



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do
DIREITO PÚBLICO



REITOR

Prof. Dr. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfier

Diretora de Pós-Graduação: Prof.^a .Dr.^a Maria Helena Pelegrinelli Fúngaro

Diretor de Pesquisa: Prof. Dr. Fábio de Oliveira Pitta

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof.^a D.^a Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno

Chefe do Departamento de Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof.^o Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina.

Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito

Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. –

Londrina: UEL, 2019-.

v. ; 29 cm.

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 14, n.1, jan/abr. (2019).

ISSN: 1980-511X (on line).

1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.

Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.

Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU 342

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO (Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker (Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE (Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Rússia), Hebrew University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University (EUA), Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universidade do Porto (Portugal), University of Tsukuba (Japão).



Revista do
DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980551-X

MESTRADO EM DIREITO
NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



ISSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público da UEL
Volume 14, número 1, abr 2019

EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS

Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS

Betânia de Moraes Alfonsin	Rio Grande do Sul
Bruno Seligman de Menezes	Rio Grande do Sul
Carlos Henrique Ramos	Rio de Janeiro
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha	Rio de Janeiro
Claudia Aguiar Silva Britto	Rio de Janeiro
Cláudio Ribeiro Lopes	Mato Grosso do Sul
Cristina Gomes Campos de Seta	Rio de Janeiro
Daiane Moura de Aguiar	São Paulo
David Francisco Lopes Gomes	Minas Gerais
Dionis Mauri Penning Blank	Rio Grande do Sul
Edilton Meireles de Oliveira Santos	Bahia
Fernanda Andrade Almeida	Rio de Janeiro
Gilberto Notário Ligerio	São Paulo
Gustavo Ferraz de Campos Monaco	São Paulo
Jesualdo Eduardo de Almeida Junior	São Paulo
Loreci Gottschalk Nolasco	Mato Grosso do Sul
Luciane Martins Araújo	Goiás
Luciene Dal Ri	Santa Catarina
Rogério Montai de Lima	Rondônia
Sérgio Torres Teixeira	Pernambuco
Sonilde Kugel Lazzarin	Rio Grande do Sul
Thais Bernardes Maganhini	Rondônia
Walter Barbosa Bittar	Paraná

ASSESSORIA TÉCNICA
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

Bruna Faria, Gabriela Amorim Paviani, Gabriella Sávio França, Juliana
Carvalho Pavão, Laudicena Ribeiro, Mylena de Souza Santos, Natali Silvana
Zwaretch, Luiz Gustavo Campana Martins, Pedro Henrique Amaducci
Fernandes dos Santos e Raíssa Fabris de Souza

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONTEXTO DO PROGRAMA DE EDUCAÇÃO PREVIDENCIÁRIA - PEP.....	10
CITIZENSHIP AND PUBLIC POLICIES IN THE CONTEXT OF THE PREVENTIVE EDUCATION PROGRAM - PEP	
<i>Guilherme Fernandes Magalhães e Wederson Marcos Alves</i>	
A REGULAMENTAÇÃO DA DOAÇÃO DE BENS PÚBLICOS NO ESTADO DO PARÁ ANTES DA LEI 13.465/2017	26
REGULATION OF THE DONATION OF PUBLIC GOODS IN THE STATE OF PARÁ, BEFORE LAW 13.465/2017	
<i>Erica Ferreira dos Santos e Luly Rodrigues da Cunha Fischer</i>	
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE	45
CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH	
<i>Paulo Junior Trindade dos Santos e Gabriela Samrsla Möller e Vinicius Almada Mozetic</i>	
MEDIDA CAUTELAR CRIMINAL DE RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO CUMULADO COM O MONITORAMENTO ELETRÔNICO E A APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL	65
CRIMINAL PRECAUTIONARY MEASURES REGARDING NIGHT HOUSE ARREST CUMULATED WITH ELECTRONIC MONITORING AND THE APPLICATION OF CRIMINAL DETRACTION	
<i>Henrique Viana Pereira e Juliana Günther Fonseca de Mattos</i>	
RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SUA POSSIBILIDADE JURÍDICA.....	83
RESTORATION OF FAMILY POWER: CONSIDERATIONS ABOUT ITS LEGAL POSSIBILITY	
<i>Edward Goulart Júnior e João Pedro Minguete Goulart</i>	
A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL.....	103
THE INTERVENTION OF CRIMINAL LAW IN THE CRIME OF ANIMAL TRAFFICKING AND THE ROLE OF ENVIRONMENTAL EDUCATION	
<i>Daniela Cristina Valada e José Eduardo Lourenço dos Santos</i>	
PERCEPÇÕES JURÍDICAS ACERCA DOS MOVIMENTOS GREVISTAS NO BRASIL EM MEADOS DO SÉCULO XX.....	121
LEGAL PERCEPTIONS OF THE STRIKER MOVEMENTS IN BRAZIL IN THE MID TWENTIETH CENTURY	
<i>Patrícia Graziela Gonçalves e Ângelo Aparecido Piori</i>	
MOROSIDADE PROCESSUAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	139
PROCEDURAL DELAYS AND THE CIVIL LIABILITY OF THE STATE	
<i>Roberto Wagner Marquesi e Alessandro Bontempi</i>	

**A EXTENSÃO DO OBJETO DA AÇÃO POPULAR AMBIENTAL DIANTE DO
MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO160**
THE EXTENT OF THE OBJECT FROM THE ENVIRONMENTAL CLASS ACTION LAWSUIT
AGAINST THE COLLECTIVE MICRO SYSTEM PROCESS

Leonardo Cordeiro de Gusmão e Beatriz Souza Costa

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O ATIVISMO JUDICIAL COMO
MEIOS DE CONCREÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS, SOCIAIS E COLETIVOS ...179**
THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES AND JUDICIAL ACTIVISM AS A WAY TO
GUARANTEE INDIVIDUAL, SOCIAL AND COLLECTIVE RIGHTS

Carlos Henrique Solimani e Juvencio Borges Silva

RESENHA.....204

EICHMANN EM JERUSALÉM: UM RELATO SOBRE A BANALIDADE DO MAL204
EICHMANN IN JERUSALEM: A REPORT ON THE BANALITY OF EVIL

Luiz Gustavo Campana Martins

PROBLEMAS DE FILOSOFIA DO DIREITO.....207
PROBLEMS OF PHILOSOPHY OF THE RIGHT

Luciano do Nascimento Costa

EDITORIAL

Apresentamos a nova edição da Revista do Direito Público.

Esta edição, nº. 1, do volume 14, é constituída por textos elaborados por autores de nosso estado, Paraná, e de todo o Brasil, com temas de Direito Previdenciário, Direito Ambiental, Direito Administrativo, Direito do Constitucional, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito de Família, Direito do Trabalho, Direito Civil e Processual Civil.

No tocante ao Direito Previdenciário, o estudo “*Cidadania e políticas públicas no contexto do programa de educação previdenciária – PEP*”, possui como ponto de partida a análise de políticas públicas e seus reflexos para garantia da renda da população, mais especificadamente ao que tange o Programa de Educação Previdenciária – PEP.

Por sua vez, quanto ao Direito Ambiental e Direito Administrativo, o artigo intitulado “*A regulamentação da doação de bens públicos no estado do Pará antes da lei 13.465/2017*”, possui como escopo o estudo do processo de regularização fundiária urbana de bens públicos na legislação do Estado do Pará, considerando a possibilidade de doação de bens públicos no âmbito estadual e federal, e, concomitantemente, analisando as inovações e possíveis divergências da Lei n. 13.465/2017.

No campo do Direito Constitucional o artigo “*Jurisdição constitucional e a efetivação do direito fundamental a saúde*” realiza uma construção histórica evolutiva da Jurisdição Constitucional, desde seu nascedouro até sua legitimação Democrática, a qual dá baliza para a efetivação do Direito Fundamental à Saúde, sendo identificado como fruto das transformações do Estado de Direito Liberal ao Social.

No que diz respeito ao Direito Processual Penal, o estudo nomeado de “*Medida cautelar criminal de recolhimento domiciliar noturno cumulado com o monitoramento eletrônico e a aplicação da detração penal*” investiga a possibilidade de aplicação do instituto da detração penal face à hipótese do recolhimento domiciliar noturno, cumulado com o monitoramento eletrônico, sendo ambas medidas cautelares penais.

No âmbito do Direito de Família, o artigo “*Restituição do poder familiar: considerações acerca de sua possibilidade jurídica*” propõe avaliar a possibilidade da restituição do poder familiar aos genitores destituídos por sentença judicial, analisando para tanto as demandas inerentes aos direitos de crianças e adolescentes, a luz dos princípios da proteção integral, do melhor interesse, bem como o da prevalência da família.

Também com pauta no Direito Ambiental, mas sob a ótica do Direito Penal, o artigo “*A intervenção do direito penal no crime de*

tráfico de animais e a educação ambiental” indica que a problemática do tráfico de animais persiste na sociedade brasileira, trazendo prejuízos à fauna, ao meio ambiente e à população humana. Assim, a pesquisa aponta que a sistemática do crime de tráfico de animais silvestres deve ser analisada em conjunto com a legislação infraconstitucional que pretende coibi-lo, preponderando, inclusive, os princípios elencados pela Carta Constitucional.

