINÇÃO

Hugo Olguin Juarez (1961, p. 32-33) classifica a extinção dos atos administrativos de duas formas:

- 1) Extinção natural: produz-se quando o ato administrativo se consome, esgotando-se totalmente os seus efeitos. Isto, segundo o autor, pode ocorrer nos seguintes casos: a) como consequência da expiração do prazo; b) quando a execução de determinados atos importa igualmente num esgotamento de seus efeitos.
- 2) Extinção provocada: é aquela que se produz por um fato ou um ato jurídico. Quando se produz por um fato, não previsto, independente da vontade do órgão emissor, diz-se que é acidental. Quando se produz mediante uma expressão da vontade, deve-se distinguir uma extinção por ação e uma extinção por reação.

O ato administrativo se extingue mediante uma expressão de vontade da Administração manifestada no mesmo ato e condicionada a um fato. Este fato pode ser futuro e certo ou futuro e incerto.

A extinção provocada pode verificar-se pelo próprio órgão administrativo ou em sede de jurisdição. Neste último caso, tem-se o nome de *anulação*.

E, se a extinção é produzida por via de reação, quando o órgão administrativo emite um ato destinado a eliminar ou faz cessar em sua eficácia a um ato emitido com anterioridade. Esta extinção por via de reação adquire o nome de *retirada*, a qual analisar-se-á a seguir.

2.2 CESSAÇÃO E DESAPARECIMENTO

Michel Stassinopoulos (1954, p. 237), expoente autor do direito helênico, quando escreve sobre a

extinção dos atos administrativos distingue a *cessação* dos efeitos e o *desaparecimento* do ato administrativo. Segundo ele, o ato administrativo pode cessar a produção de seus efeitos por diversas causas, as quais podem ser classificadas quando há:

- a) esgotamento de seu conteúdo;
- b) desaparecimento de seu objeto;
- c) implemento de uma condição resolutória;
- d) desuso do ato;
- e) sua retirada sem efeitos retroativos;
- f) substituição do ato por um outro.

Diz o autor que o esgotamento do conteúdo do ato pode-se dar pelo decurso de um prazo previsto no próprio ato (ex. a licença de um mês concedida a um servidor público) e, no caso de execução do ato, quando há um esgotamento de seu conteúdo e, todas as consequências jurídicas se transformam em operações materiais (STASSINOPOULOS, 1954, p. 237-238). Ex: execução de uma ordem de demolição de um edifício que ameaça ruir.

Na hipótese de desaparecimento do objeto, têm-se duas hipóteses: na hipótese de desaparecimento do sujeito (*intuitu personae*), quando são válidos apenas em face da pessoa ou em nome da qual foram emitidos, embora isto não exclua a possibilidade de produzir efeitos jurídicos em face de terceiros. Ex: pais que tenham direito à pensão. E, há os atos emitidos *intuitu rei* que se extinguem desde que esse objeto desapareça, seja do ponto de vista material, seja do ponto de vista jurídico. O exemplo é dado por Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 450) que a tomada pelo mar de um terreno de marinha dado em aforamento extingue a enfiteuse.

Na hipótese de implemento da condição resolutória, esta põe fim aos efeitos jurídicos do ato. Como exemplo, é possível mencionar a permissão de derivar água de um rio, se este não baixar aquém de certa quota.

Na desistência ou desuso, a omissão por parte do interessado de dar aplicação a um ato cuja execução não é obrigatória, não implica o fim de sua validade, pois esta não é influenciada pela vontade dos particulares. Até a emissão do ato revogatório, o ato não utilizado permanece em vigor. Exemplo: a Lei nº 8.112/90 diz que o ato de provimento será tornado sem efeito se não houver posse em 30 dias. A mesma regra pode ser encontrada no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos do Estado do Pará – Lei nº 5.810, de 24 de janeiro de 1994, em seu art. 22, § 3º.

Stassinopoulos (1954, p. 239) ressalta caso excepcional, no qual o ato contém um prazo combinado com uma condição resolutória. A expiração desse prazo invalida o ato ipso jure. Exemplo, todo aquele que, em virtude de disposições da lei sobre alinhamento, obtém uma autorização para edificar e não a utiliza pelo prazo de 6 (seis) meses, ele deve requerer renovação da referida autorização para começar os trabalhos. Depois do escoamento do prazo a autorização perde sua validade.

A retirada sem efeito retroativo tem por resultado pôr fim aos efeitos do ato *ex tunc*. A retirada é desprovida de efeito retroativo. Trata-se da retirada de um ato legal por razões de interesse geral, a qual não atinge os direitos adquiridos.

E, finalmente, a reversão ocorre com a contraposição de um ato por um ato independente do primeiro.

Por outro lado, o ato administrativo pode desaparecer, ou seja, ser anulado com força retroativa nos casos de: a) anulação pela via jurisdicional; b) no caso de retirada do ato com efeitos retroativos, equivalente a uma anulação pela via administrativa.

Pelo exposto, torna-se possível apresentar o seguinte quadro comparativo:

CESSAÇÃO	DESAPARECIMENTO
O ato que cessa a produção de efeitos jurídicos é considerado como dotado de existência legal até esse momento.	O ato é posto à margem das relações jurídicas, como se jamais tivesse existido.
Leva em conta o presente e o futuro	Estende-se ao passado
Pode ser atacado por via de recurso, visando à anular o ato.	Não cabe recurso.

2.3 A INVALIDAÇÃO COMO FORMA DE EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

A invalidação é feita por meio de procedimento administrativo que desfaz um ato administrativo por este ter sido editado de forma contrária ao ordenamento jurídico. Esta técnica foi elaborada pelo Conselho de Estado na França, no início do século XX.

Até aquela época persistia a ideia de que o direito adquirido impedia que a Administração desfizesse seus próprios atos eivados de ilegalidade e, por isto esta não poderia invalidar seus atos, mas apenas o Poder Judiciário.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 1943, reconheceu à Administração a possibilidade desta anular seus próprios atos, cujo entendimento foi consolidado na Súmula nº 473, *in verbis*:

A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam, direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvadas, em todos os casos, a apreciação judicial.

Corroborando este entendimento foi publicada a Lei nº 9.784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal e, tal prerrogativa foi mantida pelo art. 53 que determina:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

O dever de invalidar um ato viciado aparece para Administração como algo imprescindível, resultante do poder administrativo de autotutela, por meio do qual a Administração deve corrigir e rever seus atos e suas condutas com a finalidade de restaurar a legalidade dos atos administrativos.

Os atos administrativos praticados com vícios, como geram efeitos, precisam ser excluídos do ordenamento jurídico.

É latente que a fórmula política adotada pelo constituinte brasileiro foi a instituição do Estado Democrático de Direito. Nele a Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade, implicando a submissão do Estado à lei e ao princípio da separação dos poderes.

O Estado de Direito é, essencialmente, um Estado de garantias, pois ao mesmo tempo que o particular não é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada, salvo em virtude de lei (art. 5º, II, da CF), o Administrador Público só pode fazer aquilo que esteja, expressamente, previsto na norma (princípio da legalidade contido no "caput" do art. 37 da Constituição Federal). Significa dizer, assim, que quando a norma não prevê a conduta de forma expressa é porque ela estará proibindo de forma implícita.

Miguel Seabra Fagundes (2005, p. 3) ensina que "administrar é aplicar a lei de ofício" e, portanto, os atos administrativos que contrariarem as disposições legais deverão ser expurgados, ou seja, invalidados.

Diferente dos atos regidos pelo direito privado, cuja nulidade ou anulabilidade precisa ser decretada judicialmente, nos atos regidos pelo direito público, a própria Administração pode, ou melhor, deve desconstituir seus atos quando eivados por alguma espécie de vício, suprimindo os efeitos produzidos.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 466) a invalidação pode ser conceituada como "a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica".

Não obstante a necessidade de se restaurar a legalidade violada, tendo em vista a submissão da Administração ao princípio da legalidade, uma questão pode ser levantada: Possui a Administração, a todo tempo, o poder de invalidar seus atos, mesmo diante da fluência de longo lapso temporal? E os efeitos da coisa julgada administrativa? Ademais, é possível estender os efeitos com relação a terceiros de boa-fé?

É visando a responder tais questionamentos que os tópicos a seguir se desenvolverão.

2.3.1 Sujeitos e a competência de invalidar

Quando o ato contém um vício insanável, pode ele, ser invalidado tanto pela Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário¹.

O Poder Judiciário o faz com a aplicação da lei ao caso concreto, de modo que quando se discuta a validade de um ato administrativo numa ação judicial e, verificada pelo juiz a ausência de um dos seus requisitos que lhe dê validade, proferirá decisão invalidando o ato.

Por outro lado, a Administração Pública deve invalidar seus próprios atos, em face do seu poder de autotutela, em nome do princípio que lhe serve de fundamento que é o princípio da legalidade.

Conclui-se assim que são dois os sujeitos que podem invalidar um ato administrativo, a Administração Pública, com base no seu poder de autotutela, e o Poder Judiciário quando provocado a manifestar-se no caso concreto (no exercício da função judicante).

¹ Convém observar que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário também podem invalidar os atos praticados por esses no exercício da função administrativa.

2.3.2 Efeitos da invalidação

A doutrina pátria, quando analisa os efeitos da declaração de invalidade dos atos administrativos, afirma que a invalidação do ato administrativo possui efeitos *ex tunc* e pode ser realizada tanto pela Administração (de ofício) ou pelo Judiciário, conforme acima salientado.

Esse entendimento levou o Supremo Tribunal Federal a editar a já mencionada Súmula nº 473.

Contudo a construção pretoriana dos tribunais passou a discutir sobre a possibilidade de se conceder efeito *ex nunc* à declaração de nulidade de ato administrativo, em atenção à aparência de legalidade e à convicção na legitimidade do ato administrativo.

Porém, num momento posterior, a questão tornou-se superada, prevalecendo a tese da retroatividade do ato (*ex tunc*) e, dando lugar ao questionamento da desconstituição do ato em si, e não apenas dos seus efeitos.

Sobre o assunto Gilmar Ferreira Mendes teceu as seguintes observações²:

Depreende-se, pois, que a questão da possibilidade de se conceder efeitos *ex nunc* para a declaração de nulidade de atos administrativos, segundo a doutrina citada, já está ultrapassada, dando lugar ao questionamento sobre a própria desconstituição do ato em si e, não simplesmente aos seus efeitos. Situações haveria nas quais os princípios da legalidade e da segurança jurídica colidiriam, fazendo-se mister uma opção por parte do aplicador do direito ou, o tanto quanto fosse possível, uma tentativa de conciliação, com condicionamento parcial para cada um dos postulados. Em outras palavras, a aplicação do princípio da concordância prática de que fala J. J. Gomes Canotilho. A propósito, o constitucionalista português assevera ser uma das manifestações dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança a "tendencial irrevogabilidade dos actos administrativos constitutivos de direito" (Direito Constitucional, p. 377, 5ª ed., 1992, Almedina). Repita-se: mais do que a simples garantia de intocabilidade dos

² RE nº 108.182-1/SP.

efeitos já produzidos pelos atos inquinados de ilegais, a moderna doutrina europeia tem-se inclinado a prestigiar fórmulas preclusivas do poder de autotutela da Administração, em homenagem à boa-fé dos administrados e à segurança jurídica.

Dessa forma, não há que se duvidar de que os efeitos decorrentes da invalidação dos atos administrativos são retroativos, *ex tunc*, portanto.

2.3.3 Limites à invalidação

O dever de invalidação de um ato administrativo encontra limites que devem ser observados pelo administrador³. Esses limites ao dever de invalidar surgem do próprio sistema jurídico-positivo, pois coexistem com outros princípios e procedimentos que devem ser observados no momento da invalidação do ato administrativo.

É comum se encontrar na doutrina que a primeira barreira posta ao dever da Administração de invalidar seus atos viciados é, justamente, o *decorso do tempo*.

A invalidação de atos administrativos tidos por ilegais, em razão do princípio da segurança jurídica e da presunção de legitimidade que gozam, está sujeita a prazos de revisão pela Administração para revogá-los ou convalidá-los (se o vício for sanável).

Convém ressaltar que a revogação de ato administrativo não está sujeita a prazo (decadencial, pois se trata de direito da administração), justamente porque é embasada nos critérios da conveniência e oportunidade, devendo-se respeitar os direitos adquiridos, inclusive o dever de indenizar.

Veja-se, portanto, quais as balizas postas pelo ordenamento jurídico à atividade de controle que a Administração realiza sobre seus próprios atos, editados em desconformidade com a lei (sentido amplo).

³ Convém mencionar que nos filamos ao pensamento de que a Administração tem o dever de invalidar seus atos viciados. Isto se torna relevante a partir do momento em que há autores que defendem a invalidação como faculdade, por exemplo, pode-se citar, Pietro Virga (1972) ou como poder-dever como defende Miguel Reale (1980).

Caberia indagar se o prazo para a invalidação dos atos administrativos pela própria Administração cuida de prescrição ou decadência? Se seria quinquenal ou vintenário este prazo? E, ainda, está a Administração adstrita a invalidar seus atos viciados? É o que se responderá a seguir.

Quanto ao primeiro questionamento, deve-se levar em consideração que o prazo de invalidação vem sendo tratado na doutrina, independentemente de se tratar de invalidação efetuada pela Administração ou pelo Poder Judiciário como sendo decadencial, inclusive em consonância com o art. 54 da Lei nº 9.784/99. Porém, há quem defenda que o prazo de invalidação feito pela própria Administração tem natureza prescricional.

Discute-se também as diversas teorias a respeito dos efeitos do decurso do tempo sobre os atos jurídicos, dos quais os atos administrativos são espécies que podem ser resumidas, em apertada síntese, em 3 correntes:

1) Inexiste prazo decadencial, pode a Administração a qualquer tempo retirar o ato viciado do mundo jurídico;

2) Aplicam-se os critérios do direito privado: prazos curtos para os atos anuláveis e prazos longos para os atos nulos.

3) Devem ser utilizados, por analogia, os prazos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32¹, bem como o previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65².

A primeira posição não foi acolhida pelos tribunais pátrios, pois o Estado Democrático de Direito, assentado que é nos pilares básicos da segurança e da justiça, prestigia o decurso do tempo como fator de estabilização das relações jurídicas.

Assim é que, em atenção ao princípio da segurança jurídica, a imprescritibilidade configura-se como situação excepcional, existindo a prescrição para todas as pretensões e ações no Direito.

¹ Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescreve em 5(cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

² Art. 21, da Lei nº 4.717/65: Art. 21. "A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos".

E, na falta de prazo estabelecido pela norma, cabe ao intérprete buscar, por meio dos métodos de interpretação, qual o prazo razoável a ser aplicável.

Daí ter surgido uma segunda corrente, aplicando, por analogia, a teoria das nulidades previstas no direito civil aos atos administrativos inquinados de vícios, a pugnar pela aplicação do prazo ora de 5 anos, ora de 20 anos, conforme tratar-se de atos tidos por anuláveis ou nulos, respectivamente.

Por fim, a terceira corrente doutrinária vem sendo utilizada quando se trata de ações de particulares contra a Fazenda Pública, conforme alguns julgados a seguir coletados:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. VÍCIO INEXISTENTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – DECRETO 20.910/32. SÚMULA 85/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.

1. Depreende-se do Acórdão recorrido que a Corte de origem apreciou fundamentadamente as questões que lhe foram submetidas, pelo que descabe falar em ofensa ao CPC, art. 535. Ademais, o não acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implicam omissão. Compete ao magistrado apreciar o tema de acordo com o que reputar pertinente à lide, de acordo com seu livre convencimento e de maneira fundamentada, tal não traduz, entretanto, a obrigação de se manifestar sobre cada tópico invocado pela parte, quando já tenha deduzido as razões que fundamentarão o julgado.

2. A prescrição quinquenal, prevista no Decreto 20.910/32, só tem início com a negativa expressa do pedido pela Administração, considerando-se vencidas, tão-somente, as parcelas anteriores ao quinquênio que antecedeu a propositura da ação, restando incólume o fundo do direito, consoante o disposto no enunciado da Súmula 85/STJ.

3. Em relação à alegação de divergência jurisprudencial, esta não foi comprovada, seja através de certidões ou cópias autenticadas dos Acórdãos apontados como discordantes da interpretação da lei federal, seja através de citação do repositório oficial autorizado ou credenciado.

Ademais, a admissão do Recurso Especial pela alínea "c", impõe o confronto analítico entre os Acórdãos paradigmas e o acórdão hostilizado, a fim de evidenciar a similitude fática e jurídica posta em debate, não sendo a simples transcrição de ementas ou trechos de julgados meio hábil a caracterizar alegada divergência, sendo imprescindível o cumprimento das exigências constantes do RISTJ, art. 255.

4. agravo regimental não provido⁶.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SUM. 010/TJPR. FUNCIONARIO PUBLICO. PERCENTAGEM FAZENDARIA. PRESCRIÇÃO. DECRETO NUM. 20910/32. SUM. 085/STJ. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DA CORTE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - SE O FUNCIONÁRIO PÚBLICO NÃO RECLAMOU CONTRA A SUPRESSÃO DA GRATIFICAÇÃO DA PERCENTAGEM FAZENDÁRIA, EM DECORRÊNCIA DA LEI ESTADUAL NUM. 5978, DE 1 DE AGOSTO DE 1969 (ART. 57), PASSADOS CINCO ANOS PRESCREVE O PRÓPRIO FUNDO DE DIREITO À PERCEPÇÃO DE VANTAGEM CONCERNENTE À VERBA FAZENDÁRIA, JÁ QUE ELA FOI REVOGADA POR LEI (LEI ESTADUAL NUM. 5978/1969, ART. 57) E DEFINITIVAMENTE DESFEITA POR PRECEITO CONSTITUCIONAL (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1969, ART. 196), CONTRA O QUAL NÃO SE PODE ARGUIR DIREITO ADQUIRIDO. SUM. 010/TJPR.

II - A SUM. 085/STJ NÃO É APLICÁVEL À HIPÓTESE DOS AUTOS.

III - PRECEDENTE DA CORTE. RESP NUM. 1367/PR.

IV - RECURSO NÃO CONHECIDO POR AMBAS AS ALÍNEAS⁷.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MILITAR. EX-COMBATENTES. PROMOÇÃO. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. DECRETO NUM. 20910/32 E SUM. 250/TFR.

- A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DAS AÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA ATINGE O PRÓPRIO FUNDO DE DIREITO QUANDO O ATO DA ADMINISTRAÇÃO NEGAR A SITUAÇÃO JURÍDICA FUNDAMENTAL EM QUE SE EMBAÇA A PRETENSÃO JUDICIALMENTE VEICULADA.

- EM SE TRATANDO DE AÇÃO QUE BUSCA A RETIFICAÇÃO DO ATO DE REFORMA PELA PROMOÇÃO AO POSTO SUPERIOR, IMPÕE-SE A APLICAÇÃO DA SUM. 250/TFR, QUE DETERMINA O PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS ENTRE A DATA DA PUBLICAÇÃO DO ATO E DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO.

- O PEDIDO ADMINISTRATIVO FORMULADO QUANDO A PRESCRIÇÃO JÁ SE HAVIA CONSUMADO NÃO RESTABELECE NEM INTERROMPE O PRAZO QUINQUENAL.

- RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDOS.

Contudo, em sede de processo administrativo, a partir da vigência da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a questão findou positivada, por meio do art. 54, que assim dispõe:

Art. 54 – O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º - No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º - Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Destarte, têm-se que se o ato é capaz de gerar efeitos desfavoráveis ao administrado, ou se houver sido praticado com má-fé, a Administração não está jungida ao prazo decadencial de 5 anos.

⁶ AGA 397142/PE, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 29.04.2002.

⁷ Resp. 567142/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 07.10.96.

⁸ Resp. 62997/PE, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leão, DJ 30.06.96.

Outrossim, não se diga que o artigo supracitado refere-se apenas a atos administrativos "anuláveis". Tratou-se de má técnica legislativa, pois a doutrina de maneira assente afirma que tanto os atos nulos quanto os anuláveis estão sujeitos aos efeitos do tempo, quando muito, discordam a respeito do lapso temporal.

Basta lembrar a primeira parte da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, que cuida da autotutela administrativa e sempre foi aplicada indistintamente, seja para atos nulos, seja para atos anuláveis. O artigo em comento cuidou apenas de limitar o exercício daquele poder por parte do ente público.

Ademais, na interpretação de qualquer norma jurídica há que se buscar a sua inteligência, a mens legis perseguida pelo legislador, para que não se chegue a uma conclusão que venha a mal feri-la, como se infere dos estudos de Recaséns Siches (1973, p. 183), *in verbis* :

A norma legislativa se formula em termos gerais, porém quem a formula tem em mente um determinado tipo de casos, bem reais, dos quais teve a experiência, ou tem mentalmente antecipados por sua imaginação, em relação aos quais pretende que se produza um determinado resultado mais justo.

Então, resulta evidente que o juiz, ante qualquer caso que se lhe apresente tem, antes de tudo, que verificar mentalmente se a aplicação da norma, que em aparência cobre dito caso, produzirá o tipo de resultado justo em que se inspirou a valoração que é a base daquela norma.

Portanto, seja o ato administrativo nulo ou anulável, a Administração tem prazo prescricional de 5 anos, a contar da edição do ato, para exercer seu poder de autotutela e proceder a sua revisão.

Assim, a Administração deve anular seus atos quando viciados no prazo de cinco anos, contados da data em que foram praticados, porém se ficar evidenciado que deles não decorreram lesão ao erário ou prejuízo a terceiros, poderão ser convalidados, desde que seus defeitos sejam sanáveis.

Têm-se, por sanáveis, os atos sujeitos à convalidação, ou seja, aos atos administrativos

praticados no exercício de juízo discricionário por autoridade incompetente e ou que possuam meros vícios de forma.

E, convém salientar que a Administração não poderá mais convalidar seus atos administrativos se já houve impugnação pelo particular, salvo se se tratar de irrelevante formalidade.

Neste sentido, bem esclarece Weida Zancaner (1996, p.60):

A impugnação do interessado quer expressamente, quer por resistência, constitui barreira ao dever de convalidar, isto é, a Administração Pública não mais poderá convalidar seus atos civados de vícios mas passíveis de convalidação, quando estes forem impugnados pelo interessado. Merecem ressalva os atos obrigatoriamente sanáveis, que são aqueles com irrelevante defeito de formalidade. Estes atos, conforme veremos no Capítulo 6, são sempre convalidáveis, haja ou não impugnação.

Em suma, esses seriam os limites temporal e material à atuação do poder de autotutela da Administração Pública, passar-se-á, então, a analisar os limites formais, ou seja, como deve a Administração proceder para fazer valer esta prerrogativa.

A Administração Pública no exercício da autotutela deve utilizar o devido processo legal administrativo (art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal/88) para proceder à revisão de atos inquinados de qualquer invalidade (anulação ou revogação), que tenham gerado direito subjetivos a particulares.

Outro não é o entendimento dos Tribunais pátrios, senão veja-se:

Tratando-se de anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada.

O princípio de que a administração pode anular (ou revogar) os seus próprios atos,

9 RE n. 158.543-9. DJU 6.10.95.

quando cívados de irregularidades, não inclui o desfazimento de situações constituídas com aparência de legalidade, sem a observância do devido processo legal e ampla defesa¹⁰.

Isto evidencia que o comportamento da Administração ao suprimir gratificações, vantagens financeiras, notadamente em proventos de aposentadoria é em tudo e por tudo de uma arbitrariedade patente, desde que não instaurado o devido processo administrativo. Deve, portanto, a Administração instaurar processo administrativo, dar ciência ao Tribunal de Contas para acompanhar o feito, na hipótese de atos sujeitos ao seu controle, para somente ao final proceder à supressão da parcela financeira em questão.

Outrossim, convém rememorar que a natureza do ato concessório de aposentadoria é de ato complexo, ou seja, não pode a Administração por si somente conceder ou não o direito requestado.

É que a atividade do Tribunal de Contas não é de mero registro, ao contrário, é essencial para que o ato de aposentadoria se aperfeiçoe para todos os fins de direito.

Nesse diapasão, convém trazer a colação arestos do Pretório Excelso:

Ato administrativo complexo. O ato complexo, de que participou sucessivamente o Poder Executivo e o Tribunal de Contas, não pode ser anulado pela administração sem a concordância do Tribunal¹¹.

Não pode o Governo revogar ad libitum ato administrativo complexo¹².

Ato complexo não se desfaz pela vontade de um só dos órgãos que dele participaram¹³.

Impende aduzir que, no que se refere ao recebimento de vantagens financeiras indevidas, o Tribunal de Contas da União tem se manifestado

no sentido de sua irrepetibilidade, em razão da natureza alimentar da parcela, bem como em atenção ao atributo da presunção de legitimidade dos atos administrativos, desde que demonstrada a boa-fé do servidor que recebeu, conforme evidenciado no fragmento da decisão a seguir coligida:

EMENTA – pedido de reexame contra decisão proferida em processo de aposentadoria para dispensar a devolução de gratificação recebida indevidamente. Pagamento decorrente de interpretação equivocada da administração. Inexistência de má-fé. Conhecimento e provimento.

[...]

O servidor público que, por presumida boa-fé, venha a receber alguma vantagem financeira, em decorrência de errada interpretação ou aplicação de norma legal, por parte da Administração, sem ter influenciado ou interferido na sua concessão, independentemente de havê-la pleiteado ou não, jamais poderá vir a ser compelido, depois a devolver aquelas importâncias, tidas por indevidamente pagas, porquanto descaracterizada a figura do indébito, em tais casos, nos quais o ato respectivo, embora vitimado de vício insanável, mesmo insuscetível de gerar direitos, goza da presunção de legalidade, até advir-lhe a nulificação, declarada pela autoridade, para tanto competente.

Por fim, cabe fazer menção ao art. 69 da Lei n. 9.784/99, *verbis*:

Art. 69 – Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta lei.

Com efeito, o processo administrativo fiscal, o processo administrativo junto aos Tribunais de Contas, o processo administrativo disciplinar continuarão a reger-se pelas suas próprias disposições.

Isto posto é possível elencar como limites à invalidação do ato administrativo o decurso do tempo, a impugnação e os atos que já foram objetos de controle pelo Tribunal de Contas.

10 STJ, 1ª Turma, RMS n. 257-MA, DJU 17.10.94.

11 STF, em RDA, v. 53, p. 216.

12 STF, em RDA, v. 54, p. 275.

13 TJ-SP em RDA, v. 80, p.149.

2.3.4 Invalidação e outras formas de extinção

2.3.4.1 Invalidação e revogação

A invalidação não pode ser confundida com a revogação, uma vez que na revogação o ato suprimido era um ato válido, ele apenas tornou-se inconveniente ou inoportuno para o interesse público.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 453) conceitua a revogação como *"a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes"*.

A principal diferença entre revogação e invalidação é que na revogação não se pretende restaurar a ordem jurídica violada por um ato inválido, ao contrário, na revogação o ato é um ato válido, só não se mostra mais conveniente e oportuno aos interesses coletivos.

Enquanto na invalidação tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário podem invalidar um ato administrativo, por não se aceitar no ordenamento jurídico um ato contrário à lei. Na revogação o sujeito ativo é a autoridade proferidora do ato, ou seja, não pode o Poder Judiciário revogar um ato proferido pela Administração Pública, pois nunca se deve perder de vista que o ato na revogação é um ato válido que só será revogado por motivos de conveniência e oportunidade.

Em consequência, os efeitos da revogação são contrários aos da invalidação. Na invalidação, os efeitos são retroativos, *ex tunc*, portanto. Na revogação, os efeitos são *ex nunc* e são contados a partir da declaração de revogação em diante. Os efeitos pretéritos são preservados, uma vez que o ato fora editado conforme a ordem jurídica.

2.3.4.2 Invalidação e renúncia

Na renúncia o particular abdica de um direito que lhe fora deferido pela Administração, na invalidação não há esta abdicção de um direito já que este direito tinha por fundamento de validade uma norma ilegal.

Exemplo clássico de renúncia pode ser encontrada no art. 22-A da Lei do Estado do Pará nº 5.810/94 que trata do regime jurídico dos servidores público, o qual prevê que:

Art. 22-A. Ao interessado é permitida a renúncia da posse, no prazo legal, sendo-lhe garantida a última colocação dentre os classificados no correspondente concurso público.

Assim, na renúncia o ato administrativo é extinto porque o particular, destinatário do ato, renuncia a um direito que lhe fora concedido pela Administração.

2.3.4.3 Invalidação e retirada

A retirada implica a supressão ou anulação total ou parcial de seu conteúdo, por parte de um órgão da administração. Interessante mencionar os ensinamentos de Stassinopoulos (1954, p. 243) que se o ato suprimido é substituído por um outro, a retirada será igual à modificação. Se, porém, o ato é suprimido como ilegal, a retirada será igual à anulação pela via administrativa.

Na invalidação, o procedimento pode ser feito não apenas por órgão administrativo mas também pelo Judiciário. Ademais o ato suprimido não voltará a produzir efeitos já que era um ato contrário à lei, diferentemente, da primeira hipótese da retirada.

2.4 O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COMO MEIO DE INVALIDAÇÃO

Vem-se expondo ao longo deste trabalho que a Administração Pública é sujeito competente para invalidar seus atos quando civados de vícios que os tornam contrários à ordem pública, desde que não se verifique nenhuma das limitações mencionadas.

A Constituição Federal assegura no art. 5º, LV que *aos litigantes em processo judicial ou administrativo serão*

assegurados o contraditório e a ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes.

Isto significa que houve uma constitucionalização do procedimento administrativo, fazendo com que, em toda situação na qual haja litigância entre a Administração e os particulares, seja necessário que sua solução se faça por meio processual, garantidos os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 491) ensina que o procedimento administrativo nada mais é do que uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo.

Dessa forma, o processo administrativo aparece como mais uma das garantias ao administrado em face do Estado. É a clássica manifestação contida na doutrina de que de um lado encontra-se a administração com o seu poder de invalidar e revogar seus próprios atos e, de outro, encontra-se o cidadão, com seus direitos subjetivos que devem ser preservados sob pena de insegurança jurídica.

Neste diapasão, o procedimento administrativo representa um importante instrumento para equilibrar a relação entre a Administração e os particulares. É o que a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 108) fala em binômio entre prerrogativas e sujeições.

O fato é que por meio do processo administrativo é que o particular tem a oportunidade não apenas de se insurgir contra uma decisão administrativa definitiva, mas de influenciar no seu processo de formação, esclarecendo situações de fato e trazendo argumentos jurídicos não conhecidos pelo agente público.

Assim é que o ato administrativo que seja invalidado sem a obediência de um devido processo administrativo, através do qual o administrado possa ser ouvido, deverá ser considerado inegavelmente um ato inconstitucional.

3 A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA COMO LIMITE À INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Observaram-se nos itens anteriores os limites que devem ser observados pelo administrador aquando da invalidação do ato administrativo.

Na ocasião diz-se que os limites a invalidação era o decurso do tempo, a impugnação, e os atos que já se sujeitaram a controle pelo Tribunal de Contas.

E, quanto à coisa julgada? Seria esta ou não um limite à invalidação dos atos administrativos?

Não há dúvida de que, embora as decisões administrativas não possuam a forma de definitividade das decisões judiciais, quando da análise do controle interno da Administração Pública e dos seus recursos, a doutrina costuma fazer referência à figura da coisa julgada administrativa.

Para se entender o significado do conceito, necessário se faz a compreensão do significado de coisa julgada, para então, poder se discorrer sobre o assunto na seara administrativa.

No Direito Processual Civil, escrevendo sobre a coisa julgada, Alexandre Freitas Câmara (2005, v. 1, p. 472) diz que esta se revela como uma *situação jurídica*. Isto porque, com o trânsito em julgado da sentença, surge uma nova situação, antes inexistente, que consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença, e a imutabilidade e a indiscutibilidade é que são, em verdade, a autoridade da coisa julgada. Segundo o autor, a coisa julgada constitui esta nova situação jurídica, antes inexistente, que surge quando a decisão judicial se torna irrecorrível (CÂMARA, 2005, v. 1, p. 472).

Ademais, fala-se ainda na *coisa soberanamente julgada*, que é um estágio posterior à coisa julgada e, se dá quando, ultrapassados os dois anos do trânsito em julgado da decisão, não houver qualquer interposição de ação rescisória visando a desconstituir o julgamento.

Essa noção clássica do Processo Civil também é utilizada com as devidas adaptações à esfera administrativa.

À primeira vista, a expressão é um tanto contraditória, posto que, apenas as decisões judiciais produzem a coisa julgada propriamente dita.

Dessa forma, não há como transpor para o direito administrativo um instituto do direito processual, sem a observância das evidentes distinções entre a função jurisdicional e a administrativa.

Disto se infere que ao se falar em coisa julgada administrativa estar-se-á falando em imutabilidade de uma decisão dentro da esfera administrativa.

Diógenes Gasparini (2001, p.757-758) defende que

Quando inexistente, no âmbito administrativo, possibilidade de reforma da decisão oferecida pela Administração Pública, está-se diante da coisa julgada administrativa. Esta não tem o alcance da coisa julgada judicial porque o ato jurisdicional da Administração Pública é tão-só um ato administrativo decisório, destituído do poder de dizer do direito em caráter definitivo. Tal prerrogativa, entre nós, é só do Judiciário. Em outros países, pode caber a Tribunais Administrativos o exercício dessa competência.

E, continua o mencionado autor salientando que:

Essa imodificabilidade da decisão da Administração Pública só encontra consistência na esfera administrativa. Perante o Judiciário qualquer decisão administrativa pode ser modificada, como estabelece o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal ("a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), salvo se também essa via estiver prescrita (GASPARINI, 2001, p. 758).

Além do que a imodificabilidade ou irretratabilidade do ato pela administração ocorre apenas entre esta e o administrado, sem atingir situações e direitos de terceiros.

Assim, quando se fala em coisa julgada administrativa discute-se apenas que houve um exaurimento dos recursos na via administrativa, ou seja, à preclusão das vias de impugnação interna,

embora a coisa julgada administrativa ocorra também quando determinados atos ou decisões tornam-se irretratáveis pela Administração, ante a impossibilidade de revogá-los ou invalidá-los.

3.1 DA NECESSIDADE DE INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

A hipótese deste artigo é demonstrar se a coisa julgada é ou não um limite à invalidação do ato administrativo.

A questão se torna importante a partir do momento em que se discute se, uma vez consolidada a coisa julgada administrativa, tem ou não a Administração Pública, o dever de invalidar o ato administrativo.

A primeira resposta, automaticamente, parece-nos ser negativa, ou seja, não deverá a Administração invalidar um ato, uma vez consolidada a coisa julgada administrativa.

Todavia não há como se negar que, conforme já amplamente destacado, ao longo deste trabalho, a Administração tem o *dever* de invalidar um ato quando cívado de vícios. E este dever não é algo limitado. Enquanto o ato estiver vigorando, ou seja, produzindo seus efeitos, a Administração tem a obrigação, o dever, de invalidar este ato em obediência ao princípio da legalidade ao qual está submetida.

Não há como se aceitar ou mesmo tolerar a existência no ordenamento jurídico de um ato contrário à lei. Isto fere toda a concepção do próprio Estado de Direito, este visto como um modelo de Estado sustentado pelo princípio da legalidade e pelo respeito ao princípio da separação dos poderes.

O princípio da legalidade decorre da submissão do Estado à lei. Ele constitui, segundo o professor Celso Antonio Bandeira de Mello, a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, por

consequente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei (2011, p. 100).

É em nome da legalidade que a Administração atua e, por isto, não pode esquecê-la, em face da coisa julgada administrativa.

Não obstante a necessidade de se restaurar a legalidade violada, tendo em vista a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade, uma indagação há de ser feita: Possui a Administração, a todo o tempo, o poder de invalidar seus atos mesmo diante da fluência de longo lapso temporal, ou da extensão de seus efeitos a terceiros de boa-fé?

A resposta há de ser encontrada levando-se em consideração que, se um lado a Administração encontra-se submetida ao princípio da legalidade, outros valores também são protegidos dentro de um Estado de Direito, como o princípio da segurança jurídica, da estabilidade das relações constituídas e da boa fé dos administrados.

O que se percebe na hipótese é um conflito de princípios: de um lado o princípio da legalidade, cujo amparo é primordial para o exercício da função administrativa e, de outro, o princípio da segurança jurídica que confere estabilidade ao sistema com relação aos administrados.

Não há como duvidar que legalidade e segurança jurídica possuem o mesmo valor no Estado de Direito, mas dúvidas nos restam se possuem a mesma hierarquia, posto estar o princípio da legalidade previsto constitucionalmente, de maneira expressa no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Questionamos o fato da existência, no ordenamento jurídico, de uma situação ilegal e se isto por si só não gera, para a sociedade, uma insegurança jurídica? Por isto, opina-se no sentido de que, caso a Administração perceba a existência de um ato inválido na sua estrutura, deve utilizar-se do seu poder de autotutela e invalidar este ato, sem que haja

a necessidade de só o fazê-lo com ordem judicial, por mais que já tenha operado o efeito da coisa julgada administrativa, isto obviamente, na hipótese de comprovada a má-fé do interessado.

Esclarecendo a hipótese: uma vez decidida a questão em única ou última instância, na esfera administrativa, ocorre o efeito da coisa julgada administrativa. A partir daí tem a Administração o prazo de 5 anos para invalidar o ato, sob pena de decadência. Assim, antes de esgotados os 5 anos decadenciais, porém, e mesmo sob o efeito da coisa julgada administrativa, a Administração não só pode como tem o dever de invalidar o ato.

Uma vez transcorrido os 5 (cinco) anos e, operado o efeito da coisa soberanamente julgada administrativa, a Administração só poderá invalidar o ato se comprovada a má-fé do administrado.

Em ambos os casos, óbvio, mediante o regular processo administrativo em que seja assegurado o princípio da ampla defesa.

Dessa forma, a coisa julgada administrativa não se mostra como uma limitação ao poder de invalidar da administração, pelo contrário, sempre que a Administração tiver ciência da existência de um ato ilegal no ordenamento jurídico, no prazo de 5 anos, a contar da data da decisão, deverá invalidá-lo, sob pena de ferir o princípio da legalidade e da própria segurança jurídica.

Sem dúvida a matéria é polêmica e, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, preferimos nos manifestar neste sentido, em nome de uma ordem jurídica justa, equilibrada e igualitária e que tenha por fundamento a legalidade acima de qualquer interesse.

Se mesmo de forma tímida, tivermos conseguido iniciar os debates quanto ao assunto, nossa missão já terá sido alcançada.

4 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, é possível concluir que:

1) O ato administrativo é uma providência necessária para o fiel cumprimento da função administrativa, consistindo numa declaração do Estado que, no exercício de suas prerrogativas, fundamentadas na lei, objetiva criar, modificar e extinguir direitos e obrigações.

2) Quanto à extinção dos atos administrativos, detivemo-nos à invalidação do ato administrativo, demonstrando seu significado, a necessidade de ser entendida como um dever, em face da impossibilidade de se aceitar atos eivados de vícios no ordenamento jurídico.

3) Os sujeitos da invalidação são a Administração Pública, utilizando-se do seu poder de autotutela e o Poder Judiciário, quando provocado.

4) Os efeitos decorrentes do ato invalidatório são retroativos, *ex tunc*, portanto.

5) O poder de invalidar do administrador público encontra limites no decurso do prazo, na impugnação e nos atos que já foram objetos de controle pelo Tribunal de Contas.

6) Para se invalidar, necessário se faz a observância do devido procedimento administrativo, sem o qual a invalidação não poderá ser efetivada e sempre observando o contraditório e a ampla defesa.

7) E, finalmente, defendemos a ideia de que a coisa julgada administrativa não poderá ser considerada um limite à invalidação dos atos administrativos, em nome do princípio da legalidade, pela inaceitabilidade de existirem no sistema jurídico atos contrários à lei, mas desde que efetuada a invalidação no prazo de 5 anos (lei nº 9.784/99), a contar da data da decisão e, após este prazo, apenas se comprovada a má-fé do administrado, em todas as hipóteses mediante o devido processo administrativo, assegurada a ampla defesa, em todos os casos, tudo em nome de uma ordem jurídica justa, equilibrada e igualitária.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Extinção dos atos administrativos*. São Paulo: RT, 1978.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti; apresentação de Alaôr Caffé Alves. 2. ed. rev. Baurax: Edipro, 2003. 192 p. (Clássicos Edipro).
- CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996. 467 p.
- CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed., rev. e atual., pela reforma do Código de Processo inclusive pela Lei 11.441/2007. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. v.1.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. xlix, 953 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 765 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. atual. até a EC nº 62/09. São Paulo: Atlas, 2010. xxxiv, 875 p.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 538 p.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 181 p.
- FERRAZ, Sergio. *Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 47-66, jan./mar. 2003.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 869 p.
- CORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 1.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. t.1.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. atual. por Eurico de Andrada Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996. 734 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011. 1127 p.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979. v. 1.

OLGUIN JUAREZ, Hugo A. *Extinción de los atos administrativos: revocación, invalidación y decaimiento*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961. 284 p.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 110 p.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Interpretação e aplicação do Direito*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Athenas: L.G.DJ, 1954. 315 p. (Collection de l'Institut Français d'Athènes ; 82).

SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: RT, 1990. 96 p. (Biblioteca de estudos de direito administrativos; 18).

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 410 p.

VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. 4. ed. interamente rifatta. Milano: A. Giuffrè, 1972. xii, 541 p.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 107 p. (Coleção temas de direito administrativo ; 1).



Gisele Santos Fernandes Góes
Processo Civil Cooperativo

Resumo

No moderno Direito Processual Civil, nós observamos uma grande preocupação com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais. O Direito processual civil deve sempre considerar os interesses gerais da sociedade. A prática cooperativa deve acontecer entre juízes, partes, todos os que estão no processo. O Direito processual civil precisa ser um local de diálogo, colaboração para que se atinja o melhor resultado para os litigantes e toda a sociedade.

Palavras-chave

Direito processual. Processo civil. Técnicas processuais. Binômio direito e processo. Poder judiciário. Cooperação.

Abstract

According to the modern Civil Procedural Law, we observe there is a great worry about the constitutional principles and the fundamental rights. The Civil Procedural Law must always recognize the general interests of the society. The cooperative practice must be present among judges, parties and all agents involved in the process. The civil procedural law needs to be a place for dialogue and collaboration so that the best results can be achieved for the litigants and the entire society as well.

Key words

Procedural law. Civil procedure. Procedural techniques. Binomial right - procedure. Judicial power. Cooperation.

Processo Civil Cooperativo

Cooperative Civil Procedure

*O tecnicismo exacerbado, aprendemos
à custa de muitos erros, esteriliza o Direito,
o desprezo da técnica o reduz a uma
caricatura barata.*
Barbosa Moreira

1 INTRODUÇÃO

O atual Direito Processual Civil deve estar envolto sob a égide do eixo axiológico constitucional do processo, primordialmente pelos princípios e regras, no aspecto da tutela dos direitos fundamentais, numa dimensão maior dos próprios direitos humanos.

A implementação da jurisdição constitucional é basilar nesse vetor, sendo que o paradigma normativo processual não esboça mais uma teoria procedimental acrítica, desprovida de novos valores e de investimentos sobre possíveis alternativas substitutivas (KUHN, 1975, *passim*). O que se impõe é uma conduta de proibição do retrocesso (SARLET, 2006, p. 241 et seq.).

O sistema processual não está assentado sobre experiências universais no estilo kantiano (VILANOVA, 1997, p. 154), ao revés, o neoprocessualismo incorpora a nova fase do processo que muitos assentam de formalismo valorativo (PICARDI, 1987, p. 101-117; OLIVEIRA, 2009, *passim*; MITIDIERO, 2005, p. 143-145).

Gisele Santos Fernandes Góes*

* Doutora - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Mestre - Universidade Federal do Pará (UFPA), Professora-Adjunta da UFPA e Procuradora do Trabalho, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e Instituto Ibero-Americano de Derecho Procesal, Email: gisagoes@superig.com.br

Se é imprescindível o resgate dos valores constitucionais do processo, é fato incontestável que as técnicas processuais devem ser capazes de viabilizar a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (MARINONI, 2006, p. 138), pois só assim pode-se definir a funcionalidade e cientificidade do sistema processual.

Deve-se caminhar mais adiante e concluir sob o magistério de Marinoni (2006, p. 205 et seq.) que “esse direito fundamental incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz.”

Sob esse ângulo, o princípio do acesso à justiça traduzido pela máxima contida na Constituição da República da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV), em que nenhuma lesão ou ameaça pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, precisa formar uma moderna concepção da tutela jurisdicional, no direcionamento de que não é mais crível que ela seja compreendida em sua *ratio* somente como dizer o direito no caso concreto, nos moldes clássicos da visão da teoria dualista

(CHIOVENDA, 1998, p. 59-60), pois ela deve estar enquadrada no tripé do exercício das funções da tutela jurisdicional no âmbito da sua plenitude, as quais são: certificar a existência do direito – realizar, satisfazendo o direito afirmado – e caso não haja imediata satisfação pela natureza mandamental que o provimento deve encerrar, o Poder Judiciário assegurará a satisfação pelos meios coercitivos mais apropriados, sopesando a cada caso concreto via postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (ALEXY, 1998, p. 30, 1993, p. 111-113; DWORKIN, 1978, p. 116-117, 1987, p. 158 et seq.; ÁVILA, 1999, p. 151-179).

Essa postura do Poder Judiciário é imperativa, visto que se deve erigir um edifício processual em que as partes contribuam para o conteúdo ético (boa fé objetiva) e se não o fizerem, o magistrado conterà os abusos do exercício do direito processual; sejam prevalentes os princípios da participação e cooperação com a derrocada do modelo clássico de que o magistrado se queda acima das partes e equidistante das mesmas, juiz é imparcial, mas sem deixar de ser um sujeito processual ativo, gerando-se como resultante uma decisão dialogada e a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito.

2 FASES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A doutrina, tanto brasileira, quanto estrangeira, resolveu didaticamente estabelecer três fases para as afirmações, oscilações e aprimoramentos do sistema processual.

A primeira se caracterizou pela ausência de autonomia, o processo era um mero “apêndice” do direito material (BEVILÁQUA, 1908, p. 236-240), como ator coadjuvante do direito privado, não havendo a delimitação entre os planos processual e substancial, sobressaindo-se o sincretismo, até em torno do século XIX (fase do Estado Liberal). Era a fase do praxismo (OLIVEIRA, 2009, p. 16 et seq.).

Numa segunda fase de aquisição da denominada “autonomia da relação jurídica processual”, o

processo tem seus contornos definidos como Ciência, em razão de possuir seus princípios, objeto e pressupostos próprios. O arquétipo das condições da ação (LIEBMAN, 1992, p. 144-151) e dos pressupostos processuais (BÜLOW, 1964, p. 03 et seq.) foi fundamental no contexto de formação do Estado Moderno a partir do século XIX, seguindo o processo a veia totalmente publicista (FAZZALARI, 1995, p. 5 et seq.).

Deve-se destacar que o formalismo se tornou exacerbado, isolou-se o processo nas suas categorias procedimentais, privilegiou-se o tecnicismo, como uma arma de sobrevivência do processo com a sua tão desejada e sonhada autonomia. O processo somente falava a língua do processo, sem nenhuma convivência com o direito material e/ou valores sociais.

Logicamente que a segunda fase não conseguiu sustentar-se, diante da passagem do Estado Liberal para o Social. Emergiu a fase da instrumentalidade do processo (DINAMARCO, 1990, p. 275 et seq.). O processo é instrumento dimensionado para sociedade. A conotação deontológica é indiscutível, condensando-se valores no processo.

O positivismo predomina no instrumentalismo, todavia não se tem mais um processo meramente formal, tecnicista, busca-se a concretude do direito material, por meio da legalidade, cuidando-se sempre da segurança jurídica.

O instrumentalismo se preocupa com a efetividade, desiderato esse só alcançado na década de 70.

3 NOVA FASE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: NEOPROCESSUALISMO/ FORMALISMO VALORATIVO

Como enfrentamos na parte introdutória, o Direito Processual, hodiernamente, é direito processual constitucional, acima de tudo.

O processo não pode mais explicar-se pelo procedimento, numa linguagem de pura lógica formal, sob os parâmetros do legalismo.

O discurso no Poder Judiciário precisa unir as duas pontas de pensamento, quais sejam, a do sistemático (do problema para o sistema – Canaris) com a do problemático (do sistema para o problema – Viehweg).

Se o Direito Processual Civil está atrelado à existência de um instrumental, pela configuração pragmática, resulta que o seu suporte científico está na interpenetração das posturas (CANARIS, 1996, p. 277), porque, às vezes, o legislador tentou esgotar, criando um sistema prévio e, em outras circunstâncias, deixou o operador do direito mais livre com termos indeterminados, cláusulas gerais, medidas de coerção etc, aguardando, com isso, os problemas para definir o sistema.

O sistema jurídico-processual civil é

como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição (FREITAS, 2002, p. 61).

O resgate cultural do Direito Processual Civil deve antes de mais nada passar pela mudança de mentalidade no Poder Judiciário aliada à ideia de substanciação do sistema processual. Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 148) sintetiza, no rumo de que

se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) são diversas, as técnicas processuais devem a elas se adaptar. O procedimento, a sentença e os meios executivos, justamente por isso, não são neutros às tutelas (ou ao direito material), e por esse motivo não podem ser (ou ao direito material), e por esse motivo não podem ser pensados a sua distância.

Na mesma vertente, como doutrina José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 91).

é preciso, portanto, eliminar do processo os formalismos inúteis, desconsiderando-se-os sempre que os objetivos almejados possam ser conseguidos independentemente deles. Na mesma medida em que o processo é instrumento de realização do direito material, a forma constitui instrumento destinado a que o processo alcance os objetivos dele esperados e que constituem sua razão de ser. A forma não é fim, é meio. E como tal deve ser tratada. Esta visão teleológica, finalista, é essencial à compreensão e correta aplicação da técnica processual.

Por conseguinte, enfatizada deve ser a corrente do neoprocessualismo, ou como denominam juristas do Rio Grande do Sul, quarta fase metodológica do processo civil, formalismo valorativo (PICARDI, 1987, p. 101-117; OLIVEIRA, 2009, *passim*; MITIDIERO, 2005, p. 143-145).

O formalismo valorativo tem como proposta a materialização do devido processo constitucional, diferindo do instrumentalismo, porque não pretende mais apenas a realização do direito material.

O pilar de primeira grandeza do neoprocessualismo/formalismo valorativo é a Constituição da República, instalando-se o diálogo constitucional processual.

3.1 PROCESSO CIVIL COOPERATIVO COMO MODELO DO NEOPROCESSUALISMO

O Processo Civil cooperativo atende ao formalismo valorativo, vez que o magistrado é Juiz diálogo, participando ativamente do processo com as partes, assumindo posição paritária.

Não significa dizer que o magistrado se torne parcial, ao contrário, ele passa a ser melhor conhecedor das demandas, anseios da sociedade, pluraliza o debate, já que não caminha mais como uma ilha no procedimento, mas sim junto às partes e eventuais interessados.

Com maestria, expõe Mitidiero (2009, p. 102) que “o juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo e assimétrico quando da decisão da causa.”

3.2 DEVERES ORIUNDOS DA MÁXIMA DA COOPERAÇÃO

Na era do processo cooperativo, como resultante dos princípios constitucionais processuais, tanto as partes, quanto o magistrado, possuem deveres que são sintetizados pelo jurista português Miguel Teixeira de Sousa (1997, p. 65 et seq.) como sendo:

- a) dever de esclarecimento – o juiz pode ouvir qualquer parte ou representante ou até *amicus curiae* no intuito de esclarecer a matéria de direito ou de fato, sempre possibilitando o acesso da outra parte à diligência;
- b) dever de prevenção – em Portugal é o convite ao aperfeiçoamento pelas partes das suas petições ou das conclusões de suas razões recursais, especificação de pedidos, provas, ou seja, retirada de eventuais lacunas que irão obstaculizar o julgamento meritório quanto à cognição na sua integralidade;
- c) dever de consulta – o juiz não pode decidir uma questão, sem contraditório, ampla defesa e direito à prova, ainda que se trata de questão de ordem pública;
- d) dever de auxílio – o juiz dialoga com as partes em audiências de conciliação e/ou saneadoras para a superação de entraves, como os rotineiros existentes na prova pericial, à guisa de ilustração; e
- e) dever de correção e urbanidade – expressa a necessidade de se conter os abusos no/do processo, promovendo-se a responsabilização dos agentes.

Depreende-se do direito português e francês¹ e, como tendência mundial, o processo cooperativo, devendo o Brasil estar nessa rota, aplicando-se sempre os poderes instrutórios do juiz (art. 131 do CPC), princípios do contraditório, ampla defesa e direito

¹ Na França, o art. 16 do CPC estatui que o juiz em todas as circunstâncias é obrigado a obedecer ao princípio do contraditório e dispõe claramente que a decisão não pode fundamentar-se em questões declaradas de ofício, sem que haja uma comunicação às partes para se manifestarem a respeito delas.

Em Portugal, o art. 3º do código de processo civil português (necessidade do pedido e da contradição) prevê que “3. O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.”

à prova (Constituição da República); designação de várias audiências, em prol de esclarecimentos, diálogo e conciliações, inclusive na fase executiva; uso dos institutos da prova compartilhada e distribuição dinâmica dos ônus de prova; aproveitamento dos atos processuais; prova emprestada etc.

Tanto é que o projeto de novo código de processo que se encontra em andamento prescreve no art. 10 que

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício

E, com efeito, caso aprovado, irá inserir uma das centrais preocupações do processo cooperativo.

Exemplificando a importância do princípio da cooperação, já temos decisões nos Tribunais, ressaltando o mesmo, como a da 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, cujo Relator foi o Exmo. Desembargador Sérgio Bitencourt que, numa execução de título extrajudicial, em que não houve sucesso na citação dos devedores por problemas de endereço, o magistrado intimou o credor para se manifestar e, sem resposta, suspendeu o processo por 90 (noventa) dias e, ao final desse prazo, extinguiu o processo, sem intimar o credor e, por isso, o Desembargador Relator fundamentou seu voto pelo provimento da apelação pela violação ao dever de cooperação do magistrado que deveria ter intimado novamente o credor antes de extinguir o feito.

Transcrevemos *in verbis* passagem do voto²:

² 4ª Turma Cível, TJ/DF, Processo N. Apelação Cível 20060710248834 APC, Relator Desembargador SÉRGIO BITENCOURT Revisor Desembargador FERNANDO HABIBE Acórdão N° 391.887 E M E N T A PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO – EXTINÇÃO – CITAÇÃO – AUSÊNCIA – PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. A decisão que suspende o processo e determina a intimação do credor, findo o prazo de suspensão, cria a expectativa legítima na parte de que seria novamente ouvida. Violação do princípio da cooperação pela prolação da sentença sem a prévia intimação do credor.

Ocorre que, passado o prazo de suspensão, o apelante não foi intimado. Entendo que, *in casu*, a prolação da sentença apanhou de surpresa o apelante, retirando dele a possibilidade de prosseguir com o processo, como havia sinalizado o nobre juiz *a quo*. Embora de repercussão incipiente na doutrina brasileira, não se pode olvidar que também o magistrado está jungido ao princípio da cooperação. Por este princípio o juiz passa a ser visto como agente colaborador do processo, com participação ativa no contraditório, abandonando a atuação de mero fiscal, como leciona Fredie Didier Jr. (*in* Curso de Direito Processual Civil, volume 1, 7ª ed., p. 56/57), que assim consigna:

Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida ex officio, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não aviltraada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. Eis o dever de consultar. Trata-se de manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia. Como cabe ao magistrado a investigação oficiosa dos requisitos de admissibilidade do processo (§ 3º do art. 267 do CPC), o respeito a esse dever revela-se fundamental. Acaso o magistrado 'descubra' a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão.

Assim, a extinção do processo naquele átimo processual violou o dever de cooperação do magistrado, pois contrariou expectativa legítima criada no apelado de que seria novamente ouvido, causando-lhe prejuízo considerável, retirando dele a possibilidade de ver satisfeita a obrigação outrora assumida pelos devedores.

A consolidação do acesso à justiça no Brasil depende de um processo civil cooperativo...

4 CONCLUSÕES

Mesmo que sem texto normativo no Brasil, no rumo da Constituição da República e/ou de leis federais, já está enraizado como preocupação pátria

o princípio da cooperação³, em virtude da doutrina do neoprocessualismo com a tônica da tutela constitucional do processo via normatividade dos princípios com ênfase para o devido processo legal e, por meio do diploma civil, instala-se hodiernamente a boa fé objetiva para o campo do direito processual civil e, logicamente, a colaboração/cooperação decorre dos preceitos mencionados.