No que tange ao Direito do Trabalho, o artigo *“Percepções jurídicas acerca dos movimentos grevistas no Brasil em meados do século XX”* examina os movimentos grevistas ocorridos no Brasil no século XX, primordialmente aqueles que aconteceram entre os anos de 1953 a 1955. A pesquisa adota como pressuposto que os acontecimentos sociais possuem reflexos importantes no âmbito jurídico, na medida em que proporcionam a interiorização de esquemas de percepção, apreciação e ação por parte dos diversos agentes jurídicos

Por seu turno, o artigo *“Morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado”*, cujo centro está no Direito Civil e Processual Civil, visa apresentar o conceito de razoável duração do processo, e a partir desta concepção destacar no ordenamento brasileiro e no estrangeiro as principais posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da responsabilização objetiva do Estado pelo não cumprimento da razoável duração do processo.

Ainda no âmbito do Direito Constitucional e Ambiental, o artigo *“A extensão do objeto da ação popular ambiental diante do microsistema do processo coletivo”* realiza uma reflexão sobre a importância e efetividade da ação popular para o resguardo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, também sob o prisma do Direito Constitucional, a pesquisa *“A judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos”* busca averiguar os fenômenos da Judicialização das Políticas Públicas e do Ativismo Judicial como meios de concreção dos direitos sociais e coletivos.

Nesta edição, a revista conta ainda com duas resenhas. A primeira examina a obra *“Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal”*, de Hannah Arendt. E a segunda, trata da obra *“Problemas de filosofia do direito”* de Richard Posner.

Esperamos que apreciem a leitura de nosso primeiro volume deste ano e que as pesquisas divulgadas aqui fomentem novos estudos.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONTEXTO DO PROGRAMA DE EDUCAÇÃO PREVIDENCIÁRIA - PEP

CITIZENSHIP AND PUBLIC POLICIES IN THE CONTEXT OF THE PREVENTIVE EDUCATION PROGRAM - PEP

Guilherme Fernandes Magalhães*
Wederson Marcos Alves**

* Mestre em Ecologia, Ambiente e Sociedade pela Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri - UFVJM. Especialista em Negociação Coletiva pela Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduado em administração pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro - FENORD E-mail: adm.guilherme@outlook.om

** Doutor em Engenharia Agrícola pelo programa de pós-graduação da Universidade Federal de Viçosa Mestre em Engenharia Agrícola pela Universidade Federal de Viçosa. Graduado em Agronomia pela Universidade Federal de Viçosa. Professor adjunto III e pesquisador da Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Campus do Mucuri, Teófilo Otoni. E-mail: wedalves@gmail.com

Como citar: MAGALHÃES, Guilherme Fernandes; ALVES, Wederson Marcos. Cidadania e políticas públicas no contexto do programa de educação previdenciária – PEP. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 10-25, abr. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n1 p 10. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O presente artigo é parte do trabalho de pesquisa desenvolvido dentro do programa de Mestrado Profissional em Tecnologia, Ambiente e Sociedade – TAS da Universidade Federal dos Vales do Mucuri e Jequitinhonha – UFVJM, que tem por objetivo investigar o Programa de Educação Previdenciária – PEP, executado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como disseminador de informações dos direitos previdenciários. O tema ainda aborda esta política pública e seus reflexos para garantia da renda da população, suas implicações para a promoção da cidadania e os conceitos que emolduram o reconhecimento de direitos aos benefícios. Apresenta-se também, o contexto histórico e a evolução da Previdência Social no Brasil, bem como as garantias constitucionais do direito à informação e do princípio da publicidade na administração pública. O estudo ainda revela o quantitativo e as diferentes modalidades de ações educacionais, desenvolvidas pelo programa, relativo aos anos de 2015 a 2016, propondo um debate sobre a sua efetividade. Mesmo assim, verifica-se uma relevante carência de informações, da legislação previdenciária brasileira, por parte dos seus cidadãos, fator que o PEP procura solucionar.

Palavras-Chave: Políticas Públicas; Programa de Educação Previdenciária; Cidadania.

Abstract: This article is part of the research carried out within the Professional Master's Program in Technology, Environment and Society, of the Federal University of the Mucuri and

Jequitinhonha Valleys - UFVJM, whose objective is to investigate the Social Security Education Program (PEP) By the National Institute of Social Security - INSS, as disseminator of information on social security rights. The theme also addresses this public policy and its reflexes for ensuring the income of the population, its implications for the promotion of citizenship and the concepts that frame the recognition of rights to benefits. It also presents the historical context and the evolution of Social Security in Brazil, as well as the constitutional guarantees of the right to information and the principle of publicity in public administration. The study also reveals the quantitative and the different modalities of educational actions, developed by the program, for the years 2015 to 2016, proposing a debate about their effectiveness. Even so, there is a relevant lack of information, of the Brazilian social security legislation, by its citizens, a factor that the PEP seeks to solve.

Keywords: Public Policies; Social Security Education Program; Citizenship

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade e as interações entre os seus componentes, pessoas, animais e objetos em geral, são repletos de incertezas e perigos que rondam o presente e o futuro trazendo preocupações aos trabalhadores. Nenhum cidadão quer ver sua família passar por desprovidimentos, ou seja, que não possa garantir uma proteção material. Temor de doenças ou acidentes que levem à invalidez ou à morte, receio da velhice desamparada ou mesmo do desemprego, são fatores que fazem o dia a dia do trabalhador ainda mais estressante. Na prática, para uma pessoa desprotegida, ocorrências naturais como ter um filho e até mesmo o fato de envelhecer, podem se tornar uma caminhada bem mais atribulada, do que realmente era o desejável. Portanto, não basta apenas esperar o melhor do futuro, é preciso planejamento e prevenção.

É no período produtivo da vida que se deve tomar medidas para amenizar as dificuldades inesperadas, e assegurar uma terceira idade tranquila e digna. Pelo visto, tranquilidade e segurança são os desejos de qualquer comunidade, e a proteção do cidadão é acima de tudo um dever do Estado, uma missão constitucional, garantida pela seguridade social, onde pode-se destacar a Previdência Social.

O conceito de previdência que temos atualmente sofreu diversas alterações com o passar do tempo, sendo fruto de diversas iniciativas por parte de entes privados e pelo próprio Estado. Cada época marca a rotina de vida de um trabalhador, o que traz impactos em toda nação. Para fazer frente a essas mudanças, a Previdência Social brasileira se reinventou ao passar dos anos, mudando seu rol de segurados, ampliando sua estrutura de atendimento e ampliando sua cobertura.

Atualmente, as políticas públicas relacionadas à Previdência Social no Brasil, possuem um importante veículo de divulgação, o Programa de Educação Previdenciária – PEP, que administrado pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia responsável pela operacionalização do atendimento a toda população nacional, promovem palestras, encontros e cursos, com a finalidade de conscientizar a toda sociedade dos seus direitos aos benefícios.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

No Brasil, segundo Souza (2002), a Previdência Social iniciou-se num regime privado com participação facultativa, fator característico de associações mutualistas que, posteriormente, sob a égide estatal, passou para regime de seguro social obrigatório, e que, por diversas vezes, sofreu mudanças no grau de cobertura, na quantidade e qualidade dos benefícios oferecidos, na sua legislação regimental, bem como na estrutura de atendimento.

Considerado um marco para o regime previdenciário no Brasil, a Lei Eloy Chaves, que na verdade se deu através do Decreto Nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923, instituiu a previdência

pública brasileira. O deputado federal que, posteriormente, teve reconhecido seu nome no batismo dessa norma jurídica, foi quem apresentou o projeto de lei à Câmara dos Deputados e discursou favoravelmente a sua aprovação, concluindo com os dizeres:

O homem não vive só para si e para hora fugaz, que é o momento de sua passagem pelo mundo. Ele projeta sua personalidade para o futuro, sobrevive a si próprio em seus filhos. Seus esforços, trabalho e aspirações devem também visar, no fim da áspera caminhada, o repouso, a tranquilidade. Os espinhos, as angústias, só são suportados com a esperança do prêmio final, seja este embora incerto e quase inatingido. O projeto vem satisfazer essas necessidades imperiosas da alma humana, criando as pensões para as famílias dos empregados de estrada de ferro e as aposentadorias para estes (SOUZA, 2002, p. 20).

Com o advento desta lei, originaram-se as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAP), em cada uma das empresas de estrada de ferro existentes no Brasil, favorecendo os empregados dessas organizações, conforme o descrito no Art. 1º da Lei Eloy Chaves:

As CAPs deveriam dar quatro benefícios para manter a renda e a saúde da família de um trabalhador em caso de doença, incapacidade, velhice ou morte. O primeiro era a aposentadoria por invalidez e por tempo de serviço, (atualmente é denominada aposentadoria por tempo de contribuição) sendo que esta última era recebida pelo trabalhador quando chegava à idade de cinquenta anos, com um mínimo de trinta anos de serviço. O segundo benefício envolvia pensões aos dependentes de um empregado morto. O terceiro benefício consistia em cuidados de saúde na forma de serviços médicos e a vantagem de comprar remédios a preço reduzido. Finalmente, a lei estabelecia que a CAP competia pagar as despesas de funeral dos membros segurados. Em acréscimo aos quatro benefícios básicos, a lei rezava que depois de dez anos de serviço, o empregado só podia ser demitido por causa grave provada pelo empregador em processo administrativo formal (MALLOY, 1986, p. 49-50).