Em publicação singular sobre o tema, Fredie Didier Jr (2010, p. 105) destaca que

o desenvolvimento do princípio da cooperação não prescinde como se vê, dos repertórios teóricos e jurisprudenciais do common law e do civil law; devido processo legal e criatividade judicial, temas intimamente relacionados ao common law; princípio da boa fé e cooperação obrigacional, construções do civil law, especialmente do pensamento alemão. Os problemas jurídicos costumam ser os mesmos em todos os lugares do mundo.

Portanto, o Brasil não poderia estar isolado dessa realidade e, verdadeiramente não está, especialmente no ramo do direito processual civil!

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Tradução Wistano Orozco. 2. ed. México: Fontamara, 1998.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

³ Nesse sentido, merece ser ressaltado o seguinte ato normativo a respeito de cooperação judiciária: Recomendação n. 38, de 03.11.2011 do Conselho Nacional de Justiça que ocasionou uma série de núcleos de cooperação judiciária nos Tribunais.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.

BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1964.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard, 1987.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard, 1978.

FAZZALARI, Elio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1995. v. 1: *Processo ordinário di cognizione*.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975. (Debates, 115).

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

_____, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PICARDI, Nicola. *Processo civile: c) Diritto moderno*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Tradução Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1986.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: M. Limonad, 1997.



Homero Lamarão Neto

O Combate às Desigualdades Sociais e a Afirmação da Igualdade Material

Resumo

O presente artigo aborda a obrigação estatal de erradicar a pobreza e as desigualdades sociais como diretriz constitucional. Em quase 25 anos de vigência, a Constituição de 1988 propiciou mudanças substanciais em nossas estruturas jurídico-políticas, porém o Brasil ainda se depara com um nível muito intenso de desigualdade na distribuição de renda e no acesso à educação, fatores que se apresentam como contraste ao crescimento econômico da nação.

Palavras-chave

Desigualdades sociais. Igualdade material. Desenvolvimento.

Abstract

This article discusses the state's obligation to eradicate poverty and social inequalities as a constitutional guideline. In almost 25 years of existence, the Constitution of 1988 provided substantial changes in our legal and political structures, but Brazil still faces a very intense level of inequality in income distribution and access to education, factors that are presented as a contrast the nation's economic growth.

Key words

Social inequalities. Material equality. Developing.

O Combate às Desigualdades Sociais e a afirmação da Igualdade Material

Combating Social Inequality and Affirming Material Equity

Homero Lamarão Neto*

* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA). Professor Adjunto da Universidade da Amazônia (UNAMA).
Email: homerolamarao@superig.com.br

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos caracterizam-se como objetivos fundamentais de nossa República – assentada no Estado Democrático de Direito – pautados, sobretudo, nos fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

A consecução desses objetivos depende, inegavelmente, do alcance de um nível de desenvolvimento socioeconômico aceitável, o qual, por sua vez, atrela-se ao nível de progresso realizado para instauração e concretização de instrumentos de reconhecimento e garantia dos direitos humanos¹, sendo pressuposto desse patamar a existência de um marco jurídico-político (ORTIZ, 2004, p. 143).

Em nosso Estado Democrático de Direito, esse marco é apontado pela Constituição Federal de 1988,

1 Amartya Sen preconiza que a expansão da liberdade é o principal fim e o principal meio do desenvolvimento. Para o autor, "o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdades substantiais, argumenta-se aqui, é constitutiva do desenvolvimento" (SEN, 2000, p. 10).

em cujo preâmbulo já foi assinalada a destinação da Carta para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos para nossa sociedade.

A despeito da previsão interna, destaca-se, no campo internacional, a previsão fixada na Declaração Internacional de Viena de 1993, na qual se sustentou que a pobreza e a exclusão social violam a dignidade humana, caracterizando-se, assim, como representativa do "marco contemporâneo de referência dos valores morais universais sobre os quais se fundamentam os Direitos Humanos" (ORTIZ, 2004, p. 143-144).

É imprescindível destacar o relevante papel da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986² e a Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, de Copenhague, em 1995, na qual se reafirmou que o direito ao desenvolvimento é indispensável à erradicação da pobreza, caracterizando-se como direito humano fundamental.

2 Aqui reconheceu-se que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes. (Grifo nosso).

Naturalmente, nesses instrumentos a educação não sofre o enfoque limitado da transmissão de conhecimentos de nossa história, mas, sobretudo, como via de formação do cidadão, garantindo-lhe a plena participação no processo político-social, conferindo-lhe, portanto, o direito à formação e conscientização de seu papel como ator no processo de transformação social³.

A Constituição Federal de 1988 garante a educação como direito fundamental social, albergando-lhe previsão no *caput* do art. 6º, junto a outros tantos direitos que acabaram por não receber o mesmo tratamento no decorrer do texto constitucional, tendo em vista que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito foi fixado como direito público subjetivo (diversamente da saúde que não obteve essa destinação "literal"⁴), conforme previsão do art. 208, § 1º, além das demais garantias previstas nos incisos desse artigo⁵.

3 Bastante esclarecedor, nesse sentido, é a disposição do art. 205 da Constituição, assim prevista: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (Grifo nosso).

4 Contudo, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal é o de conferir à saúde o caráter de direito público subjetivo. Ao julgar o AgRE 271.286/RS, o relator, Ministro Celso de Mello, assim proferiu seu voto: "(...) O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). (...) O Direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. (...) A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado". (STF, 2ª Turma, AgRE 271.286/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000, DJ 24.11.2000, p. 101). Mais recentemente, com mesma fundamentação, o RE-AgR 393175/RS, da 2ª Turma, relator o Min. Celso de Mello, julgado em 12.12.2006.

5 São elas: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurado, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II – progressiva universalização do ensino médio gratuito; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro tenha positivado todas essas garantias, observa-se um quadro desalentador, tanto no campo da educação como na verificação dos índices de pobreza. Segundo estudo realizado pelo Centro Internacional de Pobreza, instituto de pesquisa do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), apenas 27% dos pobres das regiões urbanas do Brasil conseguiram, por algum momento, escapar da pobreza entre 1993 e 2003. Os 73% restantes estancaram na pobreza crônica (BEDINELLI, 2007).

Segundo o relatório intitulado "Distinguindo a pobreza crônica da transitória no Brasil", entre os mais propensos à chamada pobreza crônica estão os não brancos, os menos escolarizados, os residentes na região Nordeste e os trabalhadores informais. A pobreza transitória, por sua vez, está mais concentrada entre mulheres e domicílios chefiados por elas, além de domicílios chefiados por desempregados. Importante destacar que o estudo considerou pobres os grupos cujos rendimentos ficaram abaixo de 60% da mediana da renda *per capita* domiciliar – valor que em 1997 foi de R\$ 130,00 e, em 2003, de R\$ 120,00.

Ainda segundo o Programa Nacional de Amostras de Domicílio (PNAD) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 30% das crianças brasileiras não frequentam creche. Segundo os levantamentos realizados pelas instituições, no Brasil quase três em cada dez crianças com idade entre 04 e 06 anos não estão na escola, e menos de uma em cada seis crianças com até 03 anos frequenta creches (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2006).

Adotando-se a premissa de que a plena garantia de efetividade dos direitos humanos, no sentido de um mínimo existencial, é fator de medida para o grau de desenvolvimento social de uma nação, e que os direitos humanos são formados pela aglutinação

de diversos segmentos, ou, como catalogados na doutrina, de diversas dimensões, os quais são absolutamente indivisíveis e universais, conclui-se pela violação ao princípio da igualdade, na medida em que o acesso a esses bens, embora positivamente garantido a todos, não é efetivamente cumprido.

Historicamente, observa-se uma predileção pela discussão em torno do direito de liberdade, permanecendo à margem dessa intensidade os debates sobre o direito à igualdade. As próprias revoluções liberais não almejavam uma discussão precípua em torno da igualdade entre os homens⁶, a qual era utilizada somente em seu sentido formal, sobejamente para garantia de não interferência econômica do Estado na vida privada⁷, conforme a ideologia do *"laissez faire, laissez passer"*.

Com efeito, a igualdade traduz o pilar central do ordenamento fundamental e da democracia, propiciando a inadmissibilidade das distinções eventualmente fixadas por um regime excessivamente liberal. Segundo Silva (1997, p. 206), por tal razão:

a burguesia, cônica do seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que se assenta a democracia liberal burguesa.

6 Ferreira Filho (2004, p. 22) sustenta que a finalidade da Declaração de 1789 é a de "proteger os direitos do Homem contra os atos do Governo, e é expressa a menção ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. O objetivo imediato é de caráter pedagógico: instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais, "recordando-os" deles".

7 Conveniente o esclarecimento de Provesan (2006, p. 131-132): "No final do século XVIII, as Declarações de Direitos, seja a Declaração Francesa de 1789, seja a Declaração Americana de 1776, consagravam a ótica contratualista liberal, pelo qual os direitos humanos se reduzem aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, completados pela resistência à opressão. O discurso liberal da cidadania nasce no seio do movimento pelo constitucionalismo e da emergência do modelo de Estado Liberal, sob a influência das idéias de Locke, Montesquieu e Rousseau. Diante do Absolutismo, fazia-se necessário evitar os excessos, o abuso e o arbítrio do poder. Nesse momento histórico, os direitos humanos surgem como reação e resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controle e limites à abusiva atuação do Estado. A solução era limitar e controlar o poder do Estado, que deveria se pautar na legalidade e respeitar os direitos fundamentais. A não-atauação estatal significava liberdade. Daí o primado do valor da liberdade, com a sapeonacia dos direitos civis e políticos e a ausência de previsão de qualquer direito social, econômico e cultural que dependesse de intervenção do Estado".

Ao passo da previsão do art. 1º da Declaração Universal de 1948, no sentido de que todos os homens nascem e permanecem iguais em direitos, o próprio veículo normativo carregou instrumentos de equalização das desigualdades, prescrevendo direitos econômicos, sociais e culturais a partir do art. 22, consagrados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em cujo preâmbulo foram reafirmadas as características de indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos⁸, com a previsão do direito à educação em seu art. 13.

A defesa da igualdade material, amparada pelo fundamento republicano de justiça social, garante a implementação e manutenção de instrumentos de equalização das iniquidades sociais, essencialmente provocadas por desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis (SILVA, 1997).

Nessa esteira de raciocínio, vale destacar o registro efetuado no Relatório (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2005) onde se sustentou que a pobreza é um fenômeno multidimensional, que não se restringe aos aspectos socioeconômicos com os quais é frequentemente identificada. Registrou-se, ainda, que os pobres são vistos como uma categoria privada de bens econômicos e sociais facilmente mensuráveis. Por tal razão, as medidas voltadas para combatê-la não ultrapassariam o campo dos programas e das políticas sociais, corriqueiramente traçados sem a participação dos interessados.

Sobre a influência da política na pobreza foi afirmado:

Poucos estudiosos enfrentam a dimensão política da pobreza, abordando os processos históricos de destituição de poder da população submetida a essa condição, assim como a falta de representação desse contingente nas várias esferas de decisão do Estado, entidade eleita como fundamental nessa

8 Tal qual na Convenção de Viena de 1993.

análise. É nesse âmbito que residem os aspectos primordiais para entender tanto a pobreza sócio-econômica dos brasileiros de origem africana quanto a persistência dessa situação no tempo (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2005, p. 42).

A discussão do problema da pobreza e da exclusão social envolve a identificação de grupos minoritários que comandam as estruturas de poder e as maiorias que sustentam seus privilégios. Contudo, como frisado em linhas anteriores, o acesso a bens como a educação não se ajusta a critérios apenas de ordem meritória, e a resolução de demandas judiciais que envolvem temas dessa natureza deve ser pautada sobre balizas de justiça distributiva, elemento imprescindível de adequação ao atendimento de normas morais universais externadas positivamente pela garantia de direitos fundamentais.

A sociedade, em razão de seus pluralismos, dentre outras variantes, como a estrutura político-econômica, não apresenta uma identificação de igualdade absoluta entre seus componentes; paralelamente, torna-se inadmissível uma desigualdade de intenso grau a ponto de impedir o exercício pleno da cidadania digna. Como enfatiza Rocha (1998, p. 118):

O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único.

Em suma, o Estado Democrático de Direito assenta-se em uma correlação mantida entre a garantia dos direitos fundamentais, a democracia e o desenvolvimento – pautado na expansão das liberdades –, em cujo sistema o princípio da igualdade é pilar exponencial de sustentação de uma sociedade plural e cidadã, na qual as pessoas são “iguais”, embora diferentes.

CONCLUSÃO

Não obstante o Brasil tenha inserido no texto constitucional a correção das desigualdades sociais como objetivo fundamental, observamos que as pesquisas indicam uma insuficiência da atuação estatal nesse campo, se comparados os índices de acesso à educação e distribuição de renda com os índices de crescimento econômico do país.

O desenvolvimento de uma nação não mais se atrela unicamente à constatação de crescimento de seu produto interno bruto, mas sobejamente à intensificação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Nesse diapasão, é necessário reavaliar o cenário da educação no país, a permanência de crianças e adolescentes nas escolas e o nível de investimento em ciência e tecnologia.

Nunca é demais ressaltar o efeito vinculante gerado pelos objetivos fundamentais no agir da administração pública, pois o Estado nada mais é do que a criação humana destinada à organização social com fins de concretização eficaz de todos os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BEDINELLI, Talita. Em 10 anos, só 27% saíram da pobreza. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=2723&lay=pde>. Acesso em: 14 out. 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 197 p.
- LOPES, José Reinaldo de. Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais. In: _____. *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001. 213 p. ,p. 91-106.
- ORTIZ, Maria Helena Rodrigues. A pobreza desde uma perspectiva de direitos humanos. In: _____. *Justiça social: uma questão de direito*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. 199 p.

PELAYO, Manuel Garcia. *El estado social y sus implicaciones*. Madrid: Alianza, 1985.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 516 p.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório de Desenvolvimento Humano: Brasil 2005*. São Paulo: PNUD, 2005.

_____. *30% das crianças não freqüentam creche*. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/noticia.aspx?id=377>>. Brasília: PNUD, 2006. Acesso em: 20 set. 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1998.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 409 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997. 816 p.



Jean Carlos Dias

O Controle Judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo

Resumo

O presente ensaio analisa o controle judicial relacionado a questões envolvendo a teoria e concretização dos direitos fundamentais tendo como pano de fundo as Teorias do Direito e do Processo contemporâneas. O texto demonstra como esses âmbitos teóricos se relacionam e como são interdependentes no atual contexto constitucional, filosófico-político e social.

Palavras-chave

Direitos fundamentais. Controle judicial. Teoria do processo. Teoria do direito.

Abstract

The present essay analyses the judicial control related to issues involving the theory and concretization of the human fundamental rights and having as its background the contemporary theories of Right and Procedure. The text demonstrates both how these theoretical scopes interact and how independent they are within the current constitutional, phylosophical, political and social contexts.

Key words

Fundamental rights. Judicial control. Theory of procedure. Theory of right.

O Controle Judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo

The Judicial Control: Fundamental Rights And The Theory Of Procedure

Jean Carlos Dias*

*Advogado. Doutor em Direitos Fundamentais e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFPA. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Unesa-RJ. Professor (graduação e pós-graduação) do CESUPA onde também coordena o Programa de Pós-graduação (lato e stricto sensu) em Direito. Professor Convidado da Escola da Magistratura do Estado do Pará, da Escola Judiciária do Trabalho – TRT 8ª Região, e da Escola Judicial do Amapá. Professor Convidado do Centro de Formação e Aperfeiçoamento Profissional do Ministério Público do Estado do Pará. Professor Convidado da Escola Superior de Advocacia do Estado do Pará e da Escola Superior de Advocacia do Estado do Amazonas. Professor convidado em diversos cursos de Pós-graduação mantidos por Instituições de Ensino sediadas em vários Estados da Federação entre elas, Universidade Federal da Bahia, Centro Universitário de Santa Catarina, Faculdade de Manaus e UFPA. Autor de vários livros e artigos publicados nacionalmente. Email: jean@bastosdias.com

1 INTRODUÇÃO¹

Os direitos fundamentais apresentam uma importante repercussão teórica nos diversos campos do Direito. Sob diversas tendências eles têm promovido a revisão de métodos de interpretação e aplicação dos institutos jurídicos tradicionais e, tanto quanto isso, promovido uma retomada dos aspectos valorativos das normas jurídicas positivas.

Esse fenômeno deriva não somente da evidente ampliação do sistema de direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, mas principalmente pelo desenvolvimento da Teoria do Direito, em especial, pela superação dos paradigmas positivistas.

Isso implica uma exigência de contextualização das teorias subsistemáticas como a do Processo, a do Direito Contratual, a Criminal, enfim um verdadeiro movimento de busca por compatibilização desses vários círculos com o sistema constitucional.

¹ Registro que as presentes reflexões são resultado de uma tentativa de sintetizar minha participação em um ciclo de eventos organizados pelo Prof. José Cláudio Monteiro de Brito Filho, que coordena a presente obra, e que foram promovidos pela Escola Judiciária do Trabalho da 8ª Região.

A esse respeito analisei em outro estudo:

o movimento de revisão da dogmática jurídica tradicional em função da irradiação da teoria dos direitos fundamentais coloca em destaque a necessidade de reconsideração dos primados estruturantes dos diversos subsistemas (DIAS, 2010, p. 25)

Essas várias tendências têm gerado uma rica produção intelectual e reposicionado os estudos jurídicos para um novo norte metodológico que deriva exatamente da reconstrução do Direito a partir de uma visão constitucional.

No campo do Direito Processual esse movimento revisionista adotou, com algumas ressalvas, o emblema “neoprocessualismo”. Embora algumas obras importantes² já tenham sido publicadas nesse sentido, persiste, na teoria do processo, uma

² Por todos ver Cambi, 2009.

abordagem centrada na análise de institutos derivados de uma visão positiva do Direito que, em geral, ignora o impacto dos direitos fundamentais nesse campo.

No presente ensaio pretendo demonstrar que, embora não tenha sido amplamente reconhecida e aclamada, há necessidade de uma nova teoria do processo de fundo constitucional e ancorada em uma perspectiva teórica que precisa ser devidamente estudada e que deverá reposicionar o estudo do processo.

De outro lado, argumentarei que esse reposicionamento é indispensável não somente por razões de cunho teórico, mas também para fazer frente ao fenômeno da expansão do judicial review em todo o mundo contemporâneo lançando um novo desafio aos estudos processuais.

2 A "FUNDAMENTALIDADE" DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De onde deriva a qualidade que alça os direitos fundamentais a uma condição basilar dentro de um sistema jurídico? Esse é o tema que pretendo examinar nesta seção.

Para fins terminológicos, vale a pena desde logo registrar que adotarei no presente texto a expressão "direitos fundamentais" como denotativa dos direitos humanos que receberam reconhecimento em uma Constituição. Uso, assim, conceitualmente, o critério da positivação constitucional. Naturalmente, essa opção não implica a adesão à tese de que a normatividade desses direitos deriva do registro no Texto Constitucional, sendo utilizada, aqui, apenas no plano conceitual. Desenvolverei melhor o tema adiante.

Quando se argumenta que os direitos fundamentais assumem um novo norte teórico para as disciplinas jurídicas, faz todo sentido perquirir a respeito das razões de uma tal afirmação, em outros termos, por

que esses direitos tem uma função estruturante nos sistemas jurídicos contemporâneos?

A resposta a essa pergunta, por peculiar que pareça não pode ser buscada no Direito Constitucional em si, mas na Teoria do Direito subjacente, isto é, a possível explicação para a "fundamentalidade" de certos direitos está no plano da concepção do que o Direito é.

Uma primeira forma de responder ao questionamento formulado no primeiro parágrafo desta seção é simplesmente postular que os direitos fundamentais devem ser respeitados porque derivam do processo de formulação do texto constitucional, em outras palavras, porque estão contidos em um documento jurídico dotado de normatividade.

Essa proposta de solução é que, com variações, faria o pensamento positivo. Basicamente o suporte dessa afirmação está sustentada na noção de que os direitos devem ser assegurados à medida que o processo de produção institucional de produção de normas tenha sido obedecido.

Essa vertente, assim, está comprometida com uma visão monista do ordenamento jurídico centrado na produção legislativa estatal como reduto de toda a juridicidade.

O cerne da questão pode ser observada na descrição de Gesta Leal:

ao lado dimensão ética e moral dos direitos humanos, impõem-se, principalmente na era moderna, a necessidade de se incorporar aos ordenamentos jurídicos constituídos, sob pena de não poderem, à luz da lógica jurídica dominante, ser objeto de proteção e implementação estatal (LEAL, 2000, p. 51).

O pensamento positivista, portanto, admite os direitos fundamentais como padrões jurídicos normativos desde que se enquadrem nos modelos de validade que adota. Isso implica dizer que não são admitidos como normativos valores que não tenham passado por esse crivo formal.

O esquema formal é bem sintetizado na reflexão de Dimoulis:

os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos (DIMOULIS, MARTINS, 2009, p. 47)

As consequências teóricas de limitar a juridicidade ao âmbito da atuação estatal e a insistente separação entre a moral e o direito são amplamente estudadas hodiernamente pelos críticos do positivismo jurídico^{3, 4}.

Em termos gerais, os mesmos argumentos que demonstram as limitações do positivismo como uma teoria do Direito alcançam o problema dos direitos fundamentais.

A renúncia a padrões morais para avaliar e validar a produção legislativa, ao mesmo tempo em que se apresenta como uma virtude para os autores ainda empenhados em obter a pureza do Direito, mostra-se inadequada e insustentável para os teóricos que pretendem exatamente reinserir a moralidade no plano jurídico.

O positivismo ascendeu à teoria dominante como contraposição ao jusnaturalismo, esta por sua vez, ofereceria uma resposta distinta ao problema que estamos examinando.

A explicação ancorada na vertente do direito natural sustentaria que a fundamentalidade deriva da existência de valores superiores e exteriores ao homem e à sociedade que não poderiam ser desconsiderados. Como aponta Dorado Porras, (2004, p. 54) a questão central é que essa teoria sustenta a existência de uma dualidade de bases normativas em um sistema jurídico – o direito natural e o direito positivo – sendo, contudo, que admite como axioma a precedência da primeira em relação à segunda.

A origem desses valores, contudo, é objeto de divergência entre o jusnaturalismo medieval e o moderno. Enquanto o primeiro os derivava do plano divino como uma tentativa de construção de uma ordem humana correlata à divina, o segundo a deriva da razão como meio de possibilitar a convivência social. A respeito do segundo, Javier Hervada, indica que :

O direito natural não quer dizer outra coisa além de que, em determinadas esferas da ação humana, há condutas racionais e condutas irracionais, há condutas condizentes com a reta razão e condutas contrárias a ela (HERVADA, 2006, p. 68).

Nesses termos o jusnaturalismo moderno sustenta que a razão é o critério para crítica das condutas humanas e que exatamente por isso os valores derivados de suas aplicações são essencialmente denotativos da condição humana e por isso mesmo têm precedência sobre o ordenamento jurídico positivo que deve apenas especificá-los.

Consoante a perspectiva jusnaturalista ao plano dos direitos fundamentais, poder-se-ia concluir que a “fundamentalidade” desses direitos decorre exatamente do fato de se constituírem dos valores essenciais reconhecidos por uma sociedade como paradigmas para ordenar a conduta humana e por via de consequência para a construção do direito positivo. Isso porque esses direitos se constituiriam como parâmetros aceitos de manifestação da reta razão para avaliação das condutas humanas.

A importância do jusnaturalismo como fundamentação ético-jurídica dos direitos deriva do fato de que, a despeito de sua decadência como teoria predominante do Direito em razão do prestígio das teorias positivistas, serviu de fundamento para um conjunto de estudos que acabaram por retomar a necessidade de contextualização do direito positivo frente a um sistema de valores de base moral.

³ Ver a respeito, por todos, Dworkin (2008).

⁴ Ver a respeito Dias (2007a, p. 27).

É tributário do jusnaturalismo a atual concepção de dignidade da pessoa humana tomada, por parte considerável da literatura especializada como elemento originador dos direitos fundamentais. Trata-se, porém, de uma concepção mais precisa e com implicações mais amplas considerando a pluralidade ética, jurídica e política das sociedades contemporâneas. A esse respeito, Silveira e Rocasolano (2010, p. 219) apontam:

O fundamento último dos direitos humanos é a dignidade da pessoa humana. Para o jusnaturalismo medieval, o caráter pessoal era o que determinava que o homem fosse a imagem e semelhança de Deus. O entendimento predominante no jusnaturalismo moderno, por outro lado, é o de que esse caráter está (como dado objetivo, real ou fato social) na peculiar existência do homem como ser racional, com possibilidade de realizar-se igualitária, livre e solidariamente junto aos demais seres humanos.

Nesse exato sentido, a matriz de pensamento jusnaturalista entra na contemporaneidade por meio do reconhecido da dignidade da pessoa humana como eixo central para a compreensão dos sistemas jurídicos.

Tanto quanto isso a dignidade assume ao mesmo tempo a feição de marco para as relações sociais como também para a própria ação estatal. Nesse sentido Gonzalez Perez (1986, p. 84) aponta:

Todos y cada uno, sin excepción, estamos obligados a respetar aa dignidad de los demás, considerando al prójimo como outro yo. Muy especialmente, el Estado viene ineludiblemente obligado a respetar e proteger la dignidade. Reconocida la persona y su dignidad , El Estado y demás entes públicos deben respetarla e protegerla.

É significativo que os Textos Constitucionais atuais, como o brasileiro⁵, tenham-se preocupado

⁵ Quanto aos demais Textos Constitucionais ver a respeito Sarlet (2002, p. 63).

em destacar a dignidade como marco critério de coerência da própria ordem constitucional. A esse respeito Sarlet aponta:

dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional (SARLET, 2002, p. 81).

Logo a dignidade expressa a fundamentalidade exatamente por se constituir no pano de fundo que justifica a própria formação da Constituição que dela derivam os direitos fundamentais.

Nesse exato sentido, não há mais como sustentar a fundamentalidade sem fazer recurso ao padrão de moralidade eleito pela própria Constituição e antes dela pela sociedade brasileira contemporânea como elemento de agregação dos direitos.

3 IMPLICAÇÕES DA FUNDAMENTALIDADE

Reconhecer a dignidade humana como fonte da fundamentalidade dos direitos consagrados na Constituição induz a persecução da identificação do papel que esses mesmos direitos devem gerar do ponto de vista da ordem jurídica e mesmo em relação à atuação do Estado.

Os direitos fundamentais exercem uma tripla função na dinâmica jurídica de uma sociedade contemporânea que assumo o modelo do Estado democrático de Direito regido pelo Constitucionalismo: a) função fundamentadora do ordenamento jurídico, b) função hermenêutica, c) função de guia para a formulação de políticas públicas.

Num estágio de desenvolvimento teórico em que as dimensões da moralidade, independentemente de sua positivação, têm evidente força normativa, sob a forma de princípios, os direitos fundamentais sendo derivados do fundamento essencial dessa moralidade

que é a dignidade humana tornam-se alicerces da ordem jurídica.

Isso ocorre porque os direitos fundamentais, no mais das vezes assumem a densidade de princípios com o grau de generalidade que lhes é inerente e por isso demandam a especificação a situações mais concretas que é o cerne da produção do direito positivo.

Desse modo, há uma relação necessária de coerência entre o complexo de direitos fundamentais e o desdobramento positivo que rege as situações jurídicas cotidianas. A positivação é uma estratégia institucional de simplificação e de redução de complexidade que, no entanto, não exonera os agentes de observar a compatibilidade entre os direitos fundamentais e as regras que os especificam.

A segunda função dos direitos fundamentais é servir de guia hermenêutico. Tomando como ponto de partida que o direito nas sociedades contemporâneas é uma prática argumentativa, nos termos expostos por Dworkin (1999, p. 271), as múltiplas e possíveis interpretações de uma norma devem ser testadas pelo critério da integridade.

Os direitos fundamentais formam um sistema de valores que oferecem os parâmetros a que os meios de criação do Direito positivo devem atender para poder alcançar a validade. É importante ter em vista que nas teorias não formais do Direito o conceito de validade é essencialmente substancial e denota uma relação de coerência com a produção jurídica de uma comunidade⁶.

Os critérios de correção derivam, assim, de uma argumentação de compatibilidade retrospectiva que, obedecendo aos padrões de justiça, equidade e proporcionalidade *lato sensu* sejam capazes de mais perfeitamente relacionar uma decisão com a cultura jurídica de uma comunidade.

Logo, diante de múltiplas possibilidades interpretativas a correta é a que melhor guarda coerência com esse referencial e melhor o explicita

do ponto de vista da compatibilidade no tempo.

Assim, os direitos fundamentais apresentam-se como banco de validação essencial para a solução de multiplicidade interpretativa diante de casos que incorram nesse grau de complexidade.

Por fim, na terceira função os direitos fundamentais exercem a função de parâmetro para a ação estatal na formulação de políticas públicas. Trata-se de um verdadeiro portfólio de valores que em última instância definem o programa de um Estado que se assume democrático e regido pelo Constitucionalismo.

Para os objetivos deste estudo é preciso ter em vista que a função fundamentadora e a interpretativa são nucleares para uma adequada concepção do papel dos institutos processuais tais como tradicionalmente estudados.

O primeiro nível de interação é que nosso sistema constitucional explicitamente consagrou um conjunto de direitos fundamentais cujo âmbito de incidência e aplicação é exatamente a prestação jurisdicional e mais propriamente as práticas interpretativas a ela correlatas.

Sendo esse o universo fundamentador não se podem compreender os institutos processuais senão a partir dessa relação de precedência. Isso, contudo, pode ficar incomodamente oculto quando ocorre o fenômeno da recepção constitucional do direito positivo.

No caso brasileiro, o fato de ser o direito processual regulado por regras anteriores à nova ordem constitucional fez com que a teoria do processo continuasse vinculada a um círculo temático e teórico claramente incompatível com o cenário normativo vigente.

Somente muito recentemente, começou o movimento de re colocação do direito processual face a esse ambiente constitucional mais amplo, e mesmo assim em termos ainda não explicitamente conectados com o sistema de direitos fundamentais processuais.

⁶ Por todos Dworkin (1999, p. 273).

Em outro aspecto, o da função hermenêutica dos direitos fundamentais, a situação é ainda mais grave. Os métodos interpretativos do direito processual são essencialmente os derivados do positivismo jurídico a despeito da realidade teórica ser claramente diversa.

O papel normativo dos princípios no âmbito da hermenêutica processual é claramente ignorado em função de um apego excessivo e seletivo ao primado do devido processo legal em sentido formal, o que torna a teoria do processo contemporânea claramente anacrônica.

Enquanto os diversos ramos do Direito se orientam naturalmente pelo norte representado pela dignidade humana e os direitos fundamentais que a desdobram, os estudos processuais continuam atrelados a uma dogmática descritiva dos institutos legais, revelando uma grave incompatibilidade sistemática.

É ainda relevante ter em vista que a expansão do Controle Judicial demanda uma re colocação do processo como veículo para a solução de controvérsias coletivas de grande repercussão social, tema que examinarei com mais vagar na seção seguinte.

4 O CONTROLE JUDICIAL - I

Como expus nas seções anteriores, o conjunto de direitos fundamentais deveria exercer importante papéis no cenário do sistema jurídico regido por nossa Constituição, em especial no plano do direito processual.

Destaquei que um dos impactos relevantes sobre o processo é que as questões relacionadas aos direitos fundamentais têm frequentemente assumido a forma de demandas coletivas judicializadas com grande repercussão social e que, por isso, exigem uma dinâmica processual que extrapole a mera discricção dos institutos legais para se inserir no debate efetivo do papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas.

No campo do controle judicial, alguns temas devem ser previamente examinados antes de ser possível demonstrar que a teoria tradicional do processo está em descompasso com a nossa realidade constitucional.

O ponto de partida é o exame das relações entre as funções estatais em nosso cenário contemporâneo, por isso examinarei dois pontos centrais. No primeiro tratarei do modelo de separação de Poderes adotado pelo nosso sistema Constitucional. No segundo ponto argumentarei que a ideia da segregação de Poderes tem um fim que é pertinente ao tema do presente ensaio.

a) Que separação de poderes foi consagrada pela Constituição Federal?

A experiência constitucional brasileira tem sido construída tendo como base a evolução social e política do nosso povo, mas também tem recebido, como todos os demais países do mundo, influência estrangeira.

No que diz respeito ao atual sistema constitucional, conquanto o pluralismo de fontes de referências tenha sido enorme, não se pode deixar de dar crédito à experiência constitucional americana e francesa que por motivos óbvios influenciaram todo o ocidente.

Entre as diversas contribuições que ambas ofertaram ao modelo constitucional brasileiro está sem dúvida alguma o princípio da separação de poderes.

Os que questionam o sistema de separação de poderes sustentam seus argumentos nas supostas concepções de Montesquieu. Afirmam que o pensador francês entendia o princípio da separação de poderes como uma verdadeira segregação sem qualquer possibilidade de intervenção interna.

Vale destacar, porém, que essa versão é errônea por duas razões: a) não é coerente com o pensamento

de Montesquieu; b) não corresponde à concepção brasileira do princípio da separação que é muito mais próxima da versão americana.

Em sua obra, Montesquieu estabelece que a liberdade depende de uma clara e bem delineada separação de poderes, fixando, assim, o âmbito de incidência de cada um deles com a finalidade de que o jogo interno de exercício dessas prerrogativas seja suficiente para conservá-la.

Naturalmente o conceito de liberdade que Montesquieu tinha em mente difere bastante do conteúdo que podemos chamar de atual, como aponta Bonavides (2001, p. 158) "Trata-se da liberdade individual, que tem por sede o homem, a sua personalidade inviolável, a liberdade, elevada ao grau de direito natural."

É de se esperar assim que a proteção à liberdade que é o norte da concepção de Montesquieu determine uma ênfase mais acentuada à ideia da separação dos poderes. Na visão do pensador francês a separação se constituía no melhor e mais efetivo modo de garantia do indivíduo, pois permitiria a conformação de um sistema endógeno de freios e contrapesos, eficaz o suficiente para impossibilitar o exercício arbitrário do poder de forma a ceifar a liberdade.

A tônica que adota em seu discurso é muito mais tendente a uma delimitação do exercício segregado dos poderes de forma mais rigorosa: "Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes" (MONTESQUIEU, 2000, p. 168). Desde logo percebe-se que em Montesquieu a separação de poderes deveria ser levada a sério para usar uma expressão de Dworkin.

Hamilton, Madison, Jay (2003, p. 416) analisam essa posição que foi invocada pelos críticos do modelo constitucional americano então em debate, procurando estabelecer seus contornos no âmbito americano.

Embora a leitura apressada de Montesquieu possa levar à conclusão de que o sincretismo entre os poderes pode induzir à perda da liberdade, argumenta Madison que esse efeito somente ocorrerá se estivermos tratando da completa absorção de um poder pelo outro. Assim, o pensamento de Madison é no sentido de que a perda de liberdade é ocasionada quando um poder é suprimido em sua atuação autônoma no momento em que o titular de um outro poder passa a exercê-lo completamente.

Logo a usurpação de um poder pelo outro induz a configuração da situação de arbítrio institucional que estabelece um ambiente altamente arriscado do ponto de vista da proteção à liberdade individual.

De outro lado, demonstra que o exercício de parte do poder, isto é, exercício de determinadas atribuições que seriam próprias de um outro poder não configuraria por si só o comprometimento do sistema de separação.

Deste modo, justifica a possibilidade de que determinadas funções judiciárias e executivas possam ser exercidas pelo poder legislativo e nesse diapasão reconhece que a Constituição pode estruturar um modelo de exercício residual de funções entre os diversos poderes sem que isso signifique o rompimento do sistema de separação.

A experiência americana, assim, procura ter um postura mais flexível em relação à separação dos poderes do que a visão da teoria de Montesquieu que se poder chamar de rígida.

Tal tendência explica-se pelo fato que a revolução americana contava com instituições acentuadamente mais plurais e democráticas que as francesas exatamente por estarem em um estágio menos consolidado, possibilitando assim uma abertura no exercício dos poderes consentânea com a Constituição então em gestação.

Uma posição excessivamente rígida poderia gerar o comprometimento da atuação dos poderes e

tanto quanto isso inviabilizar o sistema de controle recíproco que se constituía em verdadeira pedra de toque do pensamento constitucional americano.

Exatamente por isso Madison insiste na defesa desse sistema de atuação "imprópria" uma vez que essa forma de atuação possibilitaria um importante e eficaz controle interno dos poderes.

O célebre federalista chega a afirmar que se não houver esse tipo de atuação (imprópria) o verdadeiro equilíbrio dos poderes torna-se irrealizável.

Para sustentar essa percepção aponta para a preponderância dada ao poder legislativo pela Constituição americana o que levaria a um desequilíbrio dos poderes o que somente pôde ser corrigido pelo fortalecimento dos demais poderes com a finalidade de dar-lhes meios de resistir às invasões do legislativo.

Então, na versão americana, vemos o princípio da separação dos poderes comportando uma aplicação constitucional mais flexível exatamente para permitir uma atuação mais eficaz dos poderes equilibrados por esse exercício impróprio que atua como outra ferramenta de freios e contrapesos.

Não parece haver dúvida de que há uma divergência entre o pensamento que se atribuiu a Montesquieu e o pensamento federalista no que se refere às supostas invasões de um poder em outro. No entanto essa divergência parece ser apenas aparente, uma vez que Madison demonstra que o próprio Montesquieu admitiu a atribuição de funções impróprias aos poderes.

De fato, na leitura de *O Espírito das Leis* (MONTESQUIEU, 2000, p. 174) verifica-se que o pensador francês admite para garantir a justiça, igualdade e liberdade que determinadas funções judiciárias sejam exercidas pelo legislativo, notadamente no caso dos julgamentos dos nobres e de atenuação das leis excessivamente rigorosas.

Então, o exercício de certas funções judiciárias pelo legislativo que as exerceria em caráter impróprio

ou inespecífico não seria situação desconhecida de Montesquieu que não chegou a considerá-las como quebra da separação.

Em sendo assim, Madison parece lograr resultado positivo ao demonstrar que essa divergência era infundada e resultante de uma análise equivocada do "oráculo" francês.

Não por acaso BONAVIDES (2001, p. 161) indica que:

Não só reconheceu Montesquieu a inevitabilidade de legítimas interferências recíprocas, como se capacitou da imperiosa necessidade de andarem os poderes em concertos, visto que seu repouso ou imobilidade, qual seria de desejar, é contrariado pelo movimento necessário das coisas;

Logo aquela visão rígida quanto à separação de poderes atribuída a Montesquieu em razão de uma leitura transversal de sua obra não pode ser ratificada.

De resto vale o pensamento de Canotilho (1999, p. 110) ao pontuar que: "Hoje tende a considerar-se que a teoria da separação de poderes engendrou um mito. Consistiria esse mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados". Adiante define que "mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes" (CANOTILHO, 1999, p. 111).

Assim torna-se evidente que mesmo no pensamento originário havia espaço para mútuas interferências como meio indispensável de controle.

Assim a tese de que a separação de poderes estaria comprometida pela interferência de outros poderes somente seria verdadeira se isso importasse na usurpação capaz de violar a liberdade individual.

Como se não bastasse a demonstração límpida de que a teoria de Montesquieu não referendaria a tese que a ele é atribuída, vale dizer que o pensamento francês tem um peso relativo na formação de nossa teoria constitucional.

Não resta dúvida de que a experiência constitucional brasileira, no que diz respeito ao conteúdo do princípio da separação, seguiu mais proximamente a tradição americana que em certo sentido reconstruiu a noção desenvolvida pelo pensador francês.

Acosta Sánchez (1998, p. 60) anota a esse respeito que

Transladada a América, la teoría europea de la separación de los poderes produjo resultados imposibles en Europa, en tanto fuente inmediata del primer constitucionalismo y fuente mediata de Ley suprema y de la primera jurisdicción constitucional de la historia.

Essa percepção tem sido consagrada pela doutrina jurídica brasileira que hodiernamente assume como integrante do postulado da separação de poderes o sincretismo no exercício impróprio das funções estatais.

Nesse sentido Medauar (2003, p. 30) reconhece que “a fórmula originária não se ajusta totalmente à realidade político-institucional dos Estados”.

Assim, a doutrina brasileira há muito assentou – em conformidade com o pensamento dos federalistas americanos – que o sincretismo das funções estatais é uma realidade consagrada no nosso sistema sem qualquer prejuízo ao princípio.

b) O que é protegido pelo princípio da separação de poderes?

Os modernos sistemas jurídicos estão estruturados de modo a aliviar a tensão entre o constitucionalismo e a democracia e o fazem por diversos modos e técnicas institucionais.

Um dos meios mais eficazes é a estruturação de um conjunto de cláusulas que não possam ser modificadas ainda que de forma qualificada, constituindo-se, assim, no fenômeno da superconstitucionalidade.

Ao analisar tais disposições Vieira (1999, p. 24) analisa que

Estas não apenas criam dificuldades quantitativas ao legislador, mas obstáculos intransponíveis – pois, diferentemente das demais cláusulas constitucionais não podem ser alteradas ou abolidas.

Essas disposições referem-se a um conjunto de valores que estruturam a própria ideia de democracia e por isso condicionam toda a produção constitucional originária ou derivada.

Em essência essas cláusulas não somente estão endereçadas às gerações futuras como de certo modo refletem exatamente um compromisso positivo com a garantia da democracia.

Com isto se infere que a democracia não se constitui em um estado inerte, pelo contrário, está em contínua evolução e mutação e as cláusulas intangíveis buscam expandir e ampliar esse estado inicial e ao mesmo tempo preservá-lo.

O condicionamento que essas cláusulas impõem ao legislador ordinário e reformador não importa em uma restrição antidemocrática, mas sim uma virtual maximização da democracia.

As cláusulas superconstitucionais, assim, possibilitam a exclusão de certas modificações futuras tanto para garantir a estrutura estética do Estado como também para preservar direitos.

Nesse sentido expandindo o campo de incidência do princípio, ACKERMAN (1999-2000, p. 640) anota que a separação de poderes está comprometida com alguns ideais que se constituem como verdadeiros objetivos:

The first ideal is democracy. In one way or another, separation serve (or hinder) the project of popular self-government. The second ideal is professional competence. (...) The third ideal is the protection and enhancement of fundamental rights.

Pois bem, basta ter em vista esses ideais para vislumbrar que objetivos estão previstos nos sistema constitucionais que consagram o sistema de separação dos poderes.

O primeiro objeto diz respeito à democracia, isto é, ao sistema de auto-governo representado classicamente pela garantia de ampla e equitativa participação no processo político de cada sociedade.

O segundo objeto protegido pelo princípio da separação de poderes tal como defendido por Ackerman diz respeito à especialização da atuação estatal. É de se esperar que a separação dos poderes acabe por gerar um conjunto de experts capazes de atuar eficazmente e por isso cumprir com as missões que a Constituição lhes atribui.

Por fim o terceiro objeto protegido está relacionado com os direitos fundamentais⁷.

Como se pode observar, assim, o princípio da separação de poderes atua como uma verdadeira estrutura de organização do poder com a finalidade de atender a vários objetivos especificamente definidos pelos sistemas constitucionais.

Como garantia institucional, a separação configura um modelo de Estado onde as bases constitucionais estão comprometidas com valores e interesses sociais bem definidos.

Essa percepção já foi absorvida por setores da doutrina constitucional brasileira, tendo BESTER (2005, p. 298) defendido que “a separação de poderes existe primordialmente para limitar o poder em relação aos direitos dos cidadãos”.

Desse modo a segregação das funções estatais é um compromisso com a tutela dos direitos fundamentais. O fato de que o Poder Judiciário está sendo demandado para concorrer com a atuação dos demais poderes ou funções não significa que o primado da separação esteja sendo enfraquecido ou colocado em risco.

As pretensões das sociedades massificadas contemporâneas têm exigido não a superação da separação entre as funções estatais, mas sim uma nova dinâmica institucional que pressionam não somente o aparelho estatal como colocam em xeque a teoria do processo.

5 O CONTROLE JUDICIAL – II

O núcleo da questão envolvendo os direitos fundamentais e o controle judicial tem em sua mais rasa e evidente percepção a tensão decorrente entre as funções estatais. Proteger os direitos fundamentais implica necessariamente uma redefinição do papel do Poder Judiciário e tanto quanto isso na estruturação de meios eficazes de execução no plano jurisdicional capazes de induzir a conduta dos titulares das demais funções.

Pode-se questionar por que a realização dos direitos fundamentais depende do controle judicial. Essa pergunta comporta duas ordens de argumentos distintos e, contudo, relacionados. A primeira linha deriva da posição específica do quadro de atribuições do Poder Judiciário e, em última instância, representa uma releitura de suas características institucionais; a segunda linha de argumentos estrutura-se na própria estratégia constitucional de proteção a tais direitos.

É amplamente reconhecido e deriva mesmo tanto do Texto Constitucional quanto das leis de fundo processual um conjunto de prerrogativas que se aplicam ao Judiciário e que integram, inclusive, o estudo tradicional da Teoria do Processo. Dentre esses elementos essenciais está a inafastabilidade da jurisdição e seu complemento material, o acesso à Justiça.

Nesse ponto é crucial para o desenvolvimento do que venho expondo ter em vista o sistema de acesso ofertado ao jurisdicionado. A evolução do direito de ação é importante para o que venho expondo pelo simples fato de que pode ser considerado como um termômetro adequado para medir o plano da igualdade envolvido na entrega de meios de apresentação de demandas ao Estado.

O ponto central é o direito de ação na Teoria da Jurisdição e, portanto, na Teoria do Estado, sofreu especialmente em razão dos estudos processuais do

⁷ Ver a respeito Alexy (1993).

século XIX uma evidente ampliação tanto de sentido como no plano puramente normativo-constitucional.

Isso deriva da derrubada teórica de restrições de acesso ao Judiciário, decorrentes de qualificações discriminatórias dos jurisdicionados, como, as restrições impostas a mulher ou mesmo aos pobres. A expansão do direito de ação é tão relevante que o acesso universal, no caso brasileiro, ganhou roupagem constitucional na consagração do princípio da inafastabilidade gravado no nosso artigo quinto.

Essa ampla possibilidade de acesso inaugurou uma representatividade diversa da engendrada pelo sistema político-eleitoral, cujo voto na nossa realidade sempre se revelou muito mais um referendo público ao eleito que um diálogo institucional efetivo entre representante e representado. A falência da representatividade parlamentar nas sociedades contemporâneas complexas, por outro lado, acabou por colocar o acesso ao Judiciário como espaço de interlocução, porém em um plano eficaz claramente distinto. Isso porque a Jurisdição está obrigada a oferecer uma solução e isso pode resultar em medidas coativas realmente capazes de alterar o plano da realidade e com isso concretizar a proteção dos direitos.

No âmbito do controle judicial, o acesso à Justiça apresenta-se como uma garantia institucional de diálogo com uma solução obrigatória de solução derivada da argumentação exposta pelas partes, mediada por uma autoridade capaz de fazer valer sua decisão, inclusive contra o próprio Estado.

O anverso dessa questão é que o controle judicial quando relacionado ao tema dos direitos fundamentais implica uma decisão cujo plano de eficácia deriva não do plano deliberativo parlamentar cujos parâmetros são de fundo político-eleitoral, mas sim da autoridade da decisão judiciária ao reconhecer a necessidade de proteção daqueles direitos.

Em outro estudo expus:

O controle judicial, assim, manifesta-se como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos que integram uma sociedade. Fallon, ao analisar esse tema, aponta que o sentido básico do controle judicial é exatamente retirar algumas decisões do âmbito político (DIAS, 2007a, p. 99).

Não poderia ser diferente, na esfera judiciária o reconhecimento de direitos fundamentais decorre de sua constatação em função dos elementos da Teoria do Direito, quer em decorrência da necessidade de observância de regras positivadas, quer fazendo recurso aos princípios, em outros termos, a norma jurídica aplicada deriva de um trabalho metodológico e teoricamente distinto do que ocorre no âmbito parlamentar.

A inafastabilidade, então, ganha um outro sentido, não somente como garantia de possibilidade de defesa de direitos face a efetivas ou possíveis violações, mas sobretudo como acesso a práticas discursivas capazes de gerar o mútuo esclarecimento e chegar a uma decisão vinculativa. Por isso, o acesso meramente instrumental, tal como, geralmente, aceito pela doutrina processual, não dá mais conta do que efetivamente o conceito significa.

O que de fato é assegurado é o debate qualificado, isonômico e mediado por técnicas processuais que asseguram um discurso dialógico, isto revela uma base pública de justificação que, enfim, apresenta-se como parâmetro para o exercício do poder em uma sociedade.

Em um ambiente estruturado nesses moldes, a deliberação social ocorre por meio de agentes processuais realmente empenhados em compreender o problema e buscar soluções eficazes e cuja prestação de contas para com seus mandatários é imediata, trata-se, assim, de ampla realização da ideia de contestabilidade que é núcleo do conceito de razão pública nas mais influentes teorias políticas contemporâneas⁸.

⁸ Ver a respeito Dias (2007a, p.84).

Logo a teoria do processo precisa examinar como as condições representativas dos fundamentos necessários para as práticas discursivas precisam estar estruturadas para que possam apresentar-se, efetivamente, como instância de justificação pública das decisões.

Destaquei esse ponto em uma obra de cunho processual:

O processo é uma garantia, que vai além disso, adentrando o campo da legitimação política do Estado quando funcionaliza a Jurisdição. Disso decorre a necessidade de colocar os estudos processuais para além da preocupação meramente positiva. Sobretudo, é indispensável adotar uma perspectiva de salvaguarda do instrumento em face do seu compromisso com os direitos humanos (DIAS, 2007b, p. 27).

A garantia de público acesso ao Judiciário, assim, é mais que o direito de ação propriamente dito, é, em realidade, a assecuração de práticas deliberativas pautadas por critérios que viabilizam o uso público da razão, sobretudo, quando em pauta a definição e concretização dos direitos fundamentais.

A segunda linha de argumentação a que me referi no segundo parágrafo desta seção é relacionada à estratégia constitucional de proteção aos direitos fundamentais.

Um dos aspectos marcantes dos direitos fundamentais é que há intensa litigiosidade acerca de seu alcance concreto no plano fático. O tema já foi bem estudado por Dworkin (1999, p. 112) ao tratar de conceito e concepção no Direito, mas é preciso manter em vista como isso ocorre na formação da Constituição.

No momento da formação constitucional pode ocorrer que determinados direitos fundamentais sejam tão amplamente reconhecidos que sua consagração já explicita sua forma de concretização com deveres estatais e sociais bem definidos no próprio Texto.

Quando, contudo, um determinado direito não alcança o nível de consenso necessário para uma completa descrição normativa e operacional, a estratégia constitucional redonda em projetar a discussão para o futuro e para a resolução de situações litigiosas específicas, em outros termos, transfere-se do plano constitucional para o jurisdicional.

Esse tipo de interação foi bem analisado em estudos comparativos e em investigação de experiências constitucionais recentes⁹, demonstrando que a expansão do Controle Judicial não deriva propriamente de um vácuo, mas de uma opção realista no momento de deliberação constitucional.

Dito isto, é natural que o ambiente processual em que o controle judicial revela-se deva ter compromisso com práticas deliberativas capazes de exteriorizar os requisitos constitutivos de um plano de justificação nos termos do uso público da razão.

Logo há a formatação do processo não apenas como instrumento para a decisão, mas como direito de participar na construção do sentido normativo de direitos fundamentais com respaldo da própria Constituição.

Nesse exato sentido, há uma complementariedade entre os direitos fundamentais incompletos (no sentido que antes expus) e o direito processual como parâmetro para o uso público da razão. Essa afirmação tem implicações conceituais relevantes.

Usualmente os manuais de direito constitucional costumam diferenciar entre os direitos fundamentais, aqueles que consagram posições jurídicas protegidas e aqueles meios de assegurá-las, denominando essas últimas de "garantias" fundamentais. Essa tática tem por evidente finalidade estabelecer dois universos distintos de proteção e claramente não considerar os direitos processuais como "verdadeiros" direitos fundamentais.

⁹ Ver a respeito Ginsburg (2003).

Se efetivamente observada a complementariedade derivada da estratégia constitucional de projeção da deliberação para o ambiente judicial, a distinção não somente não faz o menor sentido, como deve ser abandonada.

Os direitos processuais são direitos fundamentais de natureza deliberativa que permitem que os cidadãos possam, no âmbito judicial, preencher as lacunas normativas constitucionais, sendo por isso mesmo direitos de participação política qualificadas no seu mais alto grau, de certo modo, legatários do Poder Constituinte originário.

Tomado o problema nessa dimensão, todos os direitos fundamentais são igualmente dignos de proteção e de concretização em patamares capazes de obter um sentido de dignidade construído coletivamente em diversos ambientes sem qualquer hierarquia institucional.

6 CONCLUSÃO

A teoria do processo gravada pelo signo do individualismo acabou sendo estruturada historicamente como uma tentativa de descrição dos institutos legais que regulam o processo ou, quando muito, uma proposta de identificação de que elementos teóricos informaram a construção dos sistemas legais.

A abordagem tradicional não identifica *prima facie* nenhum papel relevante da Teoria do Processo no campo da interpretação, aplicação e concretização dos direitos fundamentais e muito raramente consegue se conectar com o tema do controle judicial.

Tanto quanto isso, há uma inerente tendência de isolar o conhecimento processual das questões materiais tendo por objetivo manter a emancipação científica do direito processual.

Esses três fatores – individualismo, desconexão com os direitos fundamentais e cientificidade –

são as tendências que tornam a teoria do processo contemporânea anacrônica.

Os pontos que abordei demonstram particularmente que é indispensável repensar o papel do processo no cenário constitucional e político, e, tanto isso, contextualizar esse domínio do conhecimento às mais influentes perspectivas teóricas a respeito do fenômeno jurídico.

A expansão do controle judicial determina várias frentes distintas de reposicionamento do conhecimento jurídico, sendo de especial relevância o da Teoria do Processo.

A Jurisdição do século XXI é a dos direitos fundamentais, do fortalecimento do Poder Judiciário na formação das ações estatais e da retomada da moral ao campo da Teoria do Direito, forçando, assim, uma visão mais complexa e rica dos conflitos.

Exatamente por isso é preciso reestruturar o mapa temático do processo para fazer frente a esse novo cenário.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 633-729, nov./jun. 1999-2000.
- ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998. 378 p.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2005. v.1.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009. 528 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007a. 175 p.

_____. *Curso crítico do processo de conhecimento*. Curitiba: Juruá, 2007b. 239 p.

_____. Problemas contemporâneos de teoria dos direitos fundamentais: esboço para uma investigação abrangente. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo (Coord.). *Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade*. São Paulo: Método, 2010. 255 p.

DIMOULIS, Dimitrios; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1, 304p.

DORADO PORRAS, Javier. *Jusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Dykinson, 2004. 126 p.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. 295 p.

GONZALEZ PÉREZ, Jesus. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986. 225 p.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Campinas (SP): Russel, 2003.

HERVADA, Javier. *O que é direito?: a moderna resposta do realismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 176 p.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000. 224 p.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003. 463 p.

MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 851 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 157 p.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, María Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010. 259 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. 256 p.



José Claudio Monteiro de Brito Filho

Direito Fundamental à Saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário

Resumo

Artigo que pretende discutir o direito fundamental à saúde como um direito de cada ser humano, estabelecendo o liberalismo de princípios como um modelo teórico adequado para fundamentar esse entendimento, a partir, principalmente, da concepção contemporânea de justiça distributiva de John Rawls.

Palavras-chave

Direito fundamental à saúde como direito individual. Liberalismo de princípios. Justiça distributiva. John Rawls.

Abstract

This paper intends to discuss the fundamental human right to health as every individual's right, establishing the liberalism of principles as an adequate theoretical model to underpin this viewpoint and starting the proposition markedly from John Rawls' contemporary conception of distributive justice .

Key words

words: Fundamental right to health as individual's right. Liberalism of principles. Distributive justice. John Rawls.

Direito Fundamental à Saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário

The Fundamental Right To Health: Proposing a Conception Which Recognizes The Individual as its Recipient

José Claudio Monteiro de Brito Filho*

* Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor Titular da Universidade da Amazônia (UNAMA), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA), Procurador Regional do Trabalho aposentado, Professor Associado II da UFPA aposentado. Email: jclaudiobrito@brasil.com

1 CONTEXTUALIZANDO A DISCUSSÃO

O direito do ser humano à saúde é tema que tem ocupado minhas reflexões já há algum tempo, especialmente pela natureza de alguns argumentos que são apresentados para negar à pessoa o direito de viver – melhor seria dizer, sobreviver – em condições que lhe garantam exercitar suas potencialidades, dando curso às ações necessárias para o cumprimento de seu plano de vida.