Ibrahim (2006), destaca que a Great Western do Brasil, que depois foi rebatizada de Estrada de Ferro Santos-Jundiaí e posteriormente de FEPASA, foi a primeira empresa do Brasil a criar uma caixa de aposentadoria e pensão. Já Souza (2002) informa que foi o ferroviário Bernardo Gonçalves o primeiro beneficiado da aposentadoria baseada na Lei Eloy Chaves.

Com o advento desta nova norma, viu-se a necessidade de criar um órgão do governo que fosse responsável por supervisionar as ações das CAPs. Sendo assim, em 30 de abril de 1923, criou-se o Conselho Nacional do Trabalho, através do decreto 16.027. Devido à ampliação da cobertura previdenciária, houve uma proliferação de CAPs. E já no ano de 1931, existia um total de 98 (noventa e oito) unidades.

O regime das Caixas de Aposentadorias e Pensões foi: 1º em 1926 (Lei 5.109, de 20-12) estendido aos portuários e marítimos; 2º em 1928 (Lei 5.485, de 30-06) estendido ao pessoal das empresas de serviços telegráficos e radiotelegráficos; 3º em 1930 (Decreto nº 20.465, de 01-10) estendido aos empregados dos demais serviços públicos concedidos ou explorados pelo Poder Público (ALVIM, 2016, p. 17).

Porém, a numerosa quantidade de CAPs, não refletiu em qualidade e houve diversos problemas. Pereira Netto (2002), relata que surgiram Caixas criadas sem o número mínimo de participantes que pudessem garantir a sustentabilidade ao longo prazo, legislação diversa e exclusiva para cada CAP, que dificultava a tomada de medidas uniformes, além de ainda coexistirem uma grande parte de trabalhadores que estavam desprotegidos, pois, as empresas ao qual laboravam, não possuíam esse sistema.

Foi devido às grandes dificuldades já citadas, que o Governo Federal adotou um novo programa de Previdência Social no Brasil, ao qual deu o nome de IAP – Instituto de Aposentadoria e Pensões. Tratava-se de uma autarquia federal, criada através de decreto presidencial, que na época oferecia a todos os trabalhadores do território brasileiro, a proteção previdenciária para determinadas categorias profissionais. Todeschini (2000, p. 47), afirma que “os institutos foram formados a partir dos setores mais organizados e estrategicamente mais importantes da economia, em sua ordem de importância.”

O sistema foi elaborado cronologicamente, a saber: em junho de 1933 criou-se o Instituto dos Marítimos (IAPM); em maio de 1934, o Instituto dos Comerciantes (IAPC); em julho de 1934, o Instituto dos Bancários (IAPB); e em agosto de 1937, o Instituto dos Trabalhadores na Indústria (IAPI), não implementado até 1938. Depois, em agosto de 1938, todas as CAPs dos trabalhadores de transporte e carga foram integradas num único instituto, o IAPTEC (MALLOY, 1986, p.75).

Segundo Pereira Neto (2002), mesmo com o expressivo avanço da proteção para a maioria dos trabalhadores urbanos, que estavam abrangidos pela criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões, alguns ficaram ainda desprotegidos, como no caso dos empregados domésticos, dos trabalhadores rurais e os autônomos.

Depois de idas e vindas, várias análises técnicas e políticas, vem o advento da Lei 3.087, de junho de 1960, que uniformizou a norma relativa às contribuições e prestações referentes aos IAPs, que eram apenas pautados pelos seus próprios regulamentos.

Em 1946 e 1947, mais de dezesseis projetos que buscavam alterações, mínimas ou substanciais, no sistema de previdência social, foram introduzidos na legislatura, mas a maioria não vingou. Por isso, em 17 de julho de 1947, outro projeto global de reforma do sistema foi apresentado pelo deputado federal Aluizio Alves. Este projeto de lei, que criava uma nova legislação (a Lei Orgânica da Previdência Social) tornou-se o ponto focal de um longo debate legislativo, e só depois de cinco reformulações substanciais e de centenas de emendas, finalmente foi aprovado em 1960 (MALLOY, 1986, p.97).

Contudo, em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, foi instituída a seguridade social no Brasil, que traz no caput do artigo 194, (BRASIL, 2012, p. 115) “seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Essa novidade trouxe ganhos consideráveis para a sociedade brasileira, pois, se antes havia apenas a proteção social para alguns nichos específicos de profissões e classes profissionais, agora o sistema torna-se plural e alcança todos os cidadãos, ou seja, o regime de previdência passa a ter ampla cobertura.

Para Calsavara (2001), o sistema é repartição simples, onde os benefícios atuais serão pagos pelas contribuições dos trabalhadores em atividade, que depois, receberão das contribuições de futuras gerações, provendo o que se intitula como solidariedade intra e intergeracional. Assim, a arrecadação atual é imediatamente utilizada para quitar os benefícios atuais e não há formação de reservas.

3 CIDADANIA

A Previdência Social atua na proteção dos riscos sociais presentes ao longo da vida dos cidadãos. Todavia, existe uma parcela da população que desconhece tais mecanismos de proteção e, devido à desinformação, permanece à margem da cobertura previdenciária, prejudicando as garantias sociais oferecidas pelo Estado, passo importante na construção de uma sociedade mais cidadã. Sendo assim, a promoção da cidadania tem sido um marco a ser alcançando por toda esfera governamental, uma vez que, os detentores dos direitos, estão a cada dia, mais ávidos pelos benefícios da legislação que os protege. Sarlet (2009), relata que cidadania é um processo, que começou no início da história da humanidade e que se faz presente, através do desenvolvimento do homem, do saber e da conquista de direitos sociais, civis, políticos e pelo alcance da dignidade.

Cidadania não é algo pronto e acabado, mas é aquilo que se constrói contínua e coletivamente. Assim, a cidadania é hoje questão importante para formação familiar, na educação, em diversas instituições, e está relacionada ao aperfeiçoamento de um modo de vida e um direito elementar atestado por nossa Constituição Federal. O preceito material decorre de serem os direitos fundamentais elementos que formam a constituição material, com decisões sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade (SARLET, 2009, p. 74-75).

Então, a cidadania é precedida do conceito de cidadão e suas prerrogativas, conforme descreve Jaime Pinsky:

Afinal, o que é ser cidadão? Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila (PINSKY, 2013, p. 09).

Pode-se concluir que, para o alcance da cidadania, o indivíduo precisa ter sua dignidade humana respeitada.

Esse plano existencial traz como paramento lógico, o fato de que para haver cidadão há

que se ter em mente a figura da pessoa. A cidadania é um acréscimo à dimensão existencial. Não se pode ser cidadão se não é pessoa, se não lhe reconhecem os parâmetros próprios da dignidade humana. Segundo Dalmo Dallari:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social (DALLARI, 1998, p. 21).

Para Covre (1995), a prática da cidadania pode ser o caminho para a construção de uma sociedade melhor. Os avanços científicos e tecnológicos, não são suficientes para que a sociedade fique melhor, é preciso que haja justiça e igualdade social, é preciso que haja respeito à condição humana das pessoas. Para que essa realidade aconteça, é necessário que os cidadãos tenham consciência também das suas responsabilidades, pois, ele é parte de um organismo complexo e coletivo ao qual se dá o nome de nação. Sendo assim, o exercício da cidadania não fica restrito somente aos direitos, mas aos deveres e à participação política e da vida em comunidade ao qual está inserido.

Quando se atua em sociedade, verifica-se que no cotidiano, os indivíduos são ao mesmo tempo, matéria-prima e produto do que veem, aprendem, conversam e pensam. Essa reflexão remete ao papel desempenhado por cada um como um ser social, e também como ser humano, ao qual aborda Vazquez:

Fala-se algumas vezes da essência do homem ou “essência humana”. Estão ali também as expressões “realidade humana” e “verdadeira realidade humana”, que tem o mesmo conteúdo conceitual que o de “essência” ou “natureza” do homem. (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 2007, p. 401-402).

A essência humana “não é uma abstração inerente ao indivíduo singular. Em sua realidade ela é o conjunto das relações sociais” (MARX, 2007b, p28).

A sociedade, enquanto gênero coletivo de pessoas, vive realidades distintas quando a relacionamos ao tempo e ao espaço de convivência. Seus costumes, língua e cultura são diversas e mutantes, o que transforma o indivíduo que, ao mesmo tempo, transforma a sociedade e prepara, segundos os conhecimentos adquiridos, novas realidades e mudanças nos ambientes de vivência.

Esses aspectos são também tema de reflexão na obra intitulada *O Capital*, em que Marx descreve que “o trabalho é uma necessidade natural e eterna de efetivar o intercâmbio material entre o homem e a natureza, e, portanto, de manter a vida humana” (MARX, 1985, p.50).

Desse modo, a sociedade é resultante das interações de diferentes épocas e gerações, alguns mais, outros menos contemporâneos, mas todos são afetados pelo tempo e pela convivência.

4 O MECANISMO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A ausência de informações e políticas públicas, com intuito de promover acesso aos direitos previdenciários, visando à proteção da vida e promoção da cidadania, é um desafio que transcende o período de um ou mais governos, perpassando gerações. Assim, é necessário estabelecer um pacto social consistente, que mobilize um mutirão nacional para viabilizar o sistema previdenciário frente aos desafios do futuro.