De fato, inúmeras razões têm sido apresentadas para justificar essa negativa, desde o argumento de que é preciso compatibilizar as necessidades das pessoas à capacidade do Estado de prestar os serviços necessários, até chegar à alegação de que o direito à saúde é um direito social, não devendo ser entendido como configurando um direito subjetivo de índole individual.

Nesse sentido, por exemplo, Scaff (2010, p. 29) que, tratando dos recursos para o financiamento dos direitos sociais, primeiro argumento acima indicado, afirma:

Ocorre que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar

de um lado, precisa-se retirar dinheiro de outro. Assim, seguramente, mais verbas para o ensino fundamental pode implicar menos verbas para o ensino superior, e a mesma disputa financeira pode ocorrer no custeio da saúde pública. Nestes casos, a *discrecionalidade do legislador* está presente (destaque do autor).

Outro que caminha no mesmo sentido é Amaral (2011, p. 92), para quem:

Administrar, em termos de saúde, é gerir recursos limitados para atender necessidades ilimitadas. As necessidades são ilimitadas porque a existência humana é limitada, assim, a luta pela saúde é, em última instância, a luta contra o inexorável.

Voltando a Scaff (2010, p. 30), agora em relação ao último argumento, leciona o autor:

É nítido que este preceito determina um direito à saúde através de “políticas sociais e econômicas”, porém a interpretação que vem sendo dada a este preceito é a de que este é um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, e não através da implementação

de uma política pública. *Aprimora-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual.* (destaques todos do autor)

No mesmo sentido, mas salientando uma ação que “transcenda” as demandas individuais, é o pensamento de Maués (2010, p. 270-271), que defende que pode o Judiciário atuar, desde que não respalde, por exemplo, “tratamentos não previstos oficialmente”, cabendo-lhe colaborar “com a distribuição mais equitativa dos bens relacionados à saúde”. Para esse autor, fica claro que o papel do Judiciário nas questões envolvendo o direito à saúde deveria estar voltado para que a discussão a respeito se dê, prioritariamente, no que chama de “campo por excelência” para as decisões em matéria de saúde, que é o “das leis orçamentárias”.

Outro que se posiciona de forma semelhante é o já citado Amaral (2011, especialmente páginas 111-112), que postula no sentido de que o Judiciário deve decidir para além da adjudicação em favor do autor envolvido diretamente no feito, impondo obrigações, “dentro de prazos e balizas postas [...] como técnica de solução”.

Respeitando a honestidade intelectual dos que defendem essas posições, penso que elas partem de premissas que não são as mais adequadas, embora aparentemente sejam corretas, chegando, como era de se esperar, a conclusões que não são as que favorecem o sujeito protegido no caso dessas normas, que é o ser humano.

A esse respeito, e de forma genérica, ou seja, para os direitos sociais como um todo, já havia, em 2008, publicado texto (BRITO FILHO, 2008a, p. 87), nele concluindo o seguinte:

[...] de pouco adianta consolidar a ideia de que há direitos mínimos garantidos a todos os seres humanos se ficarmos, sempre, postergando sua realização. Argumentos contrários, com aparência de legalidade e até de bom-senso, sempre existirão. O que todos precisamos decidir é se vamos ceder a esses argumentos, fazendo da vontade da

coletividade e da Constituição letras mortas, ou se vamos afastar esses argumentos contrários e materializar, de fato, o bem-comum.

De minha parte, penso que tempo é de praticar todos os atos necessários para que os direitos sejam concedidos, sem exceções, e sem condicionantes. Já é hora de todos termos o mínimo.

Nesse texto, escrito quatro anos atrás, defendi, como pode ser depreendido da transcrição acima, a plena realização dos direitos sociais, a partir da ideia de serem estes direitos componentes do mínimo necessário para o respeito à dignidade do ser humano¹, não fazendo sentido reconhecer a fundamentalidade de direitos se eles não serão respeitados no patamar adequado.

Agora, focando especificamente no direito à saúde, pretendo discutir, de forma mais restrita, a questão da realização dos direitos sociais em dois aspectos: 1) a realização do direito que, de fato, consiga suprir as necessidades do real destinatário; 2) a concepção teórica que melhor justifique a realização do direito.

A respeito dessa discussão em espaço mais restrito, devo, por uma questão de honestidade, dizer que não é só a importância do tema que me motiva. Tanto quanto isso, o fato de ter passado, dois anos atrás, pela experiência de necessitar, por período razoável de tempo, de cuidados médicos intensivos e complexos, além de ter convivido com muitas pessoas nas mesmas condições, fez-me ver o acerto das posições que eu, até então, defendia como expectador, e não como participante².

¹ Para ver a relação direta entre a dignidade da pessoa humana (BRITO FILHO, 2008b, p. 29-42).

² Exemplo, apenas para ver desde logo a realidade do que defenderei mais adiante, no sentido de que, ao final, limitar o Estado à prestação de seus serviços de saúde em geral, é prejudicar os mais necessitados. No período em que permaneci internado no INCOR/SP em 2010, um hospital que presta serviços de excelência, mas que é público, conheci diversas pessoas que — usando aqui as palavras ditas por elas mesmas —, *mal ganhavam para sobreviver*, e que tinham *cardiopatia sentinela* à minha, considerada grave. Sabendo o custo dos medicamentos e da fisioterapia indispensáveis no período posterior à internação, de custo alto para mim, mesmo membro do Ministério Público e professor, e de desembolso, do ponto de vista financeiro, provavelmente impossível para elas, fico pensando como *heij sobrevivem*, se é que *ainda sobrevivem*.

Tratando-se de um breve ensaio, registro que é possível que as questões não possam ser tratadas de forma completa. Contento-me, todavia, em ao menos enunciar as questões principais para esse debate.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO UM DIREITO DOS INDIVÍDUOS, A PARTIR DE UMA CONCEPÇÃO TEÓRICA QUE RECONHECE SUA JUSFUNDAMENTALIDADE

Os dois objetivos acima indicados estão, não somente pelo tema comum, interligados. É que é natural, em uma concepção de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais, que a pessoa humana seja considerada também em uma perspectiva individual, sob pena de ser esquecida a razão de ser do reconhecimento de um mínimo de direitos ao ser humano, que é proporcionar a cada pessoa o indispensável para que ela possa viver com dignidade.

E há, penso, uma concepção teórica que permite acolher essa ideia de forma natural, e que se vem convencendo chamar de liberalismo de princípios.

O tratamento que darei ao tema, entretanto, impõe, por uma questão somente lógica, o tratamento em separado, e na sequência que me parece ser a mais adequada.

2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO UM DIREITO DOS INDIVÍDUOS

Penso que, aqui, a primeira questão a ser tratada diz respeito ao fato de o direito à saúde ser indicado, no texto constitucional brasileiro, como um direito social.

É certo que o artigo 6º da Constituição da República prescreve, dentre os direitos sociais, a saúde; o que relaciona, de imediato, este direito a toda a coletividade, sendo, pelo que se depreende a partir do artigo 196, ainda do texto constitucional, esta a ótica preferencial, pela ênfase que é emprestada às políticas sociais e econômicas para a prevenção dos riscos da doença e para sua promoção, proteção e recuperação.

Isso significa que é dever, especialmente, do Estado, adotar as medidas necessárias para a preservação da saúde de todos os integrantes da coletividade.

Ocorre que é no mínimo incorreto entender o direito à saúde somente sob essa ótica. É que, do ponto de vista das pessoas, a saúde é, claramente, uma questão que envolve cada um dos indivíduos, não sendo possível raciocinar apenas pelo prisma coletivo.

Pensar diferente é imaginar que o ser humano, em relação ao direito à saúde, é somente uma parte de um todo, e que basta uma política geral para que o direito seja preservado, como se os problemas de saúde não se manifestassem de maneira individualizada em cada pessoa; como se as particularidades dos indivíduos não os levassem a ter ou não determinados agravos à sua perfeita condição física e mental; como se as necessidades de todos fossem sempre as mesmas. É óbvio que não é assim.

Por esse motivo, não obstante deva o Estado planejar e executar serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde das pessoas, concretamente cada pessoa estabelecerá com esse bem da vida uma relação de caráter individual.

As políticas gerais, então, não desobrigam o Estado de se relacionar, nas medidas das necessidades das pessoas, com cada um dos indivíduos, a partir de demandas concretas para a preservação de sua saúde.

Assim é que, ao lado do interesse de toda a coletividade de ter o Estado realizando todas as ações necessárias para a preservação da saúde de todos, há o interesse de cada indivíduo de ter a sua própria saúde garantida, por meio das ações convenientes para o seu caso concreto.

Nesse sentido é o que afirma Sarlet (2011, p. 141):

[...] o que satisfaz o mínimo existencial guarda relação com necessidades físicas e psíquicas que, embora comuns às pessoas em geral, não podem levar a uma padronização excludente, pois o que o direito à saúde assegura — mesmo no campo dos assim designados direitos derivados

a prestações (!!!), não é necessariamente o direito ao tratamento limitado a determinado medicamento ou procedimento previamente eleito por essa mesma política, mas sim, o direito ao tratamento para a doença [...]

É por isso que o direito à saúde constitui, sim, um direito subjetivo de cada indivíduo de exigir do Estado as medidas específicas para a preservação de sua saúde, e não somente aquelas que o Estado pretender prestar³.

A respeito do assunto, Mello (2011, p. 43-44), tratando genericamente do direito subjetivo do administrado em relação ao Poder Público, afirma que este existe quando:

- (a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica ou
- (b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou que pretenderia aceder nos termos da lei e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se não houvesse ruptura da legalidade, *nada importando que a ilegalidade arguida alcance a um ou a um conjunto de indivíduos conjuntamente afetados, por se encontrarem na mesma situação objetiva e abstrata.* (destaque do autor)

E mais adiante (p. 46), o mesmo autor registra que, se não houvesse a possibilidade de se fazer a correção, pela via judicial, das violações aos direitos das pessoas, os princípios da legalidade e da isonomia de pouco valeriam.

Já Sarlet (2011, p. 143-144), tratando especificamente do direito fundamental à saúde, embora afirme a preferência pela tutela coletiva, do ponto de vista dos objetivos que podem ser alcançados, deixa claro que há uma titularidade — “no que diz com a condição de sujeito de direitos subjetivos” — ao mesmo tempo individual e transindividual.

³ Defender que caiba ao Estado determinar onde e como vai atuar, no caso dos direitos fundamentais sociais — previstos na Constituição da República, e com a indicação de que é do ente público, em seus diversos níveis, a obrigação primeira de proporcioná-los —, é desvirtuar, sendo aniquilada a ideia de que, nestes casos, o Estado tem de ser visto como um prestador de serviços, e que não tem sua existência justificada sendo para prestar serviços públicos essenciais à comunidade.

De outro lado, sem fazer distinções, mas propondo uma busca mais intensa da tutela jurisdicional, tanto no plano individual como no coletivo está Piovesan (2010, p. 69), que entende que:

É necessário [...] avançar em estratégias de litigância no âmbito nacional, que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos econômicos e sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos, por meio do *empowerment* da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo.

No plano jurisprudencial, observa-se uma tendência dos tribunais, a começar do Supremo Tribunal Federal (STF), de reconhecer o direito de as pessoas pleitearem, individualmente, em juízo, as prestações que entendem devidas pelo Estado em matéria de direito à saúde, tendência que, penso, deve ser ampliada cada vez mais⁴.

Cumprir registrar que reconhecer o direito individual de pleitear o direito fundamental à saúde contra o Estado em juízo não é, ao contrário do que por vezes é afirmado, uma visão elitizante do direito à saúde, no sentido de que assim entender favorece os com mais recursos, e que podem mais facilmente demandar em juízo. Pelo contrário, favorece os que têm menos e, portanto, não podem suportar, ao menos no total, o custo da preservação ou da restauração de sua saúde.

A propósito, é preciso observar que nada há de incorreto em discutir, judicialmente, questões na esfera individual, afinal é, ao fim e ao cabo, o indivíduo que será beneficiado ou prejudicado com as medidas do governo. Além do mais, as ações coletivas nem sempre serão hábeis para prevenir ou reparar todas as lesões, pois podem investir contra situações gerais, mas dificilmente serão suficientes para reparar todas as lesões causadas a cada um dos indivíduos e muito menos serão hábeis em casos de urgência⁵.

⁴ Para uma análise a respeito das decisões judiciais a respeito, especialmente do STF, ver Mendes (2011, p. 709-712) e Piovesan (2010, p. 58-62).

⁵ Isso reconhece, por exemplo, Scalf (2010, p. 29), quando, embora diga que não é papel do Poder Judiciário substituir o Legislativo, afirma que: “É certo que muitas medidas de caráter urgente devem ser proferidas visando salvar vidas ou resolver situações emergenciais”.

Essa é uma das formas, embora não a única, de dizer não à discricionariedade estatal. Afinal, as políticas públicas decorrem de mandamentos previstos no ordenamento, não são criações, sem base alguma, dos governantes. As ações estatais devem obedecer à lógica da prestação dos direitos fundamentais de forma plena, e não à lógica mesquinha dos governos, mais preocupados com seus projetos de poder. Um exemplo: é habitual o fornecimento — seletivo — de medicamentos para algumas enfermidades graves, enquanto que para outras, também graves, não. Ora, permitir a discricionariedade é aceitar que o governo tem o direito de dizer que doença vai tratar, e quem deve viver, o que é, sob qualquer ótica, inaceitável.

2.1 O LIBERALISMO DE PRINCÍPIOS DE RAWLS COMO CONCEPÇÃO TEÓRICA SUFICIENTE PARA SUSTENTAR O DIREITO FUNDAMENTAL DOS INDIVÍDUOS À SAÚDE

Cabe agora indicar a concepção teórica que, combinada com o modelo de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais que é adotado no Brasil, justifica o direito dos indivíduos à saúde.

Penso que essa concepção é o liberalismo de princípios, que Vita (1993, p. 22) também denomina de liberalismo kantiano, e Gargarella (2008, p. XIX) de liberalismo igualitário.

Antes disso, é preciso explicar qual a importância de discutir uma concepção teórica específica para justificar a defesa do direito individual à saúde, como sustentado no item anterior.

É que as posições contra ou em favor do direito individual à saúde não são apresentadas sem uma concepção teórica específica, não obstante nem sempre isso seja indicado de forma expressa. Identificá-las permite entender porque algo que parece óbvio: o dever do Estado de oferecer o básico aos indivíduos, que no caso aqui discutido é a saúde plena, pode ser singelamente negado por diversos autores, como se fosse algo normal.

Começando com as posições mais radicais contra o direito individual à saúde, penso que é possível

perceber uma insatisfação contra o direito em si, ou seja, contra a obrigação do Estado de proporcionar saúde a todos.

É como se, em não sendo possível desobrigar o Estado do “ônus” de proporcionar saúde, tentassem os que entendem que assim deveria ocorrer limitar ao máximo o direito dos indivíduos, circunscrevendo a obrigação estatal a um espaço controlado pelo próprio Estado, onde é possível limitar o direito, ao ponto de torná-lo bem menor do que o que é imposto pelo texto constitucional, e muito abaixo do que é necessário para os seres humanos.

Esse entendimento se enquadra no que Piovesan (2010, p. 60), tratando de algumas decisões judiciais contra o direito individual à saúde, chama de ótica liberal clássica, concepção que, hoje em dia, é chamada de libertarismo.

Para o libertarismo, o Estado tem um papel bem restrito, não lhe cabendo proporcionar às pessoas direitos sociais. A concepção libertária fica clara nas palavras de um de seus expoentes, Nozick (2009, p. 21), que afirma:

[a]s principais conclusões que retiramos acerca do estado são as de que um estado mínimo, limitado às funções estritas da protecção contra a violência, roubo, fraude, execução de contratos, e por aí em diante, justifica-se; e que o estado mínimo, além de correcto, é inspirador. Duas implicações dignas de nota são a de que o estado não pode usar os seus instrumentos coercitivos com o objetivo de obrigar alguns cidadãos a ajudar outros, ou de proibir determinadas actividades às pessoas para o próprio bem ou protecção delas.

Mas essa não é a única concepção que pode ser percebida. Há claramente os adeptos do utilitarismo que, ao defenderem um atendimento limitado, que até pode ser suficiente, embora de forma precária, para uma boa parte da população, julgam que os casos que discrepam dessa atenção mínima são somente uma exceção. Essa é uma visão que, ao contrário do que dizem alguns de seus defensores, só é compatível, em

caso de uma necessidade maior em matéria de saúde, com as possibilidades de uma minoria que supre um atendimento mínimo e insuficiente investindo seus próprios recursos. É uma visão elitista, então, por criar uma diferenciação baseada na capacidade de o indivíduo empregar sua própria renda para suprir uma deficiência na atuação estatal.

A respeito do utilitarismo, só para lembrar, ensina Vita (1993, p. 13) que:

[O] utilitarismo é uma teoria ética teleológica, isto é, uma teoria que define o que é correto ou justo fazer em função de uma concepção da boa vida humana. Essa concepção, no caso do utilitarismo, é vazia de conteúdo próprio, já que resulta da agregação de preferências e desejos *de facto* dos agentes, sem que a motivação ou a validade dessas preferências e desejos sejam colocadas em questão.

Já Kymlicka (2006, p. 11) indica que, na forma mais singela, o utilitarismo “afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade”. Mais adiante (p. 25), o mesmo autor afirma que, no utilitarismo, as preferências dos indivíduos não são satisfeitas quando contrárias ao que “maximiza a utilidade de maneira geral”.

Essas duas passagens, mais a anterior, de Álvaro de Vita, deixam claras algumas questões próprias do utilitarismo: a predominância do bem sobre o justo, sendo o resultado o que indica o ato como moralmente correto, bem como o fato de que, no utilitarismo, as preferências dos integrantes dos grupos minoritários são ignoradas, desde que se maximize a utilidade e se contemple a maior parte dos indivíduos.

É o que acontece, por exemplo, quando um governo afirma, normalmente de forma triunfante, que a medida que vai adotar possibilitará, por exemplo, que 90% das crianças tenham educação básica. Aparentemente tem-se aqui uma boa medida, pois a maioria das crianças será alfabetizada. O problema é que, na verdade, o que se está a dizer é que, por causa da medida adotada para cumprir

uma obrigação essencial do Estado, 10% de todas as crianças serão excluídas do direito de ter educação formal, normalmente as mais necessitadas.

Já Rawls (2002, p. 31) rejeita o utilitarismo por diversos argumentos, podendo ser citado o fato de o utilitarismo — ao contrário da justiça como equidade, que afirma que os princípios de justiça são objeto de um consenso original — estender “à sociedade o princípio da escolha feita por um único ser humano”. Para Rawls, não há sentido em haver a regulação de uma associação de pessoas, em uma sociedade plural e em que as pessoas têm interesses distintos, a partir da “extensão do princípio de escolha para um único indivíduo”. Rawls, a propósito, na mesma obra (p. 30), chega a afirmar que o “utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas”.

O problema, no Brasil, a respeito da utilização do utilitarismo, é que essa utilização é agravada pela sua apropriação por aqueles que ainda acreditam, de forma literal, nas velhas ideologias de “esquerda”, pois estes, tenho observado, pensam que a justiça distributiva deve ser pensada não como um modelo em que o Estado é obrigado a proporcionar o mínimo a cada indivíduo, e que vai depender, é claro das necessidades mínimas de cada indivíduo em relação a alguns direitos, mas sim em um mínimo imutável.

Para eles, acredito, bem comum é proporcionar o mesmo, da mesma forma, a todos, em um nivelamento por baixo que não faz sentido. Tratando-se de um bem como a saúde, em que as necessidades são individualizadas, esse pensamento deveria ser considerado uma bobagem, não fosse o componente trágico dessa cruel opção, que é negar o direito à saúde a cada um dos indivíduos.

Para encerrar o item, e reveladas, ao menos como vejo, as motivações teóricas para posicionamentos tão conservadores na questão debatida, vou indicar qual o modelo teórico que pode justificar um tratamento mais qualitativamente igualitário para todos em matéria de direito à saúde.

Esse modelo, claro que atualizado e compatibilizado com as normas brasileiras a respeito

desse direito (à saúde), é o modelo de justiça distributiva construído a partir das concepções de Rawls (2002), e chamado de justiça como equidade.

Sintetizando a ideia de justiça distributiva, atualmente, essa concepção se esteia no reconhecimento, como afirma Fleischacker (2006, p. 12), de que “alguma distribuição de bens é devida a todos os seres humanos, em virtude apenas de serem humanos”.

Sob esse prisma, o autor (*idem*) indica as premissas necessárias para o moderno conceito de justiça distributiva, e que são:

1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem;
2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem;
3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares;
4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e
5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.

Ela é feita por Fleischacker, obviamente, sob uma perspectiva liberal igualitária, ou de princípios, como principalmente venho denominando, pois toma por base que a distribuição deve ser feita a todos os indivíduos, nessa condição, sendo que se pode sintetizar as premissas acima em duas partes: cada indivíduo é merecedor de direitos básicos, sendo que uma certa parcela de bens materiais está compreendida nesses direitos, garantir que ocorrerá a distribuição desses bens — entendida a distribuição como algo factível — compete principalmente ao Estado.

E em relação ao direito fundamental à saúde, onde a ideia pode ser encontrada, na teoria de Rawls?

Genericamente, em duas ideias caras ao autor. Primeiro, de que cada indivíduo deve ser levado em consideração, respeitadas as suas diferenças, o que já foi visto logo acima, quando mostrei o pensamento desse autor em relação ao utilitarismo.

Segundo, pelo que pode ser depreendido em um dos princípios de justiça enunciados por Rawls (2002), e que é chamado de princípio da diferença. Nele, Rawls defende o que tenho chamado de desigualdade controlada, e que pode ser explicado, de forma singela, assim: 1) ninguém pode ter tudo, mesmo que isso seja amealhado licitamente, pelo que, ao menos pela tributação, uma parte deverá reverter à sociedade; 2) ninguém pode ficar sem alguma coisa, cabendo aos indivíduos um mínimo que deve ser garantido⁶.

Em relação à saúde, o que é o mínimo? Claro que não pode ser um “mínimo de saúde”, sinônimo de uma vida precária. Só pode ser a saúde plena, no limite do que for possível, considerando o conhecimento disponível.

A única forma de fazer isso é admitindo que o direito à saúde também é um direito fundamental individual, e aceitando-se que o Estado, no caso em discussão o Estado Brasileiro, é obrigado a proporcionar a cada indivíduo o que for necessário para que esse direito seja satisfeito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como fecho das questões enfrentadas, permito-me fazer algumas considerações que refletem o que penso, embora, reconheça, neste item, em parte, haja um abandono da visão científica que procurei imprimir ao texto.

É que, em boa medida, isso traduz a minha perplexidade em ver criarem corpo teorias que negam

⁶ Há dos autores que podem aperfeiçoar essa discussão: Dworkin (2005) e Sen (2001). Essa discussão, todavia, por ser longa, não cabe neste texto, devendo ficar para outra oportunidade.

aos indivíduos aquilo que lhes é básico, mínimo, fundamental.

Devo começar dizendo que, quando há restrições na prestação dos serviços de saúde pelo Estado, o que este faz é: decidir quem atenderá, e quem não atenderá; decidir para quem fornecerá medicamentos, e para quem não fornecerá; decidir quem tem direito de participar da vida em sociedade, e quem não terá; mais que isso, decidir, às vezes, quem vive e quem morre.

Isso, sempre, prejudicará os menos favorecidos. Acolher concepções restritivas, para quem advoga soluções radicais e que culminam com a negativa do direito à saúde, penso, é só uma visão elitista, reacionária, digna, na melhor das hipóteses, dos herdeiros do libertarismo, e, na pior delas, de pensadores como Malthus ou Herbert Spencer⁷.

Para os que ainda postulam restrições, embora em menor grau, lembro que só há respeito ao direito fundamental à saúde se os serviços forem prestados de forma plena, e isso só acontece se a pessoa tiver preservado o seu direito à vida, e uma vida com saúde.

Para isso, a solução é dizer não à desigualdade, rejeitando-se teorias conservadoras e que só privilegiam quem já tem, subordinando o papel do Estado aos interesses dos governantes, e contra a sociedade, especialmente os menos favorecidos, sendo exemplos as teorias da reserva do possível, dos custos dos direitos, da prevalência da lei orçamentária, entre outras.

E os abusos – para que não se diga que não falei disso – que, infelizmente, em certos casos são cometidos, e que acabam servindo de mote para justificar a retirada do mínimo das pessoas? Que sejam coibidos, mas sempre sendo tratados como exceções, pois a regra de toda e qualquer comunidade deve ser a de ter respeito por seus integrantes, individualmente.

⁷ Para compreender um pouco a respeito das ideias desses dois autores sugiro ler: Malthus (1983); Brue (2006), e Fleischacker (2006).

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 462 p., p. 117-147.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do poder judiciário. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8. Região*, v. 41, n. 81, p. 77-87, jul./dez. 2008a. Suplemento especial comemorativo.
- _____. Direitos humanos : algumas questões recorrentes : em busca de uma classificação jurídica. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997)*. Belo horizonte: Del Rey, 2008b. 486 p., p. 29-43.
- BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. São Paulo: Thomson Learning, 2006. 553 p.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689 p.
- FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 264 p.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008. 261 p.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 409 p.
- MALTHUS, Thomas Robert. *Princípios de economia política e considerações sobre sua aplicação prática: ensaio sobre a população*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os economistas).
- MAUIÉS, Antonio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 367 p., p. 257-273.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011. 62 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 1544 p.

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Tradução de Vitor Guerreiro. Lisboa: Edições 70, 2009. 434 p.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. 219 p., p. 53-69.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2 ed. Tradução de Almiro Pisetta, Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 708 p.

ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997)*. Belo horizonte: Del Rey, 2008. 486 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 462 p., p. 117-147.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 367 p., p. 21-42.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001. 301 p.

VITA, Álvaro de. *Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. 131 p.



Luanna Tomaz de Souza
A Resposta Penal à Violência Conjugal no Brasil

Resumo

O presente artigo busca refletir acerca da resposta penal presente na Lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, criada no Brasil para o enfrentamento da violência doméstica e familiar cometida contra a mulher, explicitando as contradições entre as medidas de endurecimento penal e a perspectiva de emancipação/superação no campo do Direito Penal. É importante aprofundar este debate a fim de construir uma nova cultura jurídica, pois se a desigualdade entre homens e mulheres é patente, é mais ainda no âmbito do direito penal que expressa percepções acerca destas relações de gênero, construindo e/ou ratificando tais desigualdades seja ao colocar a mulher em situação de vítima ou de autora de um delito. Não é, portanto, o espaço mais adequado para dirimir certos conflitos, muitas vezes contribuindo para o seu acirramento.

Palavras-chave

Demanda Penal, Movimentos feministas e de mulheres, violência doméstica e familiar.

Abstract

The present article intends to provoke reflection by highlighting the penal response contained in Law n. 11.340/2006, the Maria da Penha Law, created with the purpose of confronting domestic and family violence inflicted against the women in Brazil, clarifying the existing contradictions between the measures of punishment toughening and the emancipatory / overcoming perspectives in the field of the Penal Law. It is important to deepen this debate so that a new judicial culture can be built. If there's an irrefutable gap in equality caused by gender, this gap is even clearer within the Penal Law which expresses views on the gender matter by constructing or ratifying such inequalities. It may be noticed either when the woman is posed as victim or as the author of a misconduct. This is not, therefore, the most indicated space to address certain conflicts, quite conversely it may contribute to their intensification.

Key words

Penal demands, Feminist and female movements, Domestic and family violence.

A Resposta Penal à Violência Conjugal no Brasil

Penal Responses to Domestic
Violence in Brazil

Luanna Tomaz de Souza*

* Professora da Universidade Federal do Pará (UFPA). Coordenadora do Programa de Atendimento às Vítimas de Violência do Núcleo de Prática Jurídica (NPP) - UFPA. Mestra em Direito pela UFPA e Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra-Portugal. Email: luannatomaz@ufpa.br.

Muito já se escreveu acerca das agruras do sistema penal. Quanto ao sistema penitenciário brasileiro convivemos com problemas como a superpopulação carcerária, condições desumanas nos presídios e altos índices de reincidência. Um sistema, para muitos, falido e sem condições de prosperar.

Segundo Falcón y Tella (2008), a origem da pena capital é antiga, tendo representações da mesma em pinturas rupestres. Na Idade Antiga e Média tem um caráter simbólico de reestruturação da ordem. O Direito Canônico lutou pela humanização e suavização do Direito Penal, mas é com o iluminismo que surgem movimentos promovendo uma diminuição, racionalização e humanização de seu uso.

Na década de 80, o debate criminológico que até então se concentrava em buscar as causas do cometimento dos crimes numa perspectiva muito determinista, passa a sofrer novas influências. Ganham força debates sobre as alternativas à prisão, participação da vítima no conflito, uso simbólico do direito penal e sobre a nova criminalização. Emergem diversas correntes que se posicionam de modo bem diferente.

Ganha expressão o abolicionismo radical¹ do sistema penal, que defende a ideia da radical substituição do sistema penal por outras formas de solucionar os conflitos sociais. Mesmo dentro de uma única denominação, o abolicionismo radical possui diferentes vertentes, cujos principais representantes são: o filósofo e historiador francês Michael Foucault com uma vertente estruturalista, o sociólogo norueguês Thomas Mathiesen, que desenvolveu uma vertente materialista de orientação marxista, o criminólogo holandês Louk Hulsman, com uma vertente fenomenológica e, poderia ser acrescentada, ainda, a vertente fenomenológico-historicista de Nils Christie.

O objeto da abolição ou minimização não é o Direito Penal, mas todo o sistema penal em que se institucionaliza o poder punitivo do Estado e sua complexa fenomenologia a que os abolicionistas chamam de "organização cultural do sistema de

¹ O abolicionismo radical resultou da crítica sociológica ao sistema penal, a qual se intensificou a partir da década de 70, e nisto se diferencia do abolicionismo da escravidão, da pena de morte ou da pena de prisão. Tem suas principais matrizes teóricas nos países escandinavos – Dinamarca, Finlândia, Suécia, Noruega, Islândia –, contudo, sua repercussão alcançou muitos outros países, inclusive na América Latina.

justiça criminal” e que inclui tanto a engenharia quanto a cultura punitiva, tanto a máquina quanto sua interação com a sociedade, de modo que se o sistema é, formal e instrumentalmente, o “outro”, informal, difusa e perifericamente somos todos Nós (que o reproduzimos, simbolicamente).

Nesse sentido, a expressão sistema penal envolve todas as agências de controle penal estatal (Parlamento, Polícia, Ministério Público, Judiciário, Penitenciárias), a totalidade das leis, teorias e categorias penais que orientam e legitimam a sua atuação e seus contatos com a rede de controle social, auxiliando a construção e reprodução da cultura punitiva que se enraíza nos indivíduos, na forma de microssistemas penais.

Segundo Hulsman, Celis (1993), temos um sistema penal que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto, em que a impunidade é a regra e a criminalização a exceção, e não se apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos, sendo difícil mantê-lo sob controle. É a ilusão de segurança jurídica. O objetivo do abolicionismo é assim a mudança da cultura punitiva, ou seja, que a população exercesse práticas abolicionistas no seu cotidiano, o que, com o tempo, levaria à abolição de todo o sistema.

O Direito Penal Mínimo também faz uma crítica ao Direito Penal com um olhar abolicionista, mas entende ser necessária uma política que se situe entre as ideias abolicionistas e a realidade. Para tanto, defende um Direito Penal mínimo e limitado por princípios legais e pessoais cuja missão deve ser a de assegurar os direitos humanos.

O minimalismo apresenta duas perspectivas. A primeira tem seu ponto de partida na deslegitimação do sistema penal para o abolicionismo, chamado de minimalismo como meio. Dentre os autores mais representativos desta perspectiva estão Alessandro Baratta (2000) e Raúl Zaffaroni (2000), que propõem estratégias de curto e médio prazo de transição para o abolicionismo.

A outra perspectiva parte da deslegitimação do sistema penal para uma relegitimação do sistema, seria o minimalismo como fim em si mesmo, também chamado de garantismo, cujo autor mais expressivo é Luigi Ferrajoli (1998), que acredita que o sistema penal possa ser relegitimado e apresenta um direito penal mínimo para uma sociedade futura.

Há uma grande polêmica entre estas duas perspectivas, sendo que uma destaca os custos sociais do sistema penal (minimalismo como meio) e a outra os custos sociais de uma possível anarquia punitiva (minimalismo como fim em si mesmo). Esta última entende que há a necessidade do sistema penal, por mínimo que seja, para assegurar as garantias dos “acusados” e da sociedade em geral.

Essa crítica ao direito penal tem-se aproximado ao debate progressista e tem contado com o apoio dos movimentos sociais. Todavia, no âmbito da violência doméstica e familiar, este tem sido um ponto de tensão com os movimentos feministas que têm apostado no direito penal como mecanismo para visibilizar e enfrentar violência cometida contra a mulher.

Segundo Celmer (2008), o anseio de satisfazer as necessidades de justiça da opinião pública faz com que haja um surto legislativo em matéria penal e a recorrência ao direito penal como solução, não mais como determinado pelo princípio da intervenção mínima, mas em *prima ratio*. Confere-se ao direito penal uma função eminentemente simbólica, também chamada de “efeito sedante”, para acalmar a opinião pública. Este anseio punitivo pode ser identificado como uma das causas da hipertrofia do direito penal.

A criminologia crítica sempre viu com reticências o direito penal, porque sob o discurso de proteger, acaba criminalizando os pobres e dando uma escassa proteção às vítimas. Desta feita, autores como Larrauri (2007), Celmer, Azevedo (2007), Campos (1998), Andrade (1997), dentre outros, têm produzido intensamente acerca deste diálogo

entre o endurecimento penal nos casos de violência doméstica e a perspectiva criminológica, sob um ponto de vista crítico.

Muitas feministas compartilham desta ideia, mas se veem com dificuldade de abdicar de um instrumento tão importante como o direito penal. Alguns grupos, mesmo sabedores dos riscos, advogam uma utilização dentro do mínimo possível. Afinal, as teóricas feministas realizaram diversos estudos sobre os efeitos simbólicos dos distintos discursos, práticas e instituições. Nesse sentido, conseguiram demonstrar que, quando a desigualdade social é a norma imperante a neutralidade é impossível, ou encaminhamos ações para eliminar a desigualdade ou nossa inação resulta em uma forma mais de reforçar e perpetuar as hierarquias e subordinações. Não se pode criticar o uso do direito penal de maneira simbólica, ignorando-se que tanto o direito penal vigente, quanto sua ausência têm efeitos simbólicos.

Para determinadas autoras, é preferível assim assumir os riscos na defesa dos direitos das mulheres. Uma das principais expoentes desta posição é Smaus (1992).

Para estas autoras incomoda a ideia de que o direito penal seja a *ultima ratio*, quando na prática não é o último recurso utilizado e não entendem porque deva começar a sé-lo na proteção das mulheres (MIRANDA, 2008).

A solução penal é utilizada pelas mais variadas instâncias de poder, incluindo movimentos sociais, como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. As medidas penais se tornam, assim, respostas simbólicas oferecidas pelo Estado para responder ao clamor social por segurança e penalização, sem que haja uma verificação da possível eficácia instrumental da medida punitiva para prevenção de delito.

Essa ânsia punitiva de alguns movimentos feministas pode ter várias explicações. De um lado

pode ser explicada, contemporaneamente, pela experiência de se viver em uma sociedade do risco (BECK, 2010, p. 23-43). Assim, a punição seria uma opção na busca por segurança, em uma sociedade repleta de incertezas, para contrabalançar a gama de medos, perigos e ameaças presentes na vida humana absolutamente imprevisível.

Do ponto de vista filosófico, uma explicação para o atual anseio punitivo pode ser encontrada na obra de Nietzsche (2002). Para o autor, a origem da punição está no desejo do homem em não esquecer e, conforme o autor, "*apenas o que não cessa de causar dor fica na memória.*" Desde essa perspectiva Nietzscheana, seria possível dizer que os movimentos, ao apoiar uma legislação penal mais rigorosa para os casos de violência cometida contra a mulher, demonstram um posicionamento repleto de ressentimento, ou seja, de desejo de não esquecer. Todavia é a dor que melhor mantém o fato na memória, então, para o esquecimento não acontecer, legislação penal mais severa, cada vez em doses maiores.

Essa ânsia punitiva tende a simplificar a própria compreensão do fenômeno da violência cometida contra a mulher, como se combatê-la significasse combater todas as formas de opressão contra as mulheres e a própria desigualdade de gênero. Segundo Larrauri (2007), passou-se de um discurso individualista para um discurso que relaciona tudo à desigualdade de gênero.

Uma abordagem mais adequada da violência cometida contra a mulher deve levar em conta também a agressão como uma relação de poder, entendendo o poder não como algo absoluto e estático, exercido invariavelmente pelo homem sobre a mulher, mas como algo fluido que perpassa a dinâmica relacional. O lugar mais adequado para lidar com esse tipo de conflito talvez não seja o sistema penal.

Com o advento da Lei Maria da Penha e os problemas em sua aplicação, já explicitados, tem-se

buscado uma defesa intransigente da lei, com vistas ao seu fortalecimento, evitando-se mecanismos de flexibilização. Prova disso é o movimento criado pela Articulação de Mulheres Brasileiras (2009) para evitar que o projeto de mudança do Código de Processo Penal Brasileiro, que prevê medidas para evitar o cárcere, alcance a aplicação da Lei, inclusive com coleta de assinaturas.

Alguns aspectos da Lei não são observados, todavia, pois em que pese esta falar explicitamente da necessidade de um tratamento especial ao agressor, existem pouquíssimos espaços destinados a isto no país, violando o previsto quanto a criação dos Centros de Educação e Reabilitação de Agressores como instituições judiciárias às quais os homens terão que comparecer tantas vezes quanto o/a juiz/a ordenar (Art. 35). Tais serviços esbarram na resistência da sociedade, das entidades do Judiciário, além da não compreensão de alguns grupos de mulheres, que acreditam que a prisão é a solução.

Na realidade, ao analisá-la mais detidamente, a Lei "Maria da Penha" fala da necessária reeducação, recuperação, educação e reabilitação. Contudo, não fica clara a diferença entre tais determinações, o que dificulta este tratamento adequado ao agressor. Em muitos países são criados grupos terapêuticos com fins não obrigacionais não assumindo assim o viés punitivo. Como a lei não esmiúça o caráter destes centros prevalece a dúvida acerca das melhores alternativas.

Um dos primeiros grupos de reflexão destinados a homens agressores se iniciou nos espaços do Centro Especial de Orientação à Mulher (Ceom) Zuzu Angel, de São Gonçalo, Estado do Rio, em 1999. Esta ONG, em parceria com a Prefeitura Municipal da cidade, oferece acolhimento e informação às mulheres em situação de violência e "monitora" o comportamento dos homens que passaram ou estão passando pelos grupos de reflexão.

Experiências como a do Juizado Especial Criminal da Violência Doméstica contra a Mulher de São Gonçalo, no Rio de Janeiro, revelam que menos de 2% dos homens que praticam violência contra mulher e participam de grupos de reflexão voltam a agredir suas companheiras. Há mais de dez anos o Judiciário local propõe a participação em grupos como alternativa para suspensão do processo ou mesmo cumprimento da pena. Nos 22 grupos já feitos na cidade, passaram 236 homens. Em São Caetano, no ABC paulista, o grupo de reflexão que existe há dois anos e meio registrou um único caso de reincidência. Em Nova Iguaçu, na Baixada Fluminense, os reincidentes são menos de 4%. Já uma pesquisa feita na Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de São Luiz, no Maranhão, onde não há grupos para homens, revelou que 75% dos agressores são reincidentes. Número superior à taxa de reincidência criminal geral, que no Estado de São Paulo é de 58% e no país, de 70% (ABONG, 2009).

Uma leitura ampla da Lei "Maria da Penha" revela que seu foco é mais a prevenção das questões relativas à violência, por isso se deve apostar na mudança de comportamento para além da punição, para que as relações também possam mudar. Até porque muitas mulheres retornam para o convívio com estes homens ou não os denunciam com medo de sua prisão, pois eles são arrimo de família, e também ficam preocupadas com a repercussão disto para seus filhos.

Nesse sentido, a Lei avança ao reconhecer que a violência conjugal é um problema que demanda tratamento multidisciplinar, porque não fala só em punir o agressor, mas entende que o agressor é alguém que precisa também de tratamento e a vítima precisa de atenção. Essa maneira de pensar ainda não é compartilhada pela sociedade em geral.

Contudo a estes homens deve ser dada a oportunidade de reconstruir suas relações em bases diferentes, o que por muitas vezes é a vontade da

mulher, ou mesmo de construir novas relações que não sejam pautadas pela violência. Prendê-lo significa limitar suas possibilidades de superação, pois terá sua liberdade cerceada para supostamente aprender a viver em liberdade, o que já é um contrassenso, num ambiente criminógeno e degradante, com alto potencial de estigmatização. Além disso, em muitos casos, ao sair da prisão toda a sobrecarga psicológica sofrida faz com que as situações de violência aumentem.

De modo algum podemos acreditar que as medidas punitivas devem ser a única aposta para a resolução do problema. Em realidade, o fenômeno da violência doméstica exige diversas iniciativas conjugadas, tais como, políticas preventivas que não têm sido desenvolvidas com tanta força como aquelas relativas à judicialização.

Quanto às medidas judiciais, mesmo superando a resistência na aplicação da lei por parte de alguns agentes do direito, percebemos que a grande demanda das varas somada a sua falta de estrutura tem levado à morosidade no julgamento dos processos. Sem contar a falta de necessária capacitação e sensibilidade dos agentes do direito que atuam nesses espaços, que por vezes alimentam situações de violência institucional. Isso revela como o sistema de justiça criminal ainda não está habilitado para lidar de forma adequada com estes casos.

Chama atenção também a pouca aplicação de medidas de reparação de danos em detrimento da sanção penal. Estas contribuiriam para ampliar a possibilidade do agressor de compensar a vítima e diminuir o papel do Estado e do Direito Penal. Para Falcón y Tella (2008, p. 281) "toda a população, deveria se converter em participante e não mera expectadora, em produtora de soluções em vez de uma mera consumidora delas".

Em verdade, nas situações de violência conjugal, é a demanda cível uma das maiores preocupações

das mulheres. São questões de cuja resolução a mulher precisa com mais urgência, tais como, pensão alimentícia, indenização pelos danos materiais e morais, partilha de bens, guarda. São impostos, contudo, inúmeros obstáculos para o atendimento destas demandas, como a própria falta de capacitação dos profissionais de direito que militam nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFCM) que têm formação penalista e a exigência de uma demanda penal iniciada, como o inquérito policial e/ou o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Essa falta de atenção às demandas cíveis alimenta a banalização da violência e o desrespeito aos direitos da mulher. Vigora assim uma lógica eminentemente penalista, não havendo um necessário diálogo entre dinâmicas judiciais tão diversas como a cível e a penal e a falta de criação de medidas para além da sanção penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência conjugal é uma realidade cruel de nossa sociedade. Os movimentos feministas, lutando pelo reconhecimento dos direitos das mulheres, conseguiram dar visibilidade ajudando na construção de políticas públicas e legislações voltadas ao tema em diversos países.

Em virtude da condenação na Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelo *Caso Maria da Penha Fernandes*, o Brasil precisou criar a Lei. Contudo tais recomendações em nada se referiam à obrigatoriedade de adoção de medidas penais para o combate à violência. Tanto que o anteprojeto, redigido pelo grupo de trabalho coordenado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (SEPM), não obstante propor mais uma hipótese de prisão preventiva, procurou não recorrer à expansão penal ao tentar aprimorar os Juizados Especiais Criminais

para lidarem melhor com o conflito complexo e específico que é a violência doméstica e familiar.

Entretanto a crítica de setores dos movimentos feministas e de mulheres no sentido do fracasso dos Juizados Especiais Criminais em lidar com estes casos contribuiu para minar a reflexão sobre um aperfeiçoamento das possibilidades de conciliação e outras alternativas ao encarceramento abertas pela Lei 9.099/95.

Foi, assim, no direito penal que boa parte do discurso estatal e dos movimentos acabou se pautando no âmbito do combate a essa forma de violência. De fato, não há como se abandonar o processo criminal, que se constitui – por meio dos atos formais – em garantia também do acusado, mas que se perceba que a apuração desses casos deva ser pensada, tendo-se sempre em mente a complexidade desse conflito e a extensão de seus efeitos no grupo familiar envolvido construindo-se múltiplas frentes de atuação.

O equívoco da banalização da cesta básica deflagrou a reação a modelos de mediação. Ao invés de avançar e desenvolver alternativas melhores para a administração de conflitos recorreu-se ao mito da tutela penal, expressão ela própria de uma cultura que queremos combater, do autoritarismo e da violência. Além do que a simples punição não trará aos agressores o sentimento de culpa, e mesmo que trouxesse, em nada repararia a integridade, já abalada, da mulher. É importante, nesse sentido, construir um diálogo entre os movimentos feministas e a crítica ao sistema penal para que sejam construídas alternativas à prisão que não revitimizem a mulher, mas garantam o respeito aos seus direitos.

Conforme ressalta Batista (2007), se, em sua origem, *feminismo e criminologia crítica* praticamente se ignoraram, já passou da hora de aprofundarem um profícuo relacionamento. Muitos autores, como Elena Larrauri e Alessandro Baratta tem defendido uma criminologia feminista, que somente pode desenvolver-se, de modo, cientificamente oportuno,

na perspectiva epistemológica da criminologia crítica. A criminologia feminista tem contribuído significativamente para a reflexão acerca de inúmeras questões, como o papel da vítima no processo penal e a relação do direito com as desigualdades de gênero.

O pensamento feminista atrelado à criminologia questiona o direito penal, para dizer que este não cumpre sua promessa de segurança jurídica, bem como a prisão não cumpre sua função ressocializadora, criminalizando os pobres e escassamente protegendo as vítimas. Por outro lado, o movimento feminista, ao tomar certos posicionamentos de defesa do direito penal como solução para o fim ou a diminuição da violência cometida contra a mulher, afasta-se em certa medida dos preceitos das correntes criminológicas progressistas.

É importante então aprofundarmos este debate a fim de construir uma nova cultura jurídica, pois se a desigualdade entre homens e mulheres é patente, é mais ainda no âmbito do direito penal que expressa percepções acerca destas relações de gênero, construindo e/ou ratificando tais desigualdades seja ao colocar a mulher em situação de vítima ou de autora de um delito.

As inovações trazidas com a lei, como, a criação de instâncias judiciais de competência híbrida não foram seguidas por uma adequada capacitação dos agentes do direito, que têm uma tradição penalista que aposta na persecução penal como legítima resposta estatal. Criar estruturas no Judiciário não leva necessariamente à efetivação de direitos, tendo sido observadas situações de precarização no atendimento e de violência institucional. Sendo assim, as políticas criadas não estão equipadas para serem motores da mudança social, não assumindo claramente uma perspectiva de gênero e de defesa dos direitos humanos das mulheres.

As legislações precisam estar apoiadas na ideia de promover aspectos processuais que possam favorecer a expansão da democracia, com o respeito às garantias

individuais, evitando-se a tendência contemporânea de recorrência a um direito penal simbólico para a suposta redução da violência.

A criminalização da violência doméstica e o aumento da sanção cominada a este tipo penal em pouco ou nada mudarão o cenário de injustiça em que vivem as mulheres brasileiras. O sistema penal não é âmbito adequado para resolver a discriminação de gênero, pois este é um problema estrutural da sociedade. Não basta condenar os homens à prisão, necessário se faz aflorar uma nova consciência nos homens e nas mulheres.

Nesse sentido, Zaffaroni (2000) traz uma importante contribuição ao debate ao defender apenas o uso tático e pragmático do poder punitivo, com alcance limitado e prudente, sem que isto inviabilize a estratégia maior (de mudança da sociedade) ao blindá-lo com uma legitimação geral e um valor simbólico.

É necessário traçar novas formas de resolução de conflito, sem reproduzir o discurso legitimador do direito penal e nem projetar expectativas ilusórias de que o sistema penal protegerá as mulheres da violência e equilibrará as relações de gênero, objetivos inviáveis de serem realizados num sistema que é seletivo, ou seja, que não utiliza princípios igualitários.

Em que pese a importância da luta pela visibilidade do fenômeno da violência conjugal, fazendo com que muitos casos alcançassem a esfera criminal, não podemos deixar que esta seja a única porta aberta para a mulher. Esta precisa ter respeitada sua autonomia inclusive de não querer recorrer ao sistema de justiça criminal, buscando a pacificação de seu conflito sem a visão paternalista do Estado, que muitas vezes vê esta mulher como "louca" ou "dependente" por sua escolha precisando da intervenção e tutela estatal.

As medidas não-penais de proteção à mulher em situação de violência mostram-se, em alguma situações, providências muito mais sensatas para

fazerem cessar as agressões e, ao mesmo tempo, menos estigmatizantes para o agressor, dando a ambos oportunidade para efetivamente superarem o conflito. De toda forma, devem respeitar os agentes deste processo não se impondo um modelo de justiça que historicamente tem-se revelado inadequado para dirimir os problemas de nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

ABONG. Grupos de reflexão para homens agressores "zeram" reincidência. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1767:grupos-de-reflexao-para-homens-agressores-qzeramq-reincidencia-abong-b-110309&catid=13:noticias&Itemid=7>. Acesso em: 30 jun. 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. 117 p.

ARTICULAÇÃO DE MULHERES BRASILEIRAS. Em defesa da Lei Maria da Penha! [s.l.:s.n.], 2009. Disponível: <<http://www.gopetition.com/petitions/em-defesa-da-lei-maria-da-penha.html>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

BARATTA, Alessandro. El paradigma de género: de la cuestión criminal a la cuestión humana. In: BIRGIN, Haydée (Org.). *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 39-84.

BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu: violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos de. (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 239 p.

BECK Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. 367 p.

CAMPOS, Carmen Hein de. *O discurso feminista criminalizante no Brasil: limites e possibilidades*. 1998. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

CELMER, Elisa Girotti. *Feminismos, discurso criminológico e demanda punitiva: uma análise do discurso de integrantes das organizações não-governamentais Themis e JusMulher sobre a Lei 11.340/06*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

_____. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Violência de Gênero, produção legislativa e discurso punitivo uma análise da Lei nº 11.340/2006*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 170, p. 15-17, jan. 2007.

FALCÓN Y TELLA, María José, FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 320 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998.

HULSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993. 180 p.

LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta, 2007. 152 p.

MIRANDA, Alessandra de La Vega. *Lei Maria da Penha: paradigma emancipatório à luz das considerações da criminologia crítica feminista*. *Revista Jus Vigilantibus*, 23 set.2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/36150>>. Acesso em: 30 jun. 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. S.l.: Centauro, 2002.

SMAUS, Gerlinda. *Abolicionismo: el punto de vista feminista*. *No Hay Derecho*, ano 3, n.7, sept./nov., 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El discurso feminista y el poder punitivo*. In: BIRGIN, Haydée (Org). *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*. Buenos Aires: Biblos, 2000. p. 19-38



Paulo de Tarso Dias Klautau Filho
Ativismo Judicial e Juízes Ativistas

Resumo

O artigo discute o ativismo judicial sob a ótica da Teoria do Direito, em especial a oposição teórica entre formalismo e realismo. Sustenta que, na prática judicial, nenhuma destas visões se concretiza integralmente e que a atuação dos juízes, de um modo geral, combina elementos das duas perspectivas.

Palavras-chave

Ativismo judicial. Exercício regular da jurisdição. Formalismo jurídico. Realismo jurídico. Ideologia e interpretação-aplicação do Direito.

Abstract

The article discusses the judicial activism through the perspective of the Theory of Right, especially the theoretical opposition between the formalism and realism. It maintains that within judicial practice none of these views is entirely achieved and that the judges' performances, in general, combine elements of both viewpoints.

Key words

Judicial activism. Jurisdiction regular practice. Judicial formalism. Judicial realism. Ideology and Interpretation – Right application.

Ativismo Judicial e Juízes Ativistas

Judicial Activism and Activist Judges

Paulo de Tarso Dias Klautau Filho

Doutor em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Master of Laws pela New York University (NYU). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Procurador do Estado do Pará. Email: klautau@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo sistematiza palestra que ministrei no I ENCONTRO JURÍDICO DE 2012 atendendo a honroso convite da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará.

O texto propõe uma releitura da discussão atual no Brasil sobre ativismo judicial e expectativas sociais sobre a atuação dos juízes à luz do debate entre a visão formalista e a visão realista na Teoria do Direito.

2 O ATIVISMO JUDICIAL ESTÁ NOS OLHOS DE QUEM O VÊ?

No imaginário jurídico-político, a figura do “juiz ativista” contrapõe-se à do juiz que se limita ao “exercício regular da jurisdição”. Tem-se que o juiz ativista é aquele que, desrespeitando os limites do princípio da separação de poderes, “legisla”. O juiz ativista é o juiz-legislador. Alegando que os juízes-legisladores extrapolam em suas funções, seus opositores defendem o que os norte-americanos chamam de *judicial restraint*¹, ou seja, uma postura

¹ Veja-se a defesa do *judicial restraint* por Stephen Breyer (2011), considerado um dos mais liberais dentre os membros da Suprema Corte Norte-Americana.

judicial constricta e autolimitada à precisa aplicação da Lei produzida pelos órgãos legislativos, dotados de legitimidade democrática.

O que, muita vezes, escapa a tais descrições ideais é que a percepção que se tem do ativismo judicial depende da concepção do Direito adotada pelo observador: o que para alguns caracteriza “juízes legislando” (ativismo judicial); para outros pode ser compreendido como a mera aplicação do Direito a partir de uma perspectiva mais ampla do ato de interpretar (exercício regular da jurisdição).

Se se adota uma concepção do Direito como um sistema de regras estritas, moralmente neutras, que devem ser aplicadas de forma mais ou menos mecânica por um judiciário deferente, muitas das decisões recentes do Supremo Tribunal Federal sobre temas como união homoafetiva, cotas raciais para universidades públicas e aborto de fetos anencefálicos serão consideradas “ativismo judicial”. Veja-se um exemplo explícito na seguinte manifestação recente de notório jurista brasileiro:

Velho advogado e professor, receio o protagonismo político atual do STF, que passou a legislar do aviso prévio à relação entre homossexuais.

[...] a Suprema Corte brasileira, constituída no passado e no presente por inclitos juristas, parece hoje exercer um protagonismo político, que entendo contrariar a nossa Lei Suprema. Para citar apenas alguns casos: empossar candidato derrotado – e não eleito direta ou indiretamente – quando de cassação de governantes estaduais (artigo 81 da Constituição); a fidelidade partidária, que os constituintes colocaram como faculdade dos partidos (artigo 17, § 1º); o aviso prévio (artigo 7º, inciso XXII); a relação entre homossexuais (artigo 226, § 3º); e o aborto dos anencéfalos (artigo 128 do Código Penal). Tem-se, pois, duas posturas julgadoras drasticamente opostas: a dos magistrados de antanho, que nunca legislavam, e a dos atuais, que legislam (MARTINS, 2012, destaques apostos).

A essa concepção opõe-se outra, segundo a qual, o Direito consiste em um sistema de regras e princípios, sendo as primeiras passíveis de reinterpretação em vista de seus *telos* e sentidos de justiça e os últimos abertos e abrangentes, capazes de dar moralidade política à atividade jurisdicional. Trata-se, em largos traços, da concepção defendida por Ronald Dworkin (2007)².

A primeira concepção do Direito, porque mais restrita, alarga o espectro do que se entende por ativismo judicial; já a segunda, porque mais abrangente, restringe o alcance do que se considera ativismo judicial, ampliando o espaço da interpretação no exercício regular da jurisdição³.

2 Remeto aos multicitados *Levando os direitos a sério* e *O Império do Direito*. Cabe, ainda, esclarecer que, ao contrário do que alguns pensam, Dworkin não defende uma irrestrita discricionariedade judicial contraposta a limites rígidos à atuação judicial impostos pelo "positivismo". Pelo contrário, Dworkin procura traçar limites mais nítidos à atuação judicial procurando responder questões que, como se verá adiante, ficam em aberto na teoria de autores como Hart e Kelsen.

3 Utilizo aqui a distinção proposta em post pelo Professor André Coelho (2011), do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Recomendo o blog "Filósofo Grego" como um dos melhores espaços virtuais para discussão da Filosofia do Direito contemporânea no Brasil.