Segundo Souza (2006), o conceito de políticas públicas ganhou destaque nos últimos anos como área do conhecimento, o que elevou o patamar de observação das instituições, bem como das regras, elaboração, implementação, modelos que orientam a tomada de decisão e avaliação. Outra característica importante é a sobreposição da ótica governamental, em detrimento das políticas keynesianas¹, tanto de ordem econômica quanto das sociais.

A mesma autora também afirma que, como disciplina acadêmica, as políticas públicas nascem por volta de 1950, como um subgrupo da ciência política nos Estados Unidos, através de um rompimento com as tradições europeias que focavam os estudos no Estado e suas instituições. Esse novo tratamento cognitivo é então destacado como a ação estatal que transforma a sociedade, segundo afirma Muller e Surel:

[...] a ação do Estado pode ser considerada como o lugar privilegiado em que as sociedades modernas, enquanto sociedades complexas, vão colocar o problema crucial de sua relação com o mundo através da construção de paradigmas ou de referenciais, sendo que este conjunto de matrizes cognitivas e normativas intelectuais determina, ao mesmo tempo, os instrumentos graças aos quais as sociedades agem sobre elas mesmas e os espaços de sentido no interior das quais os grupos sociais vão interagir (MULLER; SUREL, 2004, p.11).

Ferri Durá (2004), define política pública como sendo qualquer deliberação que traga inovação em sua essência, que é cercada de medidas que promovam sua execução e perpetuidade. O autor ainda chama atenção para uma característica intrínseca, o fato do processo de decisões ser permanente e em sequência. Nesse caso, o papel do gestor público no contexto social e nas instituições, são componentes que devem ser trabalhados de forma harmoniosa, para atender os anseios dos cidadãos.

A preponderância da ação gerencial envolve diversos fatores, dentre eles, o planejamento como um dos pilares, e a execução pelas lideranças políticas, nas instâncias do executivo municipal, estadual e federal. Contudo, as políticas públicas ainda apresentam algumas particularidades, conforme descreve Souza:

Apesar da aceitação de várias teses do “novo gerencialismo público” e da experimentação de delegação de poder para grupos sociais comunitários e/ou que representam grupos de interesse, os governos continuam tomando decisões

¹ John Maynard Keynes (1883-1946) Criador da Teoria Macroeconômica, sendo considerado um dos mais importantes economistas do Século XX, defensor da intervenção do Estado na economia como geradora de demanda, mediante investimentos com vistas a garantir a geração de emprego. No Brasil, suas ideias vigoraram até os anos 80 (MENDES et al, 2012, p.44)

sobre situações-problema e desenhando políticas para enfrentá-las, mesmo que delegando parte de sua responsabilidade, principalmente a de implementação, para outras instâncias, inclusive não-governamentais. Das diversas definições e modelos sobre políticas públicas, podemos extrair e sintetizar seus elementos principais:

A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz.

A política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes.

A política pública é abrangente e não se limita a leis e regras.

A política pública é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados.

A política pública, embora tenha impactos no curto prazo, é uma política de longo prazo.

A política pública envolve processos subsequentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica também implementação, execução e avaliação (SOUZA, 2006, p. 36-37).

Nesse sentido, alguns programas de governo, a exemplo do PEP, visam apresentar novas possibilidades de aumento da proteção social, através da educação e do processo de ensino com ações de orientação e informação, que se constituem como disseminadores externos para cooperação institucional. Visa-se utilizar o processo educacional como ferramenta para diminuição da desinformação e desconhecimento da legislação previdenciária, culminando na garantia e manutenção de direitos que justifiquem a formação de uma sociedade igualitária e mais cidadã.

A Tabela I traz números que identificam essa realidade e constata o grau elevado do índice de indeferimento de benefícios, quando relacionados aos que foram solicitados. Ressalta-se que esses dados fazem referência a todos os tipos de requerimentos (Auxílio-doença, Salário Maternidade, Aposentadorias, Pensão por Morte e Auxílio-reclusão), demandados por todos os tipos de segurados (empregados, desempregados, trabalhadores rurais, empregados domésticos, contribuintes individuais, trabalhadores avulsos e seus dependentes) e possui abrangência nacional.

É notório que examinando os elementos da Tabela I, pode-se inferir que no decorrer dos anos 2010 a 2015, o percentual de denegações de protocolos diminuiu 7,7% ao passo que o número de benefícios mantidos ou ativos aumentaram, passando de 28,1 para 32,7 milhões. Mesmo não podendo transferir às ações do PEP, toda essa mudança de realidade, é fato que as ações empregadas pelo programa se consolidaram e certamente contribuíram para o alcance desses resultados. Conforme a Tabela II, somente no ano de 2015 foram capacitadas o total de 492.544 (quatrocentos e noventa e duas mil, quinhentos e quarenta e quatro) pessoas que participaram das ações do programa, e por consequência, tornaram-se disseminadores do conhecimento previdenciário, fazendo com que a repercussão dessa cultura pudesse alcançar números superiores ao que foi apresentado.

Essas observações desvelam uma característica positiva da instituição previdenciária brasileira, e demonstram o aspecto intrínseco do Programa de Educação Previdenciária em aumentar a propagação da política previdenciária nacional.

Benefícios	Solicitados	Concedidos	Indeferidos	Mantidos	Razão entre benefícios indeferidos e solicitados
Ano	Quantidade*	Quantidade*	Quantidade*	Quantidade*	Percentual
2010	7,8	4,6	3,2	28,1	41,03 %
2011	8,0	4,7	3,2	29,0	40,00 %
2013	8,7	5,2	3,3	31,1	37,93 %
2014	8,6	5,2	3,1	32,1	36,05 %
2015	7,8	4,4	2,6	32,70	33,33 %
Total Geral	40,9	24,1	15,4		

Fonte: ANASPS – Associação Nacional dos Servidores Públicos da Previdência e da Seguridade Social – Grandes Números da Previdência Social – Dezembro de 2015. **Total de Benefícios Atendidos no Brasil – 2010 a 2015.** Tabela elaborada pelo autor. * Valores expressos em milhões

5 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O PROGRAMA DE EDUCAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Em se tratando de tema previdenciário e sua grande complexidade, observada em virtude das várias alterações e da quantidade de normas, acompanhar e operacionalizar os benefícios ofertados, torna-se um desafio para os cidadãos em geral e até mesmo para os profissionais que militam na área. Por isso, muitos dos segurados, que nem mesmo conhecem seus direitos, não o buscam, o que promove um enorme prejuízo social e econômico.

Esse aspecto revela a hipossuficiência sobre a legislação previdenciária e seus procedimentos. Contudo, é notório que o Estado, como promotor do bem-estar social e garantidor dos direitos e conquistas constantes na sua ordem normativa maior, ou seja, sua constituição, não pretende que tal fato ocorra ou possa continuar a ocorrer. Sendo assim, a norma jurídica brasileira, garante o acesso à informação de toda a legislação, bem como do arcabouço de benesses que o Estado coloca à disposição da nação, conforme os artigos 5º e o 37º da Constituição Federal:

Art 5º - XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: II - o acesso dos usuários a registros administrativos

e as informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º - X e XXXIII (BRASIL - 2012, p. 14, 36-38).

Tal fato é observado por Nunes (2014) com um direito fundamental, advindo da democracia e do estado democrático de direito:

O Direito de Acesso à Informação é um Direito Fundamental explícito, que decorre das categorias Democracia, Estado Democrático de Direito e República: Sobre a Democracia substancial, examinou-se que faz parte de sua natureza ou fundamento, entre outros, o respeito e garantia aos Direitos Fundamentais (que são preliminares a ela e compõem a esfera do indecidível, ficando indisponíveis à vontade da maioria), a fixação de limites e vínculos ao poder estatal, as liberdades de consciência, expressão e de imprensa, a boa gestão dos assuntos públicos voltados ao interesse do povo e a possibilidade de Controle Social do Povo sobre os atos estatais. O Estado Democrático de Direito [...] tem como papel central a concretização da transformação social e política, com a participação da Sociedade, obrigando-o a resgatar as promessas não cumpridas da Democracia, com destaque à busca pelo fim da presença do poder invisível, fomentando a participação popular, que inclui o Controle Social, capaz de verificar se realmente se pratica uma boa administração em vista da transformação da realidade. [...] A respeito da República constatou-se que é sua natureza a boa gestão, visando o bem comum, a vontade da maioria, com respeito aos Direitos Fundamentais e direitos das minorias, combatendo-se privilégios e discriminações (NUNES, 2014, p. 121-122).

Essas garantias vinculam o poder público de prover a todos sem distinção alguma, a igualdade de oportunidades quanto ao acesso dos benefícios e serviços prestados pela Previdência Social, e que, neste caso, é desempenhado pelo Programa de Educação Previdenciária – PEP.

A origem e fundamentação legal do PEP, que até setembro de 2003, denominava-se Programa de Estabilidade Social (PES), foi instituído pela Portaria Ministerial nº 1.671, em 15 de fevereiro do ano de 2000 e reestruturado pelas Portarias GM nº 409, revogada pela Portaria nº 1.276/2003, que mudou a denominação do Programa de PES para PEP, coordenado pela Secretaria Executiva do Ministério da Previdência Social e executado pelo INSS. Com a aprovação da estrutura organizacional do Instituto Nacional do Seguro Social pelo Decreto nº. 5.870, de 08 de agosto de 2006, o PEP deixou de fazer parte da estrutura do Ministério da Previdência Social e passou a compor a Diretoria de Atendimento do INSS. A Portaria GM nº 514, publicada em 13 de dezembro de 2010, definiu a coordenação e execução do Programa pelo INSS. Nesse sentido, observa-se a intenção do ente governamental de se fazer cumprir a lei de acesso à informação que para Sales:

A comunicação pública, assim, não é somente dar conhecimento de que existem documentos disponíveis para quem quiser consultá-los, na internet ou na prateleira de determinado órgão estatal. Ela desempenha a função educativa, informativa e de orientação social. Orienta-se para os fins de interesse público

previstos na Constituição, segundo a forma administrativa. Ela deve promover a conscientização, fomentar o debate, criar uma “cultura de transparência”, fazer com que o brasileiro finalmente compreenda que a Administração é sua e de todos, tornar a participação não somente possível, mas interessante, buscando a linguagem e o formato que tenham melhores condições de atingir o público-alvo (SALES, 2014, p. 293).

Por isso, o objetivo do Programa de Educação Previdenciária (PEP) é informar e conscientizar a sociedade acerca de seus direitos e deveres em relação à Previdência Social e os meios de exercê-los, assegurando a proteção social aos cidadãos, por meio de sua inclusão e permanência no Regime Geral de Previdência Social, contribuindo para divulgação dos canais de atendimento e socialização de informações, demonstrando o compromisso da instituição com a sociedade e a sustentabilidade do país (BRASIL, 2014).

A exemplo disso, a Tabela II descreve seis ações educacionais promovidas pelo PEP em todo território nacional, no período de Janeiro de 2015 até Outubro de 2016; são eles: Cursos, Informações pela Internet, Mídia, Orientações e Informações, Palestras e Reuniões. Foram totalizados 9.242 (nove mil duzentos e quarenta e duas) ações que alcançaram 811.506 (oitocentos e onze mil, quinhentos e seis) expectadores, que passaram a conhecer melhor seus direitos e os serviços prestados pela Previdência Social.

AÇÕES DO PEP														
Ações Ano	Curso		Informação Pela Internet		Mídia		Orientações e Informações		Palestra		Reunião		Ações TOTAL	Pessoas TOTAL
	Quant.	Pes.,	Quant.	Pes.,	Quant.	Pes.,	Quant.	Pes.,	Quant.	Pes.,	Quant.	Pes.,		
2015	46	973	7	497	378	13324	1601	243779	3219	233910	208	60	5.459	492.544
2016	30	450	14	2800	283	15697	1032	161469	2251	138545	172	1	3.783	318.962
Total Geral	76	1423	21	3297	661	29021	2633	405248	5470	372455	380	60	9.242	811.506

Fonte: SisGpep – Sistema de Gestão do Programa de Educação Previdenciária – Janeiro de 2015 a Outubro de 2016
– Tabela elaborada pelo autor.

Agora, esses cidadãos, que até então desconheciam as regras para concessão dos benefícios, foram informados e, com estas capacitações, passaram à condição de multiplicadores das informações previdenciárias e poderão impactar milhares de pessoas em todas as regiões do país.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a carência de informação configura como um grande gargalo para a concessão dos benefícios previdenciários. Esse entrave ocorre no atendimento de parte da clientela previdenciária, a exemplo da população do meio rural que, na maioria das vezes, não consegue

a conclusão do requerimento pretendido. Por consequência, ocorrem diversos desdobramentos: abertura de prazo para cumprimento de exigências e apresentação dos documentos complementares; diligências de pesquisas; abertura de prazo recursal nos casos de indeferimento; e até mesmo a provocação do poder judiciário, resultando em enorme dispêndio de recursos do poder governamental, além de prejudicar o segurado e sua família.

Isso só ocorre, pois, perdura por parte do grande público, várias dúvidas sobre as normas aplicadas aos casos concretos, leis que até mesmo já se encontram ultrapassadas, porém que são ainda interpretadas como vigentes.

Nesse contexto, o PEP é de fundamental importância para a inclusão social, pois promove a divulgação do conhecimento previdenciário, especialmente às pessoas que se encontram desprotegidas, possibilitando a essas, se inscreverem na Previdência Social, para assim, terem proteção previdenciária quanto aos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada.

Assim sendo, a proteção ao trabalhador é ampliada e as pessoas passam a exercer com mais dignidade seus direitos de cidadania, inserindo-se na sociedade como cidadãos participativos, uma vez que a proteção previdenciária também é condição para a inclusão social. Promover a inclusão dos trabalhadores e trabalhadoras no Sistema Previdenciário, divulgar políticas públicas e valorizar cidadania: esses são os compromissos do PEP (BRASIL, 2014).

O programa, por um lado, possui finalidade social pela inclusão de mais pessoas no sistema de Previdência Social, às quais são disponibilizados os conhecimentos necessários para o exercício de seus direitos e deveres. Por outro lado, o PEP visa contribuir com o desenvolvimento institucional do INSS, pela melhoria da qualidade do atendimento oferecido nas agências, mediante ações educacionais que favoreçam: a redução da demanda espontânea (demanda não agendada); o fortalecimento do atendimento agendado; a melhoria do fluxo operacional; a minimização dos impactos negativos sobre a intermediação de terceiros; o conhecimento por parte do cidadão, dos documentos de que precisa estar munido quando for reivindicar qualquer benefício.

As Tabelas I e II apresentam referências que impulsionam o debate sobre a efetividade do programa, e propõem sobre todos os aspectos, que as diversas modalidades de propalação da legislação seja um diferencial que repercute em todo meio social. O exemplo disso é certamente, o fenômeno da diminuição dos processos indeferidos face ao aumento dos benefícios mantidos.

O estabelecimento do programa evidencia uma iniciativa louvável de opção de política pública, contudo, seu alcance merece ser investigado. Seria o PEP suficientemente bom para promover a cidadania em tudo que se propõe? Qual a medida da sua abrangência? A capilaridade do seu alcance corresponde ao investimento financeiro destinado ao programa? São ainda questionamentos que merecem mais pesquisa e apuração.

O programa tem características vantajosas a serem consideradas, a saber, educar gerações, facilitar o reconhecimento de direitos constitucionais, o que irá gerar recursos econômicos e promover o bem-estar social. No entanto, o que se observa é que a população ainda carece de

muita informação em relação à seguridade social, necessitando o desenvolvimento de novas ações e materiais que possam contribuir na melhoria da divulgação dos seus direitos, bem como a forma de alcançá-los.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Ruy Carlos Machado. Citado por FERNANDES, Aníbal. **Uma história crítica da legislação previdenciária Brasileira**. RDT 18/13. Citado por PEREIRA JÚNIOR, Aécio. **Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/6881> >. Acesso em: 07 fev. 2016

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988**. 35. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretarias de Edições técnicas, 2012.

_____. Decreto n. 97.936, de 10 de julho de 1989. **Institui o Cadastro Nacional do Trabalhador e dá outras providências**. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D97936.htm >. Acesso em 19 de Dezembro de 2015.

_____. **Grandes Números da Previdência Social – Dezembro de 2015**. Publicado em 26 de fevereiro de 2016. ANASPS – Associação Nacional dos Servidores Públicos da Previdência e da Seguridade Social. < <https://www.anasps.org.br/grandes-numeros-da-previdencia-social-dezembro2015/> >. Acesso em 09 de Março de 2017.

_____. Lei n 8.212, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e das outras providências**. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm >. Acesso em 19 de Dezembro de 2015.

_____. **Manual do Programa de Educação Previdenciária**. Instituto Nacional do Seguro Social 2014.

CALSAVARA, Rogério Pereira. **A previdência social como fator de desenvolvimento socioeconômico dos municípios brasileiros**. Monografia. Campinas: UNICAMP/ Instituto de Economia, 2001. Disponível em: < <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000295442&opt=3> >. Acesso em 02/06/ 2016.

COVRE, M. L. M. **O que é cidadania?**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

DALLARI, Dalmo. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

FERREIRA, A. B. de H. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 1ª ed. 15ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FERRI DURÁ, J. Políticas Públicas. In REYES, R. (Dir.). **Diccionario crítico de ciencias socialis**. Pub. Electrónica, Universidad Complutense, Madrid, 2004. Disponível em: < <http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario> >. Acesso em: 07 setembro 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Impetus,

2006.

MALLOY, James M. **A política da Previdência Social no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

MARX, Karl. **O capital**: Crítica da Economia Política. Tradução Reginaldo Sant'Anna. São Paulo: DIFEL, 1985b.

_____. **Teses sobre Feuerbach. In: A ideologia alemã**. Tradução Marcelo Backes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007b.

MENDES, Carlos Magno II...[et al.]. **Introdução a Economia**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: UAB, 2012.

MULLER, P.; SUREL, Y. **A análise das políticas públicas**. Pelotas: Educat, 2004.

NUNES, Alexandre Augusto Pereira. **O Direito Fundamental de Acesso à Informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEREIRA NETTO, Juliana Presotto. **A previdência social em reforma**: o desafio da inclusão de um maior número de trabalhadores. São Paulo: LTr, 2002.