3 OS JUIZES ENTRE O FORMALISMO E O REALISMO JURÍDICO

No plano da Filosofia do Direito, a defesa de um Judiciário predominantemente passivo filia-se ao chamado "Formalismo Jurídico"; enquanto a defesa do ativismo judicial decorreria das lições do "Realismo Jurídico".

A oposição entre "formalistas" e "realistas" também tem seu apelo no imaginário popular e no senso comum do jurista.

O modelo formalista, como se sabe, foi muito popular no século XIX e no início do século XX, especialmente com a chamada Jurisprudência dos Conceitos e com a Escola da Exegese.

Sustenta que o direito e sua aplicação estão sujeitos a determinados processos de decisão racional, ou seja, que é viável elucidar qual a resposta correta e justa para os problemas jurídicos concretos. A chave estaria no empenho conceitual de elaboração dogmática e de rigor normativo. As soluções jurídicas seriam geradas a partir de inferências lógico-sistemáticas, ou seja, de deduções extraídas de premissas aceitas *a priori* pelo ordenamento – mediante um silogismo jurídico, realizado pelo juiz, que se torna mais ou menos a *boca que pronuncia as palavras da lei* ou em um autômato da subsunção.

Este paradigma postula a onipotência normativa da lei, o domínio da razão jurídica ilustrada, o caráter objetivo/imparcial do juiz, a existência de uma solução única para os casos judiciais e a hipótese da plenitude hermenêutica do ordenamento.

A adoção deste modelo teve um papel importante no movimento de codificação na Europa no século XIX.

A base epistemológica do formalismo metodológico repousa na construção de um sistema jurídico unitário, uniforme e previsível. O trabalho do jurista se reduz, portanto, a um "cálculo de conceitos", no qual a dogmática, como disciplina essencialmente teórico-normativa e de exegese hermenêutica, tem um papel decisivo.

Contudo a concepção formalista perdeu, com o desenvolvimento das ciências sociais, da filosofia analítica e da epistemologia no século XX grande parte de seu atrativo original.

É difícil encontrar hoje um teórico do Direito que defenda, ao menos explicitamente, seus postulados hermenêuticos e sistemáticos.

Isto não significa que, de modo implícito (ou mesmo inconsciente), os pressupostos deste paradigma não continuem tendo influência, como se percebe pela forma em que usualmente trabalha a dogmática jurídica e pela nostalgia dos "magistrados de antanho", manifestada por Ives Gandra. Ecos do formalismo jurídico alimentam em muito a expectativa de que o juiz seja o "mero veículo" de regras jurídicas autoaplicáveis, a ilusão de que, como no jargão televisivo, "a regra é clara".

Contudo a dogmática tradicional encontra seus limites ao não reconhecer o caráter convencional da linguagem, nem a diferença entre o ser e o dever ser ou a diferença abissal entre o que as pessoas dizem que fazem e o que realmente fazem (todos estes constituem aspectos da crítica realista ao modelo formalista).

Trata-se, diriam os realistas, de uma metodologia de lei e não de pessoas. Uma visão do Direito que superpõe a vontade da norma à vontade do intérprete-aplicador, a sintaxe da lei ao arbítrio do juiz e a gramática à história singular do caso em exame.

Desse modo, surgem dois fortes argumentos contra as teses da concepção formalista: 1. a vagueza semântica e a polissemia do critério da correção para a solução única dos casos judiciais; 2. a inexistência de metacritérios para a seleção do método de interpretação mais correto.

A partir dessas críticas, o Realismo Jurídico sustenta que a metodologia jurídica formalista não tem qualquer sentido constitutivo ou essencial no processo de aplicação das normas jurídicas. Ou seja, os métodos da ciência do Direito servem para pouco ou nada (excetuando dar trabalho aos "juri-metodólogos" e professores que os cultivam).

A concepção cética e realista afirma não partir, em sua análise, de um desejo normativo do que a aplicação do direito *deveria ser*, mas de um estudo da prática judicial e da observação dos procedimentos realmente empregados para a busca e criação das decisões judiciais.

A apelação oficial a determinados métodos e argumentos, por parte dos operadores jurídicos tem, segundo esta corrente, uma função pseudocientífica, a saber, a legitimação *a posteriori* de uma decisão tomada *a priori* e de acordo com os desejos e pré-concepções meta ou extrajurídicas dos juízes:

Em conclusão [...], nossa metodologia acadêmica não significa, para o juiz, nem uma ajuda, nenhum controle. A práxis judicial – e isso é mais evidente para as instâncias encarregadas de investigar os fatos – não parte de 'métodos' doutrinários para a busca do direito, mas sim que essa metodologia utiliza esses métodos exclusivamente para justificar, *lege artis*, as decisões adotadas segundo a concepção do direito que consideram adequada e objetiva (ESSER, 1970, p. 7).

Nessa linha, para o Professor Bernd Ruthers, da Universidade de Constanza, o problema principal da metodologia tradicional, isto é, o problema da *interpretação* das normas jurídicas, não se resume à questão de simplesmente encontrar (*Rechtsfindung*) o direito vigente dentro de um sistema acabado, harmônico e unitário, mas sim de uma questão de criação judicial (*Rechtssetzung*) das normas aplicáveis ao caso concreto por parte dos tribunais superiores: "a tese de que um texto legal pode transmitir sempre um conteúdo normativo fixado de uma vez por todas, constitui um dogma ilusório da metafísica jurídica" (RUTHERS, 1999, p. 95). Partindo dessa premissa, Ruthers chega à conclusão de que "o direito criado pelos juízes permanecerá sendo nosso destino" (RUTHERS, 1999, p. 121).

Vale, ainda, referir ao ceticismo metodológico de Alejandro Nieto (2000, p. 187), o qual vai muito além da crítica do formalismo para alcançar as teorias da argumentação jurídica:

Esta é, para mim, a grande – e triste – especificidade da argumentação jurídica: sua inutilidade radical. Porque ninguém ‘escuta razões’: o vencedor, porque não necessita delas e o perdedor, porque nunca poderá ser convencido...⁴.

Tem-se, desse modo, que a dogmática tradicional formalista é extremamente otimista em relação às possibilidades da teoria do Direito e exige do juiz uma rígida submissão na aplicação de seus métodos no julgamento dos casos concretos. Daí, repete-se, a crença em conjunto de leis autoaplicáveis. Por sua vez, o ceticismo metodológico da posição realista leva à visão de que os juizes nada mais fazem do que fazer valer suas preferências pessoais sob a capa superficial de conceitos, regras e princípios jurídicos. Se assim é, advogavam expressamente os realistas norte-americanos, o juiz deverá assumir seu protagonismo para tomar as decisões mais aptas a promover a justiça social.

Esta oposição entre dois modelos teóricos extremados aparece subentendida em todo o debate sobre ativismo judicial no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988 e a atuação mais recente do Supremo Tribunal Federal.

Vale insistir, contudo, que o “juiz formalista” e o “juiz realista” constituem modelos teóricos e abstratos elaborados com o intuito de melhor compreender o fenômeno da aplicação do Direito. Parece-me que a compreensão deste aspecto é fundamental para se dimensionar melhor em que medida o “ativismo judicial” se verifica na prática cotidiana da magistratura brasileira. É importante para se separar retórica e realidade.

4 SUPERANDO A DICOTOMIA FORMALISMO-REALISMO

Brian Tamanaha, Professor da *Washington University School of Law*, constata que, nos Estados Unidos, a

⁴ Para um balanço crítico das correntes metodológicas da Teoria do Direito contemporânea, ver: Salas, 2009, p. 205-231.

oposição formalismo-realismo também domina o debate público sobre a atuação judicial. Para ele, contudo, estes dois extremos são falsos e conduzem a análises equivocadas sobre a prática jurisdicional. E assim é, porque, ainda que historiadores, juristas, cientistas políticos e, até mesmo, juizes tenham construído esta “crônica padrão” (*standard chronicle*), na qual as duas visões disputam a supremacia sobre a melhor concepção da atividade judicante, ninguém jamais aderiu inteira e concretamente a uma ou a outra:

Ninguém pensa que o Direito é autônomo e que o ato de julgar consiste numa dedução mecânica, e raro é o jurista que pensa que os juizes estão engajados na mera realização de suas preferências pessoais (TAMANAHA, 2010, p.197)⁵.

Para Tamanaha, este verdadeiro “mito” atende, sobretudo, à finalidade retórica de avaliar negativamente determinada(s) prática(s) judicial(is). Em outros termos, “formalista” ou “realista” (ou “ativista”) são insultos dirigidos a juizes de cujas decisões se discorda fortemente. Tanto é que, via de regra, nenhum juiz ou profissional do Direito se apresenta como “formalista” ou como “ativista”. As exceções ocorrem quando alguém se identifica com alguma das duas visões com a intenção de evitar ser associado com os excessos atribuídos à outra.

Desse modo, o que é frequentemente (e retoricamente) apresentado como um profundo contraste de posições sobre a prática judicial consiste muito mais em uma questão de ênfase: os rotulados como “formalistas” tendem a enfatizar as razões pelas quais os textos legais e os precedentes devem prevalecer, enquanto os seus oponentes (muitas vezes designados por “ativistas”) tendem a enfatizar os limites da letra lei e dos precedentes, ou seja, enfatizam a medida em que eles são insuficientes para lidar com novas situações fáticas, deixando lacunas que devem ser preenchidas por considerações de ordem extrajurídica.

⁵ As citações desta obra são versão livre para o português.

Tamanaha sustenta que a essas diferenças em ênfase “não são nem profundas nem agudas ao ponto de manter a antítese formalismo-realismo”. Os dois lados nos debates teóricos “partilham um fundamento comum que se aplica a maior parte do Direito e da prática judicial” (TAMANAHA, 2010, p.179). Este fundamento comum – chamado por Tamanaha de “realismo balanceado” (*balanced realism*) – contém tanto “uma consciência das falhas, das limitações e da abertura da lei” (o aspecto “realista”) como

uma compreensão de que, apesar de tais limites, as regras jurídicas funcionam, de que os juízes consideram-se vinculados e procuram ficar a lei e de que existem fatores sociais e institucionais relacionados à prática que restringem os juízes - o aspecto “formalista”- (TAMANAHA, 2010, p. 5-6).

O “realismo balanceado” não é um método. Trata-se de uma descrição sobre o que, de fato, ocorre na prática judicial. Em que pese voltar-se para o meio jurídico norte-americano, parece-me que é convincente e útil para o exame do que ocorre na atuação dos juízes no Brasil.

Entendo que, para além de oferecer uma descrição precisa de como as coisas acontecem, o trabalho de Tamanaha tem o mérito de apontar para o fato de que é impossível adotar de forma “pura” qualquer das duas posições teóricas das quais seu “realismo balanceado” é um amálgama.

A razão de tal impossibilidade se dá pelo dever do intérprete-aplicador sempre levar em conta o propósito, a finalidade da lei. O formalismo extremado coincide com a exclusiva análise da literalidade da regra jurídica.

Mas, sabe-se que uma regra não lê a si própria, só podendo ter seu sentido plenamente alcançado no contexto relacionado ao propósito que levou à sua edição. O exemplo preferido pelos teóricos do Direito foi formulado por H. L. A. Hart há mais de cinquenta

anos através da discussão da regra hipotética que dispõe: “veículos são proibidos no parque” (HART, 2007, p. 137-142). A resposta à indagação sobre o que é abrangido pela palavra “veículo” (bicicletas? cadeiras de rodas? *skates*?...) não se encontra na mera consulta ao dicionário. É preciso perquirir o que se pretende com tal regra. Definido o seu propósito, será possível delimitar seu alcance. Sem um propósito, não há como saber o que, dentro da vaga categoria “veículos”, está proibido.

Em suma, na prática, o “formalismo puro” não resiste ao fato de que presunções sobre o propósito subjacente restringem, constroem, gradam e moldam (determinam!) os possíveis sentidos que o intérprete-aplicador atribui a uma regra, ainda que de forma inconsciente. No caso do exemplo de Hart, automóveis estão no “núcleo de sentido” (*core meaning*) da proibição de veículos no parque, mas carrinhos de bebê e cadeiras de roda não. Sabemos disso com base no propósito implícito que atribuímos à regra, e não pelo significado literal da palavra “veículo”.

É certo que os diferentes intérpretes não pressupõem o mesmo propósito. Com isso, diferentes sentidos podem ser atribuídos à regra. Se se entende que a regra “veículos são proibidos no parque” foi instituída para promover a segurança de pedestres, bicicletas podem ser proibidas; mas se se pressupõe que a regra tem o intuito de eliminar a poluição sonora, nada impede o uso das bicicletas.

Por outro lado, pode parecer ao leigo que as interpretações judiciais são determinadas exclusivamente por considerações de ordem política. Mas as preferências políticas pessoais dos juízes são filtradas pelo aparato jurídico. Também não é possível ser um “realista puro”. Destaco, quatro aspectos.

Em primeiro lugar, atento que todo trabalho pressupõe um *medium*, algo que o trabalhador molde. O *medium* do intérprete do direito é o material jurídico considerado relevante para estabelecer o significado

da norma como aplicável aos fatos. Isto, certamente, inclui o dicionário, com suas definições, o dicionário de termos jurídicos, a doutrina, o conjunto das normas jurídicas, os precedentes, talvez princípios mais abstratos, talvez os debates legislativos. O fato é que tal material limita, constrange, o intérprete como o *medium* constrange qualquer outro trabalhador⁶.

Em segundo lugar, os juizes têm suas inclinações determinadas por sua formação e treinamento profissional (para lidar com o *medium* de seu trabalho) e pela sincera adesão à tradição doutrinária e jurisprudencial em que se inserem.

Em terceiro lugar, importantes limites vêm dos colegas de magistratura. Os juizes de primeira instância sempre podem ter suas decisões revistas e os de segunda instância devem lidar com decisões colegiadas.

Em quarto lugar, há mecanismos jurídicos, institucionais e políticos a limitar eventuais "excessos judiciais". No Brasil, tais mecanismos se exemplificam pelo processo cada vez mais intenso de vinculação dos magistrados às decisões dos Tribunais Superiores.

Desse modo, nem um juiz tem, de fato, a irrestrita possibilidade de ser um "realista puro" ou um "ativista" sem freios.

E, se não se pode ser nem um realista, nem um formalista, parece-me que cada juiz – independentemente do rótulo que use ou lhe seja atribuído – faz o seu trabalho mais ou menos do mesmo modo: enxergando a situação fática através das "lentes legais" do ordenamento jurídico; e, ao mesmo tempo, levando em conta consciente e/ou inconscientemente questões extralegis relacionadas às consequências das decisões e a, nem sempre indisputáveis, entendimentos sobre o propósito da Lei.

É inevitável, e não matéria de crítica, que fatores e considerações de ordem política e social permeiem a interpretação judicial, mas não se pode esquecer que este processo ocorre através de densos controles da tradição e da prática jurídica estabelecida.

Além disso, a influência maior ou menor dos fatores sociais e políticos é diferente em diferentes ramos do Direito. Pelo menos desde Kelsen e Hart, há uma concordância geral, na maioria dos casos, sobre o que os juizes estão fazendo e mesmo sobre o que eles devem fazer. Mas há também uma "região de incerteza jurídica", na qual as leis e os precedentes não oferecem orientação e limites claros. Nesta região, a visão do juiz sobre a vida, a sociedade e sobre os propósitos das leis (sua visão de mundo e do sentido de sua atuação profissional) entram necessariamente em ação.

No Brasil, a jurisdição constitucional tende, cada vez mais, a concentrar os casos surgidos nessa região de incerteza no Supremo Tribunal Federal (STF), o que torna adequada, também para nossa Corte, a seguinte observação de Brian Tamanaha (2010, p. 190):

[...] as visões políticas dos juizes da Suprema Corte (*justices*), os quais apreciam uma proporção maior de casos juridicamente incertos, possuem uma relação muito mais forte com suas decisões legais [...] em comparação aos juizes das Cortes de instâncias inferiores.

Isso não significa que os *justices* ou os Ministros do STF façam valer suas visões políticas de modo direto e automático. Eles afirmam e cobram uns dos outros que julguem "com isenção" e "segundo a letra da Lei". Suas visões políticas atuam através da discussão dos propósitos da Lei na ausência de estruturas interpretativas já estabelecidas.

Se um Ministro do STF, diante de um caso na zona de incerteza, acredita que a finalidade da Lei é proteger a propriedade privada, ele (ou ela) adotará uma determinada direção interpretativa. Se a sua

⁶ Adoto aqui a concepção de "medium do trabalho" de Duncan Kennedy (2008, p. 154-173), Professor da Harvard Law School, desenvolvida em instigante artigo no qual trata da relação entre ideologia e o trabalho judicial.

convicção, no entanto, for a de que o Direito tem como fim último o cuidado especial dos membros da sociedade em posição mais vulnerável, a direção interpretativa será outra.

Uma afirmativa dessa natureza pode, novamente, levar o leigo a rejeitar toda a prática do Direito como "puramente política". Tamanaha discorda, sem recorrer à defesa de qualquer tipo de "ativismo judicial":

Contanto que os juízes (*justices*), em seu processo decisório, estejam genuinamente buscando produzir uma resposta juridicamente correta, contanto que suas decisões sejam justificadas em termos de autoridade e argumentação jurídicas convencionalmente aceitáveis, isto caracteriza uma decisão jurídica com influências políticas e não uma decisão política com influências jurídicas (TAMANAHA, 2010, p. 198).

A posição de Tamanaha parece-me correta e conduz a algumas considerações finais sobre a relação entre ideologia e "ativismo judicial".

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: ATIVISMO JUDICIAL E O PAPEL DA IDEOLOGIA

Parto da convicção de que os juízes atuam normalmente buscando, conscientemente, realizar interesses ideais: eles escolhem uma estratégia de trabalho porque entendem sua atividade como algo ligado à "Justiça", que não é a mesma coisa que aplicação técnica do Direito.

A maioria das pessoas concorda (ainda que intuitivamente) que os juízes devem trabalhar na interpretação e têm que decidir como orientar seu trabalho com base numa concepção de Direito e de Justiça. De fato, seria considerada uma violação dos deveres do papel judicial decidir irrefletidamente a partir do significado inicial aparente da norma, uma vez que tivesse sido apontada a existência de outra possibilidade. A razão para isso é que o juiz sabe que o trabalho interpretativo pode mudar a aparência inicial.

Ele não pode tomar uma interpretação como "verdadeira" simplesmente porque, na primeira leitura, parece ser juridicamente autoevidente. Esse, o sentido da necessária revisão das decisões judiciais em cognição cautelar sumária ou mesmo das decisões em primeira instância.

Além disso, é exaustivamente comprovado que os juízes (e os juristas em geral) frequentemente orientam seu trabalho para o objetivo de tomar decisões que, nos limites já referidos do *medium* do Direito, tornem concretas as suas intuições e/ou convicções extrajurídicas de Justiça. Esses seriam os "ativistas" - acusados de fazer seu trabalho "ideologicamente".

No discurso legal contemporâneo, uma ideologia é um "projeto de universalização" (HABERMAS, 1984, p. 16-19), significando a asserção de uma concepção de justiça controversa, que para alguns é a mera racionalização de interesses de seus adeptos, mas que é defendida por seus partidários como servindo ao interesse de todos.

A busca de uma agenda jurídica reconhecidamente ideológica é considerada, por muitos, problemática para o juiz, porque uma leitura formalista da premissa da teoria liberal democrática da separação dos poderes sustenta que a ideologia não é para o judiciário, mas para a legislatura eleita democraticamente.

Muitos juízes respondem a isso dizendo que trabalham, ou tentam trabalhar, não ideologicamente. Mas quando o fazem, não escapam do fato de que sua audiência, e eles próprios percebem as diferentes decisões em casos difíceis e/ou semelhantes, como consequência de diferentes ideologias.

Duncan Kennedy (2008, p. 163) oferece curiosa tipologia das respostas dadas por alguns magistrados a esse dilema (e que me parece facilmente identificável por todos os profissionais que militam no fórum): a "bipolaridade" e o "centrismo" (*difference splitting*).

Na primeira, o juiz se diz ideologicamente "neutro", porque ele, de modo imprevisível, varia entre as alternativas vinculadas a ideologias conflitantes.

Na segunda, o juiz "dá algo a cada parte", mas não dá a nenhuma tudo o que pleiteia, numa clara confusão entre imparcialidade e ausência de convicção.

Digo isso, tão somente para concluir que ante a inevitabilidade da ideologia, a posição do juiz "ativista" que, conscientemente ou inconscientemente, busca promover uma concepção de Justiça em interação com a realidade jurídica em que se insere parece mais eticamente plausível.

Todo juiz sabe que o seu trabalho pode fazer a regra decisória se aproximar de suas preferências políticas, mas talvez ele não consiga ante os limites do meio jurídico. Ele tem o compromisso de aplicar a regra, caso não consiga desestabilizá-la (para aproximar sua decisão de sua inclinação ideológica) usando as técnicas jurídicas reconhecidas – ou seja pela pesquisa às fontes que podem levar à reinterpretção segundo os cânones aceitos da argumentação jurídica.

Então, por que não, dentro dos limites já referidos, direcionar seu trabalho, tempo, estratégia e habilidade, para encontrar o argumento que pode fazer a Lei (o Direito) corresponder à sua concepção de justiça?

Talvez o ilegítimo fosse não fazê-lo. Talvez o ilegítimo seja o juiz que atua sem clareza de suas convicções. Não à toa, após extensa consulta pública, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009.

Atendendo aos reclamos da sociedade e do meio jurídico por uma melhor "formação humanística" dos futuros magistrados, a Resolução 75 apresenta extenso programa para "Noções Gerais de Direito e Formação Humanística", dividido em cinco "disciplinas": A) Sociologia do Direito, B) Psicologia Judiciária, C) Ética e Estatuto Jurídico da Magistratura Nacional, D) Filosofia do Direito e E) Teoria Geral do Direito e da Política.

Ressalte-se que, nos termos da Resolução 75, o conhecimento dos candidatos de tal conteúdo programático deverá ser necessariamente avaliado em todos os concursos para a carreira da magistratura.

Cabe, a título de ilustração sobre tudo o que foi dito, explicitar os subitens que compõem a "disciplina" Filosofia do Direito no Anexo VI, a saber:

D) FILOSOFIA DO DIREITO

1. O conceito de Justiça. Sentido lato de Justiça, como valor universal. Sentido estrito de Justiça, como valor jurídico-político. Divergências sobre o conteúdo do conceito.
2. O conceito de Direito. Equidade. Direito e Moral.
3. A interpretação do Direito. A superação dos métodos de interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo. O método de interpretação pela lógica do razoável.

Desse modo, constata-se uma expectativa oficial e institucional, em resposta à demanda da sociedade, de uma formação de novos magistrados com sólidos fundamentos sobre concepções de Justiça, sobre as relações entre Moral e Direito e sobre os desafios da interpretação jurídica.

Nesse contexto, e ante todas as considerações prévias, parece-me um tanto superficial, injusto e incoerente rotular os juizes que se empenham em construir e em agir de acordo com tal formação de "ativistas", ainda mais se contrapostos a uma não menos ideológica nostalgia de imaginários "magistrados de antanho".

REFERÊNCIAS

- BREYER, Stephen. *Making our democracy work: a judge's view*. New York: First Vintage Books, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568 p.

COELHO, André. A decisão da ADI 3510 não foi ativismo judicial: uma abordagem a partir de Dworkin. *Filósofo Grego*, 7 nov. 2011. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/11/decisao-da-adi-3510-nao-foi-ativismo.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2012.

ESSER, Josef. *Vorverständnis und methodenwahl in der rechtsfindung*. Frankfurt am Main: Athenaeum, 1970.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: reason and the rationalization of society*. Translation: T. McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984, v. 1.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KENNEDY, Duncan. A left phenomenological alternative to the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation. In: _____. *Legal reasoning*. Aurora, Colo.: Davies Group Publishers, 2008. 215 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os dois Supremos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 abr. 2012, n. 30338. *Tendências / debates*, p. A3.

NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000. 448 p.

RUTHERS, B. *Rechtstheorie*. Munich: C. H. Beck, 1999.

SALAS, Minor E. Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 12, p. 205-231, 2009.

TAMANAH, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press, 2010.



Crônicas

Maria Lúcia Gomes Marcos dos Santos
Desembargadora do Tribunal de Justiça
do Estado do Pará

O Círio do meu tempo

- Meu Deus! O Círio está chegando!

- "Vige"! , o Círio está aí!

É assim todos os anos, desde que me entendi por gente...

Logo que terminam as férias de julho, começam os preparativos para o Círio. Pintam-se as casas, compram-se móveis, consertam-se as geladeiras e idealizam-se roupas novas pra a festa. Porque todos sabemos o Círio acontece no segundo domingo de outubro e o tempo voa..

Quando criança, brincava no quintal - um imenso quintal, cheio de árvores copadas, com trechos sombrios e pedaços claros de sol brilhante – brincava de "macaca", de "mercearia", de "pira" com os meninos da vizinhança e, ao entrar em casa para beber água e comer rápido um pedaço d pão , via minha mãe, sentada à máquina Singer, a costurar nossas roupas para a festividade. Éramos cinco filhos e para todos, dona Jovita fazia as roupas, mesmo quando os meninos já usavam calças compridas. E só costurava à tarde e à noite, pois pela manhã cozinhava. Mesmo assim, nós a perseguíamos, com nossa impacieência de crianças.

- De quem é essa agora, mamãe?

- É a camisa do João!

- Credo, mamãe, e o meu? A senhora só pensa no João!

Mamãe ..., nem "seu Sousa", entretida numa bainha.

E quando nem se esperava, no meio da brincadeira, o chamado:

- Maria Lúcia, vem provar tua roupa!

Corria descalça, doidinha para ver a roupa, imunda de terra, da cabeça aos pés.

- Menina, que horror, já para o banheiro!

Tinha oito anos, era magra e comprida, cabelos negros emaranhados, (era um custo desembaraçá-los), olhos negros vivos e cintilantes. Pobres pais..., vida difícil,...mas disso não me apercebia. Vivia numa constante e gostosa brincadeira, no quintal e na rua.

Ouvindo a peremptória ordem, voava para o banheiro: tina cheia de água límpida, gelada, tomava banho de cuia, e voltava rescendendo a sabonete Lever. Mamãe, séria, vestia, alongava aqui, encurtava acolá e depois dizia: "Tira!" e encerrava a sessão de prova.

De noite, lá estava no guarda-roupa o vestido pronto. E, assim, esperávamos o Círio chegar.

Primeiro a Transladação. Íamos com tia Izabel. A noite era fresca e agradável. Passávamos pelas casas e entrevíamos dentro delas vultos apressados, procedendo às últimas arrumações. E o cheiro gostoso de pato assado se espalhava no ar.

Multidão se comprimia na Praça da República, e, quando a Santa passava, no seu carro florido,

minha tia chorava, as lágrimas escorrendo-lhe pela face. E nós, crianças, caçoávamos daquele choro, para nós tão sem sentido... Ora, se tudo era festa! Na nossa ingenuidade, ignorávamos ainda as decepções, as dores, os temores, os desgostos da vida..E assim, víamos, insensíveis, o pranto de tia Izabel.

No dia seguinte, o Círio. Papai acordava cedo aos gritos alegres: "Levantem! Levantem! Chegou o dia do Círio!".

Rápido, banheiro, café, rápido, vestir e ...rua! A pé, toda a família, pela Trav. São Pedro até a Rua 15 de Novembro em frente ao Mercado da Carne, de onde seguíamos até a Trav. Quintino Bocaiuva. Só que íamos à frente da Santa, e não atrás. Porque o Círio tem essa peculiaridade: parece ser a única procissão em que pessoas "acompanham" à frente. Pessoas com bilhas de água na cabeça, com pedras na cabeça, com hábito marrom, pessoas com hábito roxo, branco. No primeiro carro, crianças vestidas de anjinhos, de todos os tamanhos e cores. Uma multidão! Famílias inteiras vindas do interior, que andavam, ao que parecia, às tontas. Aliás até hoje não compreendo a romaria desses promesseiros, que vão buscar os caminhos mais longos e até disparatados. Parecem sem tino e sem direção.

Mas, cheios de fé, acabam sempre chegando à Santa. No Carro dos Milagres, ceras de todos os feitios, casas, cabeças, pernas etc., etc. Pessoas descalças, bandas de música... o estrondejar dos fogos do Sindicato dos Estivadores e, finalmente, o Carro da Santa. Mamãe chorava, papai comovido e nós calados.

Ao chegar em casa, mamãe, coitada, ainda ia para a cozinha terminar o almoço, cujo carro-chefe era o pato no tucupi. Almoço farto, gostoso. Após a comilança, um clima de sonolência nos abatia. E a cidade farta e sonolenta se esvaziava, dormia. Todos se acomodavam, serenos e felizes.

E mais um Círio passava...

Hoje tudo mudou... Novidades... Progresso... O Largo está diferente, as pessoas estão diferentes... Mas o Círio é o mesmo e sempre será o mesmo. E quando a Santa passa, em sua berlinda, recamada de flores, eu, como minha mãe e minha tia, choro comovida, enquanto minhas filhas alegremente me reprovam.

Leituras

Outro dia, sem nada para fazer - coisa rara -, o pensamento vagando e circunvagando preguiçoso, sem se fixar, "curtindo um teto legal" como diria minha neta, lembrei os primeiros livros que li: "Memórias de um burro" da Condessa de Segur e "Miguel Strogoff" de Júlio Verne. Tinha 8 ou 9 anos, era magra, espichada, de cabelos encaracolados caídos no rosto, olhos brilhantes e riso fácil. Meu pai, numa daquelas manhãs de sol de Belém, de brisa fresca e ligeira, frustrou meus planos de brincadeiras no quintal, dizendo:

-Maria Lúcia, você já está em idade de ler esse livro. Quero que leia e depois me conte.

E me entregou um livro pequeno, de capa vermelha, com algumas gravuras. Era a história de um burro, Cadichon. (meu pai sempre se preocupou em nos inculcar o amor à leitura, não fosse ele escritor).

Antes disso, o que me deliciava eram as histórias da Avozinha, as da Carochinha. A Bela Adormecida, o Barba Azul, a Moura Torta, o Pequeno Polegar etc. eram lidas e relidas, sem me cansar.

Quando minhas filhas eram pequenas, eu lhes contava essas histórias. Elas adoravam, seus olhinhos brilhavam nos trechos mais empolgantes: quando a bela adormecida espetava

o dedo no fuso, quando Helena, mulher do Barba Azul, espreitava, no alto da torre, a chegada dos irmãos que vinham salvá-la da morte, quando a Moura Torta enterra, com força, o alfinete na cabeça da linda noiva do rei e esta se transforma em pombinha.

Eram momentos emocionantes, mas ao repeti-los a meus netinhos, tive amarga decepção. A geração deles tem outros heróis: Bat-man, Lion Man, heróis da violência.

A estória do burrinho Cadichon foi uma revelação. O tempo passava e eu não sentia e somente acordava com o chamado de mamãe para o almoço ou jantar. Ri com as estrepolias do burrinho Cadichon, e chorei, sentida, com suas desventuras. Foi aí, creio, que a leitura me pegou, e nunca mais me deixou!

"Miguel Strogoff" me levou à Rússia das grandes florestas de bétulas e pinheiros, neve a cair sem cessar, de um céu lívido e cinzento, à Sibéria das tundras e dos tártaros, do traidor Ivan Ogareff e da altivez e bravura do correio do Czar, Miguel Strogoff.

Também li, nesse tempo feliz de descobertas, "Robinson Crusuê", livro de uma magia inexplicável, pois, se o analisarmos, concordaremos que "Robison Crusuê" tem tudo para ser um livro maçante: as descrições minuciosas, a prosa chã, (como construiu o cercado, como plantou o trigo, como fez a jangada, etc.), a falta de diálogos, tudo concorre para tornar a leitura aborrecida. Entretanto há um sortilégio misterioso, pois só conseguimos largá-lo depois de terminar sua leitura. Talvez a aventura, o imprevisto, a ilha na foz do rio Orinoco, longínqua e selvagem.

Em casa só se podia ler os livros que meu pai liberava. Assim criei-me num ambiente de sonho, sem que a realidade me machucasse, ou sequer me perturbasse. Foi bom? Foi ruim? Francamente não sei. Mas o que é, e não adiante discutir, é que me deixou uma boa fé, uma crença total e talvez absurda na humanidade. É certo que, muitas vezes, me fez sofrer com decepções.

Despem-se os amigos e eu sofro, porque não consigo mais vesti-los com as qualidades com que os ornava. Mas também muito mais das vezes me deu forças, nestes longos e inextrincáveis caminhos da vida.

Não somente leio, mas também releio (e por vezes mais de uma vez) os livros que, por alguma razão, falam mais perto à minha emotividade.

Continuo, pois, leitora implacável e estou louca para terminar esta crônica e continuar a leitura de "Magalhães Barata" do escritor que muito, muito admiro Carlos Roque.



Resenhas

RESPONSABILIDADE CIVIL
CONTEMPORÂNEA –
ESTUDOS EM
HOMENAGEM A
SILVIO SALVO VENOSA

Por André Augusto Malcher Meira*



* Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro - RJ. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho Romano - Madrid. Advogado e Professor. email: malchermeira@hotmail.com

RODRIGUES JR., Otávio Luiz; ROCHA, Maria Vital da; MAMED, Gladston (coordenadores). **Responsabilidade Civil Contemporânea – Estudos em homenagem a Silvio Salvo Venosa**. São Paulo: Editora Atlas, 2011

A obra *Responsabilidade Civil Contemporânea – Estudos em homenagem a Silvio Salvo Venosa*, publicada pela Editora Atlas, em 2011, foi coordenada pelos eminentes juristas brasileiros Otávio Luiz Rodrigues Júnior, Maria Vital da Rocha e Gladston Mamede. Com quarenta e oito trabalhos de diversos juristas da Europa e da América Latina, coube a nós a representação única do Norte do país.

A obra em questão é uma espécie de compêndio sobre responsabilidade civil, dividida em 48 capítulos, abordando, em cada um, uma temática específica das searas jurídicas – do Direito Romano ao Direito Ambiental, sendo, a meu ver, leitura indispensável a qualquer operador do direito.

Logo no capítulo primeiro, a obra traz o pensamento histórico das fontes romanas sobre a responsabilidade civil, dando ênfase, sobretudo, à formação dos conceitos jurídicos, tão atuais até os dias de hoje. Na verdade, tratar no capítulo primeiro sobre a época romana se faz didático e justo, uma vez que, não estudada as fontes, jamais entenderá a contemporaneidade.

Os capítulos que seguem fazem uma evolução histórica da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, infocando muitas vezes o direito comparado, demonstrando a configuração do ato ilícito, os paradigmas, o abuso do direito, da culpa e do risco, o nexos de causalidade, a boa fé, etc.

Do capítulo 20 em diante, a obra trata da responsabilidade civil em diversas áreas do direito, tais como, o direito comercial, civil, informático, administrativo (responsabilidade civil do Estado), ambiental, consumidor, tributário, notarial (cartórios), penal e tantos outros.

Analisemos agora de forma específica o capítulo 20, de nossa autoria, sob o tema “*A responsabilidade civil das instituições financeiras na devolução de cheque pré-datado com apresentação antecipada*”, ou seja, a responsabilidade civil inserida em um tópico do direito comercial.

Desde 1993 nosso ordenamento jurídico possui jurisprudências condenando a dano moral o beneficiário de cheque pré-datado que deposita ou apresenta ao banco sacado o título de crédito antes da data avençada com o emitente. O STJ - Superior Tribunal de Justiça, em votação unânime, editou a súmula 370 - STJ, estabelecendo a seguinte redação: "*caracteriza dano moral a apresentação antecipada do cheque pré-datado*".

O uso deste tipo de título de crédito na forma pré-datado foi um avanço no mercado consumidor. A súmula foi um avanço para o ordenamento jurídico brasileiro, não apenas pelo fato de que já possuíamos diversos julgados nesse sentido, mas também pelo fato de que o cheque pré-datado é, na sua essência, um acordo entre as partes quando fazem um negócio. Se esse pacto é quebrado pelo credor por depositar ou apresentar o cheque antes do tempo avençado, a programação financeira do emitente vai por água abaixo, gerando um desconforto pessoal e familiar quanto às despesas e receitas mensais. Temos aí configurado o ato ilícito.

Não há dúvida de que a lei do cheque já devia sofrer alguma alteração. O cheque é ordem de pagamento à vista, mas o mercado pacificou o uso desta tipologia de título de crédito para mascarar uma forma de "nota promissória". Contudo sabemos que o direito comercial tem sua origem no direito consuetudinário (costume) e o cheque pré-datado foi pacificado na sociedade civil e empresarial como uma forma de aquisição de um produto ou mercadoria. Nesse entendimento, a lei do cheque já deveria há muito tempo ser alterada e ter instituído a modalidade "pré-datado", definindo seus pressupostos e requisitos essenciais e de validade.

Na minha modesta opinião, o banco sacado deve sim ser condenado a pagar danos morais, e não apenas ao beneficiário credor que tem que ser punido. Raciocinemos: se o credor tem um cheque seu para depositar em data posterior e o faz antes, está quebrando o pacto e é punido pelo dano moral. Pergunto, e o banco na hora de pagar o cheque, seja na

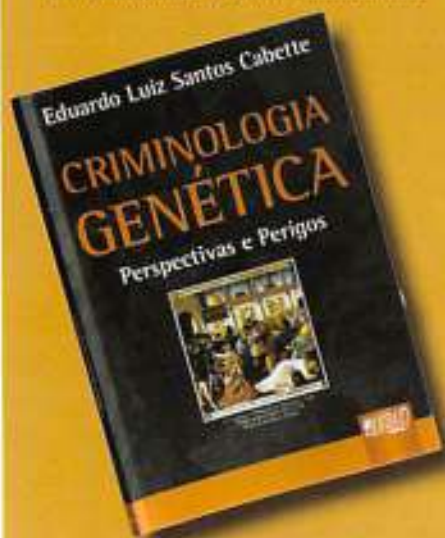
boca do caixa ou por compensação bancária, não está agindo da mesma forma? Claro que está! O que não existe hoje na atividade bancária é a forma de fazer a devolução do cheque pré-datado por este motivo, mas o banco está praticando o mesmo ato ilícito do credor, haja vista que na relação jurídica do cheque o banco tem apenas e tão somente que cumprir a ordem data pelo emitente. Assim, se o cheque é "bom para x data" e o banco visualiza e paga antes, está se inserindo no mesmo ato do credor quando este apresentou o cheque para pagamento.

Desta forma, defendemos que ambos, credor e banco sacado, devem ser acionados em Juízo como litisconsortes passivos. Os dois praticam ato ilícito e, concomitantemente, devem ser responsabilizados à indenização por dano moral. O primeiro, quando apresenta antes do tempo, o segundo, quando descumpra a ordem dada pelo emitente e paga antes do tempo.

Perguntemos: mas a lei do cheque não trata o título como ordem de pagamento à vista? Realmente, mas a jurisprudência foi reconhecendo pelo lado do credor o descumprimento do acordo, até chegar a edição da Súmula 370 do STJ. A Súmula fala em "*apresentação antecipada do cheque*" e não fala de *pagamento antecipado*. Contudo um é causa e outro consequência, se tiver provisão de fundos. Quando defendo a responsabilidade do banco é no intuito de iniciar uma nova discussão na relação jurídica do cheque pré-datado, apontando o sacado como responsável civil, praticando o ato ilícito para que, quem sabe, obtermos novas decisões dos Tribunais nesse sentido. Acho coerente, pois o emitente deu a ordem para pagar depois, e o banco pagou antes. Afinal de contas, se não fosse o início da discussão há anos atrás, não teríamos jurisprudências nem a Súmula 370 do STJ reconhecendo o dano moral contra o credor. Contudo uma reformulação da lei é necessária em todos os sentidos, até para definir melhor as formas e atribuições do sacado nessa relação jurídica.

CRIMINOLOGIA GENÉTICA: PERSPECTIVAS E PERIGOS

Por Raimundo Wilson Gama Raiol*



* Mestre e Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da UFPA/Instituto de Ciências Jurídicas. Diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará (ESM/TJPA). Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Email: raimundo.raiol@tjpa.jus.br

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminologia genética: perspectivas e perigos. Curitiba: Juruá, 2007. 1ª Reimpressão: 2012. 132p.

A obra, em suma, trata de questionamentos decorrentes do entrelaçamento entre a criminologia, com enfoque no estudo do homem criminoso e as causas da delinquência, e a genética, envolvendo a manipulação dos genes humanos, com sua aplicação àquela, na perspectiva (improvável) de possível solução da criminalidade, sem embargo de críticas que alardeiam profunda reflexão, principalmente, pelos perigos que daí podem surgir.

Na apresentação da obra, constam as seguintes indagações: "Afinal, há realmente 'genes criminosos ou antissociais'? Pode-se pensar em uma espécie de ressocialização ou socialização genética? A manipulação genética pode ser um meio eficaz de prevenção/repressão criminal?" (p. 18).

Ainda na apresentação, há a afirmação de que o tema é um dos desafios bioéticos do presente e do "futuro próximo", não sendo possível ficar alheio à problemática combinação entre criminologia e genética, tendo-se em conta as consequências promissoras ou devastadoras que disso podem decorrer. (p. 18)

Na obra, em seu capítulo I, são rememoradas as mais diversas teorias desse campo do conhecimento, que é a criminologia, desde seu surgimento, na efervescência do Positivismo Jurídico, com a consequência de o criminoso ser considerado um "anormal" (p. 22-23), passando pelas ideias preconizadas por Cesare Lombroso, com sua obra *O Homem Delinquente*, em 1876, na qual procura demonstrar que o criminoso seria uma espécie diferente de *homo sapiens*, na caracterização do chamado "criminoso nato", com indicação de "regresso atávico" e de "insanidade moral" (p. 23).

Faz-se alusão à Criminologia Sociológica, que se contrapõe à Criminologia Clínica: para a primeira as causas preponderantes da criminalidade seriam ambientais ou exógenas ao homem, para a segunda essas causas seriam endógenas (p. 25).

Ao lado disso, remete-se à Criminologia Crítica, com a preconização de que o crime seria visto como "uma realidade meramente normativa, moldada pelo Sistema Social responsável pela edição, vigência e aplicação das leis penais. Por reflexo disso, o criminoso deixa de ser encarado como um 'anormal' e o crime como manifestação 'patológica' (p.31).

Além disso, reporta-se a que a "criminalidade e a violência são problemas complexos que somente permitem uma visão ponderada através de um conjunto de saberes e métodos de investigação, os quais, isolados, produzem noções fantasiosas e distorcidas", donde o motivo de, na atualidade, falar-se sobre uma *Criminologia Integrada*" (p. 34-35).

Continuando no capítulo I, depara-se com algumas observações críticas em relação ao assunto explorado pela obra.

Uma dessas observações é a de que no "caso específico da aplicação da genética, conformando uma teoria determinista do crime e do ato criminoso, nada mais se estaria processando do que um retorno ao lombrosianismo, mediante uma simples, embora bastante sutil e insidiosa, alteração do *locus* epistemológico, que passa do fenótipo para o genótipo" (p. 35-36)

Segue-se a essa observação a de que os autores, ao comentarem sobre a aplicação da genética ao estudo do crime, acabam legitimando "um conceito natural de crime e de criminoso como portador de alguma anomalia". (p. 36).

Outra observação é a de que os pesquisadores do campo da *Criminologia Genética*, mesmo sem consciência disso, reforçam "uma postura que enxerga somente uma parcela das condutas criminosas mais visível e grotesca, ou seja, a criminalidade violenta do cotidiano, normalmente ligada às classes mais baixas da sociedade, e se esquece dos crimes praticados sem qualquer ato violento pelas classes altas, com sua capacidade lesiva muitas vezes bem maior do que a dos primeiros". (p.38).

No capítulo II, afigura-se instigante a seguinte indagação: "*Qual espécie de Direito Penal seria aquele conformado de acordo com uma criminologia genética?*". (p.50).

Eis a resposta: "um modelo de Direito Penal Autoritário, estruturado com um 'Direito Penal do Autor' e não como um 'Direito Penal do Fato'. As pessoas passariam a sofrer uma repressão criminal não por aquilo que viessem a fazer, mas por aquilo que internamente fossem". (p.50).

Do capítulo sob comento merece ser destacado o seguinte comentário:

"O retrocesso que pode ocorrer com uma adesão acrítica a uma *Criminologia Genética* com pretensões de controle sobre a conduta humana mediante intervenções pré ou pós-delitivas, sustentando-se em concepções superadas do crime e do criminoso como entes naturais marcados por desvios patológicos, também apresenta outra faceta ainda mais sombria e obscura. Trata-se de uma clara tendência para a conformação de uma estrutura totalitária de poder". (p. 56).

Ainda no capítulo II, alguns alertas estão registrados no que tange às ilusões em torno do poder dos genes. A propósito, há divulgação de que os estudos científicos podem detectar genes da esquizofrenia, genes da criminalidade, genes da violência e "genes dos marginais" (sic), dentre outras espécies, o que enseja ilusões reducionistas e leva ao risco de fomentação de mentalidade destrutiva e irreversível, ao que se agrega a perspectiva de que, como qualquer outro ramo do saber, a genética, sem embargo de oferecer respostas e benefícios, "somente pode deter parte da verdade". (p. 86-88). Nessa direção averba o autor: "Invariavelmente, quando a verdade é atribuída exclusivamente a algum ramo do saber, da atividade humana ou do pensamento, advém a intolerância, a arrogância e a exclusão". (p.88).

Na sequência, após referir-se à "primeira lei de esterilização compulsória" que, editada em 1907, nos EUA, visava a impedir a procriação de "criminosos, idiotas, estupradores e imbecis", e a aludir à indiferença aos pobres, idosos, doentes e mutilados, há a ressalva de que se deve combater essa "lógica exclusiva e cruel" e "que ameaça conduzir os rumos de uma *Criminologia Genética* desatenta (intencionalmente ou não) para com a complexidade do ser humano". (p. 88-89).

Mais adiante (p. 100-102), há referência a uma *Criminologia Genética* seletiva e determinista, com tendência de "eliminar arbitrariamente caracteres presentes na constituição genética das

peças, seja em sua geração ou posteriormente, mediante intervenções forçadas a desconfigurar suas personalidades”, bem como ao que, nos dias de hoje, é denominado de “paradigma do inimigo”, com base no que “a pessoa é julgada em virtude do que é ou do que acredita ser, com base em sua periculosidade supostamente inerente à sua personalidade, muito mais do que por aquilo que efetivamente tenha cometido”, salientando-se que essa seleção de inimigos, feita por intermédio da genética, está lastreada em um referencial teórico há muito tempo superado, alcunhado de neolombrosianismo, apesar de essa seleção ensejar a configuração do arbitrário, totalitário e desumanizante Direito Penal do Autor.

Decorre da obra, a despeito das críticas à Criminologia Genética, seletiva, autoritária e determinista, ao lado do Direito Penal como instrumento de seleção e destruição dos excluídos, com a consequência de o discurso da recuperação ceder espaço para as soluções extremas representadas pela pena de morte e redução da menoridade penal, a menção ao papel positivo da genética, como o de ter contribuído para “tornar o racismo algo visivelmente indefensável”, de vez que a “biologia comprovou que não só não existem ‘raças inferiores’ como sequer há ‘raças’, pois que ‘não há praticamente nenhuma diferenciação racial entre os humanos’”. (p. 100 e 109).

De outra monta, importante é sublinhar mais alguns pontos cruciais que são suscitados na obra, no tocante à subjetividade da conduta causadora de um fato considerado penalmente típico.

Com efeito, no que respeita à culpabilidade, em cujo âmbito se verifica se a conduta do autor de um fato lhe pode ser (ou não) subjetivamente imputada como ensejo à sua reprovação (ou não) e punição (ou não), está contextualizada na obra a afirmação de que “se o crime é determinado pela presença de genes, o mal que ele representa deixa de ser ‘moral’ para configurar um exemplo de ‘mal natural’. Um genocídio ou um terremoto passam a ser eventos da mesma espécie”. A isso é adicionada a conclusão: “Ao homem nenhuma responsabilidade

pode ser imputada. Qualquer atitude ou solução a ser aventada deve ter um conteúdo terapêutico e jamais punitivo”. (p.45).

Sem sair do terreno da culpabilidade, alude-se à hipótese de que “a biologização do crime retira do homem criminoso o pesado fardo da responsabilidade por seus atos e deslegitima sua punição, que passa a configurar uma retribuição tão injusta quanto um castigo imposto a um animal que agiu movido de acordo com suas naturais predisposições”. Em contraponto a essa hipótese, pondera-se que, não havendo legitimidade para essa punição, nem a crença de emenda do homem criminoso, restam medidas de defesa social extremadas. Nessa direção, exige reflexão crítica a seguinte manifestação, pelas consequências que pode ensejar: “Considerando o homem delinquente como portador de uma anomalia que inevitavelmente o precipita na conduta desviada, somente três opções podem ser aventadas: sua cura, sua neutralização ou sua eliminação pura e simples”. (p.47).

Nesse passo, vale transcrever os seguintes trechos, que deixam transparecer o quanto temerárias e falidas podem ser as inventivas resultantes da simbiose da manipulação de genes e da busca de solução para a criminalidade, sob o pálio da genética e da criminologia, desaguando em uma expectativa falaciosa:

“Se a cura não era em regra uma hipótese palpável para Lombroso, os novos biólogos criminais, sustentados na genética, sonham com terapias profiláticas mediante manipulações tornadas possíveis com o avanço científico. Desecoberta a presença de um ‘gene criminógeno’, quem sabe sua extração ou sua manipulação pudesse significar a produção de um novo homem devidamente adaptado às regras do convívio social. Além disso, a atuação poderia não somente ser repressiva e preventiva pós-delitual, mas realmente preventiva (pré-delitual), atuando sobre os potenciais criminosos para evitar que, em qualquer momento de suas vidas, venham a enveredar pela senda do crime, numa concepção algo parecida com ficção cinematográfica de ‘Minority Report’.

Aparentemente a genética aplicada à Criminologia seria portadora de grandes esperanças de um mundo melhor, onde a vida seria marcada pela paz e harmonia

Não obstante, os potenciais da genética nesse e em outros campos têm sido alargados de maneira fantasiosa (...). Ademais, a manipulação genética alteradora da personalidade humana pode ser um instrumento extremamente arbitrário, incompatível com o respeito da dignidade humana e com as concepções do Estado Democrático de Direito". (p. 48).

Acrescenta, todavia, o autor que não é desprezível a contribuição da genética no campo penal, porque, "em parte, certas, condutas criminosas admitem uma explicação etiológica, que bem pode ser explorada no campo genético" e, ao lado disso,

adverte: "Deve-se, porém, ter o cuidado de não assentar conclusões sobre fantasias e de não procurar simplificar o complexo a qualquer custo, apenas para tranquilizar nossa perturbação diante dos mistérios da humanidade" (p. 109).

Na conclusão, expressa o autor a lição que deve ser aprendida por todos, em especial sobre os errôneos fundamentos de uma Criminologia Genética determinista, a reviver um lombrosianismo de valor meramente histórico: "Um dos cuidados que devemos sempre tomar, cientes de que errar é inevitável em nossa condição humana, é, pelo menos, evitar repetir os erros passados, ainda que sob novas roupagens". (p. 122).



Papel produzido
a partir de fontes
responsáveis

FSC® C0C000178

Papel certificado pelo FSC, que garante que a origem da madeira é correta,
proveniente de florestas plantadas e sustentadas.

A Leitura - Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará tem periodicidade semestral, tiragem atual de 1.200 (um mil e duzentos) exemplares e reúne trabalhos inéditos relacionados com assuntos de interesse jurídico-pedagógico ou que representem resultados de estudos e pesquisas sobre a atividade jurisdicional. A revista classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

SEÇÕES FIXAS

Artigos: matérias de caráter opinativo e revisões de literatura;

Entrevistas: enquete com profissionais de competência reconhecida que contribuam com sua experiência pessoal;

Resenhas: indicações de leitura contendo análise crítica sobre livros, dissertações e teses recentemente publicados.

SEÇÕES NÃO FIXAS

Reportagens: matérias jornalísticas relacionadas a casos de relevância para a memória do Judiciário paraense;

Relatos: comunicações e descrições de experiências profissionais;

Contos e poemas: trabalhos de caráter literário e reconhecido valor artístico.

SELEÇÃO DOS TRABALHOS

1 - Os trabalhos para publicação deverão ser encaminhados à Secretaria Executiva d' A Leitura, para o endereço da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará, Tv. Quintino Bocaiuva, 1388/1404 - Nazaré - Belém - Pará, seguindo as seguintes normas:

I - Os trabalhos devem ser apresentados de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e digitados na versão do aplicativo Word (ambiente Windows) mais atual, com as seguintes especificações: fonte Arial, corpo 12; formato de página A 4; espaços 1,5 cm nas entrelinhas; margem superior e esquerda 3 cm, inferior e direita 2 cm; títulos e subtítulos centralizados e em caixa alta. Os artigos devem conter entre cinco (05) e dez (10) páginas.

II - Todos os trabalhos devem conter um resumo informativo em português, acompanhado da versão em inglês, com até 200 palavras (NBR 6028-Resumos), seguido pelas palavras-chave, também acompanhadas da tradução para o inglês, que representem seu conteúdo (no mínimo três e no máximo oito). O título também deve ser fornecido nas duas versões (português e inglês).

III - Devem ser indicadas todas as referências bibliográficas utilizadas como fonte (NBR 6023-Referências-Elaboração). Qualquer citação retirada de outra obra deve ser referenciada, inclusive indicada a página de onde foi colhida (NBR 10520-Apresentação de citações em documentos).

IV - As figuras a serem utilizadas devem ser encaminhadas com suas respectivas legendas e numerações no rodapé, contendo no verso o título do trabalho e o nome do autor principal. Se encaminhadas em mídia eletrônica, deverão ter a resolução mínima de 300 dpi. O formato preferencial é o JPG, devendo ser evitados quaisquer outros formatos.

2 - Os trabalhos deverão ser inéditos ou apresentados em eventos públicos, cujos anais não tenham sido publicados. Excepcionalmente, serão aceitos trabalhos que já tenham sido publicados em periódicos estrangeiros. Nesse caso, serão sujeitos à mesma avaliação de originais inéditos e o autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da publicação em que seu texto tenha sido originalmente impresso, acompanhado de cópia do artigo.

3 - A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.

4 - Juntamente com o artigo, o autor deverá enviar uma autorização para sua publicação contendo nome completo, nome e endereço da(s) instituição (ões) a que está vinculado, bem como o cargo que ocupa.

5 - Para artigos com autoria múltipla, é necessário informar a ordem de apresentação dos autores e declaração de cada um autorizando a publicação.

6 - O autor poderá retirar seu trabalho, desde que não se tenha iniciado o processo gráfico, e mediante a assinatura de um documento desistindo da edição.

7 - O editor se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem ortográfica e gramatical, bem como de adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), caso necessário. As provas finais não serão enviadas aos autores.

8 - As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESM-PA.

9 - Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da edição, ficando sua reimpressão, total ou parcial, sujeita à autorização expressa da Comissão Editorial da ESM-PA. Os originais, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos autores.

10 - À Comissão Editorial é reservado o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial ou do parecerista, como também o direito de propor eventuais alterações, desde que tenha a aprovação do autor.

11 - Nenhum dos membros responderá individualmente por conceitos emitidos em pareceres, responsabilizando-se a Comissão Editorial por qualquer julgamento, desde que tenham sido satisfeitas as exigências previstas neste regulamento.

12 - As identidades de autores e pareceristas serão mantidas em sigilo.

13 - Os consultores emitirão seus pareceres segundo os seguintes conceitos:

- I - Aceito;
- II - Sujeito a alterações;
- III - Recusado.

14 - Os autores serão comunicados, por meio da Secretaria Executiva, da aceitação ou recusa de seus trabalhos.

15 - Havendo necessidade de alterações nas matérias avaliadas, cabe à Secretaria Executiva encaminhar o equacionamento da questão junto ao autor.

16 - Cada autor receberá cinco (05) exemplares da publicação. O restante da tiragem, pertencente à ESM-PA, será dividido em cotas de distribuição e intercâmbio. Quando necessário, serão tomadas as medidas referentes à cessão de direitos autorais.

17 - A distribuição e o intercâmbio das publicações editadas são tarefas da ESM-PA, que deve manter, ainda, uma reserva técnica das obras.

A Leitura

Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará
Tv. Quintino Bocaiuva, 1388/1404 - Nazaré - Belém - Pará
CEP: 66035-190 - Fone/Fax: (91) 3242-5616
E-mail: esmsg@tje.pa.br