PORTAL MPS. **Programa de Educação Previdenciária**. Disponível em: << <http://www.previdencia.gov.br/acesso-a-informacao/programas-e-aco-es/pep-programa-de-educacao-previdenciaria/> >. Acesso em: 21 de Dezembro de 2015.

PINSKY, Jaime, Carla Bressanezi Pinsky, (orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2013.

SALES, Ramiro Gonçalves. **O Direito de Acesso à Pública Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SISTEMA DE GESTÃO DO PROGRAMA DE EDUCAÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SISGPEP (2015-2017). Disponível em:<http://acervo.ufvjm.edu.br/jspui/bitstream/1/1663/6/guilherme_fernandes_magalhaes.pdf.txt>. Acesso em: 07 setembro 2016

SOUZA, Celina. **Introdução Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

SOUZA, Jorceli Pereira de et al. **80 anos de Previdência Social**: a história da Previdência Social no Brasil – um levantamento bibliográfico documental e iconográfico. Brasília: MAPAS, 2002.

TODESCHINI, Remígio. **Gestão da previdência pública e fundos de pensão**: a participação da comunidade. São Paulo: LTr, 2000.

VÁZQUEZ, A. S. **Ética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

Como citar: MAGALHÃES, Guilherme Fernandes; ALVES, Wederson Marcos. Cidadania e políticas públicas no contexto do programa de educação previdenciária – PEP. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 10-25, abr. 2019. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2019v14n1 p 10. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 16/03/2017.

Aprovado em: 29/08/2018.

A REGULAMENTAÇÃO DA DOAÇÃO DE BENS PÚBLICOS NO ESTADO DO PARÁ ANTES DA LEI 13.465/2017

REGULATION OF THE DONATION OF PUBLIC GOODS IN THE STATE OF PARÁ, BEFORE LAW 13.465/2017

Erica Ferreira dos Santos *
Luly Rodrigues da Cunha Fischer**

* Graduada no Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Pará. E-mail: ericafsanos16@gmail.com

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará e Universidade de Paris XIII em regime de cotutela. Mestre em Direito pela UFPA. Professora adjunta do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA. Advogada. E-mail: lulyfischer@yahoo.com

Como citar: SANTOS, Erica Ferreira dos; FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha. A regulamentação da doação de bens públicos no Estado do Pará AR 13.465/2017. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 26-44, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p26. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O presente artigo analisa o processo de regularização fundiária urbana de bens públicos na legislação do Estado do Pará, anterior à edição da Lei n. 13.465/2017. A utilização da lei como parâmetro tem o objetivo de demonstrar sua contribuição para a regulamentação do processo de regularização fundiária urbana e em consequência, para a garantia do direito social a moradia, considerando que se constitui na mais recente disposição legal sobre o tema. Utiliza-se o método de análise qualitativa, com estudo da doutrina e legislação sobre a doação de bens públicos, para compreender o posicionamento da doutrina sobre o tema e contrastar a regulamentação da doação de bens públicos no âmbito estadual e federal, analisando as inovações e possíveis divergências da Lei n. 13.465/2017 às diretrizes de alienação gratuita praticadas no Estado.

Palavras-chave: Regularização Fundiária Estadual. Doação. Área urbana. Pará.

Abstract: This article analyzes the process of urban land regularization of public goods in the legislation of the state of Pará, prior to the publication of Law 13.465/2017. The use of the law as a parameter had the objective of demonstrating contribution to the regulation of the process of urban land regularization and, consequently, to guarantee the social right to housing, considering that it constitutes the most recent legal provision on the subject. The method of qualitative analysis, with a study of the doctrine and legislation on the donation of public goods, was used to

understand the position of the doctrine on the subject and to contrast the regulation of the donation of public goods at the state and federal levels, analyzing the innovations and possible divergences of Law 13.465/2017 to the guidelines of free alienation practiced in the state.

Keywords: State land regulation. Donation. Urban area. Pará.

1 INTRODUÇÃO

A doação de bens imóveis públicos é umas das formas de alienação utilizadas historicamente pelo Poder Público para povoação e ordenação do território. Embora seu uso seja pouco estudado, trata-se da forma mais frequente de alienação do patrimônio público em processos de regularização fundiária.

O presente artigo possui o objetivo de analisar a regulamentação da doação de bens imóveis na legislação do Estado do Pará, antes do advento da Lei n. 13.465/2017, a qual redefiniu meios e instrumentos para a regularização fundiária urbana e rural.

Neste estudo, partiu-se do pressuposto que a doação de bens públicos se pauta em uma relação de liberalidade entre poder público e particular singularmente, e regida aos moldes do direito privado, sem normatização específica que se preocupasse com a disponibilidade dos bens públicos.

A construção desta pesquisa será orientada a partir de análise qualitativa da doutrina e legislação sobre a doação de bens imóveis públicos, com o objetivo de traçar um panorama de como está juridicamente fundamentada no país esta forma de transferência, para identificar resposta ao seguinte questionamento: existem contrariedades entre as disposições legais estaduais e federais sobre o tema?

A apresentação deste artigo será organizada em três partes. Primeiro será feita uma revisão bibliográfica sobre a doação de bens imóveis públicos, na qual serão analisados os seus critérios e hipóteses de utilização, bem como os posicionamentos da doutrina sobre o tema. Em seguida, será apresentada a regulamentação legal do Estado do Pará sobre a doação de bens entre 1891 a 2009. Por fim, serão analisadas disposições sobre a regularização fundiária urbana presentes na Lei n. 13.465/2017, considerando as mudanças e inovações em relação à Lei n. 11.977/2009, no que tange a doação e a regularização fundiária urbana, e seu impacto para a aplicação da legislação estadual em vigor.

2 A DOAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

A origem da doação de bens públicos situa-se no contexto da história de ocupação territorial brasileira a partir dos anos de 1500, período em que a Coroa Portuguesa intensificou suas expedições em busca de terras e riquezas. Como destaca Garcia (2009, p. 1162), as extensões de terras descobertas passavam a integrar o domínio da Coroa Portuguesa, isto é, na origem do país todos os imóveis eram de titularidade da coroa e não existiam terras privadas.

Com a finalidade de ocupar estrategicamente os territórios, a Coroa Portuguesa transferiu propriedade de terras a particulares, processo que teve início com o sistema de capitânicas hereditárias, no qual como descreve Marques Neto (2009, p. 88), se transferia bens a donatários a quem se dava a prerrogativa de dar e conceder extensões territoriais a quem quisesse cultivar por meio do sistema de sesmarias, o que proporcionava renda ao poder local.

A gestão dos bens públicos exercida com titularidade pelo Estado, sob as diretrizes do Direito Público, o tornou figura legítima para promover alienações e transferências a terceiros, bem como desapropriações, com fundamento em seu poder de império e na supremacia do interesse público. A doação figura, portanto, como uma forma que possibilitou ao Estado, a partir de interesse motivado, dispor de seus bens em favor de outrem.

A natureza jurídica da doação de bens originariamente se encontra no direito civil, que a regulou anteriormente ao direito administrativo. O Código Civil de 2002 a define no art. 538 como um contrato que possui como característica principal a liberalidade (GONÇALVES, 2012, p. 283).

Conceitualmente a doação é definida como:

[...] contrato segundo o qual uma pessoa, chamada doador, por liberalidade transfere um bem do seu patrimônio para o patrimônio de outra, designada donatário, que o aceita. Tanto o doador como o donatário podem ser pessoas físicas ou jurídicas e estas, públicas ou privadas (GASPARINI, 2003, p. 705).

Deste modo, pontua-se que pode o Estado como ente público doar, mas também receber doações, figurando como doador ou donatário na relação jurídica.

Como explica Gomes (2009, p. 255), a transferência da propriedade do bem por doação a outra pessoa quando se tratar de bem móvel ocorre com a tradição, isto é, a entrega da coisa, e se o bem for imóvel pela transcrição, que será a modificação da inscrição da matrícula do imóvel do nome de quem doa para o de quem receberá a doação.

A natureza jurídica da doação de bens públicos no direito administrativo, o qual trata das possibilidades de alienações e transferências pelo poder público, é do gênero contrato, cuja espécie é de contrato de direito privado ou contrato privado da administração (CARVALHO FILHO, 2014, p. 174). Isto porque, é regida pelo direito civil, mas são parcialmente regulados pelo direito público, o que lhes atribui características existentes neste âmbito do direito (DI PIETRO, 2014, p. 268).

No que concerne à possibilidade de doação de bens públicos, destaca-se que os bens públicos são os bens de domínio nacional, pertencentes a pessoas jurídicas de direito público interno, conforme o art. 98 do Código Civil. São todas as coisas corpóreas e incorpóreas, móveis e imóveis, que pertençam aos entes estatais e formem o domínio do Estado, considerados por princípio inalienáveis, e por isso, não estão disponíveis para alienação em favor de terceiros (BRASIL, 2014a).

Conforme Marrara (2007, p. 115) para a possível transferência de bens públicos é necessário à quebra da inalienabilidade, a qual ocorre com a desafetação do bem, devendo-se entender que a afirmação de que a inalienabilidade dos bens públicos é absoluta, não significa que estes não podem ser alienados, mas que é possível a transferência do bem, desde que se transformem em bens do domínio privado estatal ou bens particulares, alterando seu status de dominialidade.

A transferência de bens imóveis públicos por doação, como um contrato de natureza civil, possui cláusulas no Código Civil de 2002, mas também na lei de licitações Lei nº 8.666/1993.

Meirelles (1998, p. 231) expõe que a Administração Pública pode fazer doações de bens

móveis e imóveis desafetados e o faz com frequência para incentivar construções e atividades particulares com fins coletivos. As doações podem ou não ter encargos e devem se constituir mediante lei autorizativa e prévia avaliação do bem em consonância com a lei.

Apesar de legítima, a doação de bens públicos pela administração encontra posições acauteladoras na doutrina, no sentido de que deve ser evitada como forma de transferência de bens públicos. Este posicionamento é manifestado por Carvalho Filho (2014, p. 1215), que sustenta sua substituição pela concessão de direito real de uso, na qual o ente não perderia o patrimônio de seu domínio.

A doutrina civilista em geral enumera diversas formas em que pode caracterizar-se a doação, e no que tange a doação de bens públicos, destacam-se a doação pura e simples e a doação modal, onerosa, com encargo ou gravada, pois se compreende que estas são as formas cabíveis de doação de que poderá valer-se o poder público para alienar bens públicos, pois permitem contemplar fim específico, respeitando o interesse da coletividade.

Na doação pura e simples é possível dispor de um bem em favor de terceiro com o objetivo de garantir seu direito à moradia, por exemplo, existindo a presença de interesse público justificado no que concerne à defesa de direito latente. Na doação com encargo de modo semelhante, pode-se dispor de bem sob a condição de que o donatário construa uma quadra de esportes, fim do qual não poderá se eximir, e assim também estaria contemplando o interesse coletivo.

Outras formas de doação previstas na lei civil, como a doação remuneratória ou com cláusula de reversão, por exemplo, não seriam adequadas como formas de doação de bens públicos, pois são específicas e com uso próprio das relações privadas.

Como causas de revogação da doação há a revogação por razão de ingratidão do donatário e inexecução do encargo, conforme o art. 555 do Código civil e devido sua natureza contratual, pode ser revogada pelos vícios atinentes aos demais contratos que corroboram em anulação.

No que concerne ao direito público, além da extinção usual por cumprimento de seus efeitos ou pela extinção objetiva e subjetiva, existem como formas de extinção dos atos do poder público, quais sejam a anulação, a revogação, a cassação, a caducidade e ainda a contraposição.

Diante do exposto, salienta-se que a doação de bens públicos possui como característica principal ser uma forma de alienação realizada pelo Poder Público a título gratuito, com o objetivo de transferir bem a beneficiário, possuindo natureza jurídica de contrato de direito privado. Dentre as formas de doação, a pura e simples e onerosa são as mais utilizadas pelo Poder Público, embora existam posições doutrinárias no sentido de que seria preferível o uso da concessão de direito real de uso, em que o domínio do bem permanece sob a titularidade do Poder Público.

A exposição da doação enquanto instituto e forma de transferência de bens públicos são importantes para compreender como foi regulada nas leis que a seguir serão expostas, inclusive como instrumento para regularização fundiária urbana.

3 LEGISLAÇÃO ESTADUAL DE DOAÇÃO DE TERRAS

A primeira disposição legal no âmbito das leis do Estado do Pará sobre a doação foi o Decreto nº 410 de 08 de outubro de 1891, o qual determinou que fossem legitimadas, as partes de sesmarias ou de outras concessões do governo com cultura efetiva e morada habitual, transferidas por título de compra, herança, doação ou outro título condizente com as formalidades (art. 2º, §§ 1º e 2º). Houve neste decreto, portanto, o reconhecimento da concessão de títulos por doação e sua possível legitimação.

A Lei nº 824/1902 autorizou o governo a conceder títulos definitivos de propriedade sem qualquer indenização aos ocupantes de diversos núcleos coloniais. Requereu para isso, que estivesse ocupando o lote em período superior a um ano, possuisse morada habitual e cultura efetiva. O indivíduo que recebesse o lote não poderia vendê-lo ou abandoná-lo durante o prazo de um ano, caso contrário teria a concessão anulada e o título cassado. A concessão gratuita incluía a casa de residência caso houvesse, mas não benfeitorias, como máquinas que fossem propriedade do Estado (art. 2º a 4º).

Esta lei possuiu grande importância, pois conforme Palma Muniz (1907, p. 5) foram expedidos 1.711 títulos gratuitos no período de 1901 a 1906, e houve uma grande atividade no serviço de terras do Estado.

Em 9 de outubro de 1914 a Lei nº 1.423 autorizou, em qualquer município do Estado, a concessão gratuita de lotes de terras devolutas e estabeleceu como limite 100 (cem) hectares cada lote, dado a todo cidadão que o requeresse. A lei priorizava o cidadão que não possuisse nenhum terreno do Estado e este ficava obrigado a cultivar o lote no prazo máximo de três anos e demarcá-lo em até cinco anos (art. 1º a 3º). A Lei nº 1.423 foi revogada pela Lei nº 1.584 de 26 de setembro de 1917, a qual tratava da concessão de lotes de terras devolutas.

Em 31 de janeiro de 1921 foi editado o Decreto nº 3.791, que ratificou o decreto nº 410/1891 e adicionou considerações sobre o registro de terras, ressaltando a obrigatoriedade aos possuidores de terras em obtê-lo. Considerou títulos de legítima propriedade para fins de inscrição nos livros de registro de títulos de propriedade do Estado, a escritura pública de doação (art. 180, §6º).

A Lei nº 762 de 10 de março de 1954, definiu que ocupantes de terras públicas portadores de títulos de posse expedidos de acordo com a Lei nº 1.850, ou portadores de títulos de acordo com os regulamentos vigentes depois da Proclamação da República e bilhetes de localização em lotes agrícolas, que tivessem nestas realizado benfeitorias, poderiam requerer do Governo do Estado o título definitivo de aquisição das mesmas (art. 1º).

A Lei nº 1.137 de 11 de março de 1955 definiu que as alienações dependeriam de prévia avaliação pela Procuradoria Fiscal do Estado (art. 3º, caput), e estabeleceu como competência da Secretaria de Obras, Terras e Viação a defesa do patrimônio do Estado, em empenhar-se para preparar o sistema cadastral de propriedade imóvel.

A Lei nº 3.641 de 5 de janeiro de 1966 regulamentada pelo decreto nº 5.780 de 27 de novembro de 1967, trouxe maiores especificações no que tange a doação de imóveis. Classificou, dentre outras como terras públicas as áreas de terras concedidas sob o regime de título de doação, e elencou dentre as demais hipóteses que as terras públicas poderiam ser objeto de doação (art. 2º,

alínea “c” e 4º, alínea “a”).

A doação poderia ser feita a todo cidadão que, domiciliado e residente em uma determinada área de terra, a tivesse tornado produtiva com seu trabalho, nela possuindo moradia habitual e cultura efetiva, anterior à lei nº 3.641/1966, não sendo proprietário rural (art. 6º, caput). Dispôs ainda que a área objeto de doação gratuita poderia ser de até 25 (vinte e cinco) hectares, sendo possível elevação a 100 (cem) hectares, em regiões de família numerosa ou quando a cultura ou a criação exigisse (art. 6º e 7º).

Os títulos recebidos por doação gratuita só poderiam ser alienados a terceiros após o prazo de três anos de sua expedição, assegurando o direito de preempção ou preferência do Estado na transação previsto no art. 1.149 do Código Civil de 1916 (art. 12, §§ 1º e 2º).

A doação onerosa era também prevista na Lei 3.641/1966, permitida a todo cidadão que não fosse proprietário rural, e desejasse cultivar e fazer criação efetiva em determinada área de terras, com a finalidade de torná-la produtiva com seu trabalho. Para este tipo de doação, era imposto como limite 100 (cem) hectares em áreas de terras (art. 13º e 14º).

A doação a título oneroso possuiria prazo de três anos a contar de sua concessão, prazo no qual o donatário deveria cumprir o que foi proposto e acordado, sob a pena de incorrer em mora, o que caso ocorresse, revogaria a doação e conseqüentemente haveria o retorno do imóvel ao domínio do doador (art. 15, caput e § único).

Em 22 de agosto de 1969 foi promulgado o Decreto-lei nº 57, o qual considerou que poderiam ser objeto de doação a título gratuito as terras devolutas do Estado, na condição em que o posseiro tivesse moradia habitual ou cultivo de lavoura, contudo ressalvou que a alienação neste caso específico independeria de autorização legislativa (art. 10º, caput).

O Decreto nº 7.454 de 19 de fevereiro de 1971, que regulamentou o decreto lei nº 57 de 22 de agosto de 1969 dispôs que o Estado poderia doar até 100 (cem) hectares de terras aos posseiros que nestas possuíssem cultivo de lavoura ou morada habitual (art. 5º, caput).

Para que fosse aceito o pedido de doação, o decreto fez algumas ressalvas (art. 7º §§1º, 2º e 3º), como a declaração pelo interessado se era a primeira vez que pleiteava a doação de terras do Estado e caso já tivesse recebido área anteriormente, deveria esclarecer qual o resultado do pedido e o destino dado à terra recebida. Esse decreto também ratificou a impossibilidade de alienação “*inter vivos*” antes do período de três anos a partir da expedição do título.

Importante salientar que até a legislação supracitada, as leis não determinavam especificamente que suas disposições se direcionavam a área urbana ou rural, apresentando caráter geral, sendo apenas ressalvada a necessidade de o beneficiário da doação não ser proprietário rural, assim como não havia previsão legal expressa direcionada a possibilidade de pessoa jurídica receber doação do Estado, pois o donatário da doação sempre figura como “cidadão” ou “posseiro”.

Em 08 de outubro de 1975 foi criado o Instituto de Terras do Pará (ITERPA)¹, através da Lei nº 4.584, o qual extinguiu a Secretaria de Agricultura e modificou o Decreto-lei nº 57/69. Em seu ato de criação foi autorizado livremente a alienar até cinco milhões de hectares de terras devolutas, para alienações em que o Poder Legislativo não houvesse concedido autorização específica. Definiu-se também que todos os processos agrários em tramitação, nos quais tivesse sido expedido título provisório, fossem encaminhados ao ITERPA para expedição dos títulos definitivos, respeitadas as demais exigências legais (art. 21 e §1º).

Determinou ainda que nos processos pendentes, quando comprovada a existência de posseiros que tenham morada habitual ou cultivo de lavoura até 100 (cem) hectares, caberia ao ITERPA promover “*ex-officio*” ou a requerimento do interessado, a legalização gratuita (art. 103).

Ressalta-se que, até o período das leis citadas acima, não havia no âmbito federal legislação que dispusesse sobre a doação de bens públicos com grande especificidade, inclusive quando situada no contexto da área urbana.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a doação de bens públicos foi reconhecida como forma de alienação, que assim se constituindo, deveria obedecer às regras de licitação, observar as restrições de inalienabilidade e vislumbrar o atendimento da função social da propriedade (art. 37, XXI), sendo permitida a pessoas físicas e jurídicas (art. 188, §1º). A partir de suas disposições, portanto, para a transferência de bens públicos por doação, o Poder Público deveria atender além dos critérios previstos nas leis estaduais, as diretrizes do direito público asseguradas pela Constituição.

A Constituição do Estado do Pará, promulgada em 1989, tratou sobre a questão urbana considerando como objetivos principais o desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar da população, assegurando-se o direito a moradia e definindo a urbanificação e regularização como itens prioritários para recebimento de recursos de desenvolvimento urbano e social. A regularização fundiária, inclusive, teve seu uso estipulado em favor prioritariamente da população de baixa renda e de preferência sem a remoção dos moradores (art. 236, I a VII).

Tais disposições são relevantes, pois as leis estaduais anteriores não dispuseram com detalhes sobre a questão urbana. Outra novidade advinda com a Constituição Estadual constitui-se na permissão de alienação gratuita ou onerosa estendida a pessoas jurídicas (art. 239, IV), incluída como reflexo da Constituição Federal. Contudo ressalta-se, que embora tenha tratado sobre as formas de alienação pelo Estado, não definiu se estas se aplicavam em específico a área urbana ou rural.

No âmbito Federal, a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 9.636/1998 foram as disposições que trataram mais claramente sobre a doação bens públicos. A Lei nº 8.666/1993 tornou dispensável a licitação no caso de doação permitida estritamente a outro órgão ou entidade da administração pública em qualquer esfera de governo e dispensou licitação para alienação gratuita ou onerosa de bens imóveis, com a finalidade de serem utilizados em programas habitacionais ou de regularização

1 Foi criado como uma autarquia estadual dotada de personalidade jurídica e autonomia administrativa e financeira com jurisdição em todo território estadual. Com a criação, passou a ser sua competência promover a alienação de terras, em transferências, medição, documentação, aproveitamento econômico das áreas objeto de alienação, com objetivo precípuo de a titulação possuir clareza, exatidão e segurança.

fundiária de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública (art. 17, I, “b” e “f”), e neste contexto instituiu como limite de área para doação 250 m².

A Lei nº 9.636/1998 reconheceu a doação de bens públicos à pessoa física e jurídica, enquanto beneficiária de programa de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social, desenvolvido por órgãos ou entidades da administração pública. Determinou reversão ao patrimônio da União caso a finalidade da doação não seja atendida no prazo estipulado e quando cessarem as razões que justificaram a doação e quando for dada ao imóvel aplicação diversa da prevista (art. 31, I, II e III, §2º), estando em consonância com as leis estaduais neste sentido.

Em âmbito estadual, coube a Lei nº 7.289 de 24 de julho de 2009 e ao Decreto estadual nº 2.135 de 26 de fevereiro de 2010, tratar sobre a regularização fundiária urbana no Estado. A Lei nº 7.289 compreendeu que pode adquirir o domínio, o indivíduo seja ocupante e esteja produzindo em terras do Estado, colaborando para o cumprimento de sua função social, sendo inexigível licitação, mas mediante o pagamento do valor de terra nua, em um prazo de dez anos, com preço estipulado pelo mercado imobiliário rural, e acrescido das despesas de vistoria e das taxas de administração, na forma prevista em regulamento (art. 7º, caput e §1º).

O Decreto Estadual nº 2.135/2010, que regulamentou a Lei nº 7.289/2009 e o Decreto-Lei Estadual nº 57, de 22 de agosto de 1969, tratou de forma peculiar sobre o que intitulou de regularização fundiária não onerosa, que seria uma modalidade de regularização de terras públicas através da doação, na qual são aferidos critérios de renda principalmente, como a declaração de que não possui outro imóvel rural e que é pobre ou de baixa renda (art. 28, §2º, I a V) e que definiu como limite para alienação não onerosa 100 (cem) hectares de terra, com a comprovação de morada permanente e cultura efetiva pelo prazo mínimo de um ano (art. 28, caput). Diferentemente das leis anteriores, vedou a concessão não onerosa de terras públicas rurais de propriedade do Estado a pessoas jurídicas, que não seja constituída por beneficiários da reforma agrária (art. 32).

As disposições legais não indicavam expressamente se se destinavam a áreas urbanas ou rurais, do que se compreendeu que tratavam de ambas. Deste modo, salienta-se que suas assertivas representaram um mecanismo legal no âmbito do Estado, que o direcionou para o uso das formas de alienação como meio para regularização fundiária, visando à ordenação do espaço urbano, o que se observou na regularização fundiária não onerosa, a qual se situa como doação, porém direcionada a fim específico de ordenação territorial, possibilidade não presente nas leis anteriores.

Com a exposição das leis federais e estaduais sobre a doação de bens públicos, é possível compreender que seu uso sofreu modificações com o advento de novas leis sobre o tema e os critérios para disposição de imóveis pelo poder público acentuaram-se, partindo-se de situação de simples ocupação para critérios que contemplassem o direito social à moradia a partir do vínculo com a terra, condição socioeconômica e a ordenação territorial. Por esta razão, demonstrou-se necessária a regularização fundiária com a devida titulação dos beneficiários, situando-se como marco destas mudanças a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A partir destas considerações, será apresentada na seção seguinte, a regulamentação legal

mais recente sobre a regularização fundiária urbana em âmbito federal, que permitirá avaliar as similitudes e contrapontos com as leis expostas e seu impacto para a regularização fundiária urbana no Estado do Pará.

4 A LEI N. 13.465/2017 E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

A Lei n. 13.465/2017 revogou o “Capítulo III” da Lei n. 11.977/2009, que tratava da regularização fundiária de assentamentos urbanos. Instituiu normas gerais e procedimentos aplicáveis no território nacional na Regularização Fundiária Urbana, que chamou de “*Reurb*”, considerando como princípios norteadores a sustentabilidade econômica, social e ambiental e a ordenação territorial, almejando a ocupação do solo de maneira eficiente e com uso funcional (art.9º, §1º).

Para isto, caracterizou o que seriam núcleos urbanos e núcleos urbanos informais, sendo os primeiros assentamentos humanos com usos e características urbanas, mesmo que situados em áreas qualificadas ou inscritas como rurais (art. 11º, I), e o segundo como os clandestinos, irregulares ou nos quais não foi possível a realização da titulação de seus ocupantes, atendendo à legislação vigente a época da implantação ou regularização. Definiu ainda, como núcleo urbano informal consolidado os de difícil reversão, tendo em vista o tempo de ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, além de outros aspectos a ser avaliados pelo Município (art. 11º, II e III).

Para a lei, ocupantes são aqueles que detêm área pública ou que possuam área privada, a qualquer título, de unidades imobiliárias situadas em núcleos urbanos informais (art. 11º, VIII).

Como instrumento para a *Reurb*, a lei definiu a demarcação urbanística como o procedimento para identificar os imóveis públicos e privados abrangidos pelo núcleo urbano informal e para obter a anuência dos respectivos titulares de direitos inscritos na matrícula dos imóveis ocupados, para que se proceda a averbação na matrícula dos imóveis e haja viabilidade da regularização fundiária, promovida a critério do Município (art. 11, IV).

A regularização terá dentre outros objetivos o de identificar núcleos urbanos informais, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos a seus ocupantes, ampliar o acesso a terra urbanizada pela população de baixa renda, priorizando a permanência dos ocupantes nos núcleos informais a ser regularizados, estimular a resolução extrajudicial de conflitos, garantir o direito social a moradia digna e ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade (art. 10, I a XII).

Até o exposto, não houve grande mudança, mas apenas uma redefinição de conceitos e objetivos, os quais são pressupostos para as duas modalidades de regularização que a lei estabeleceu, qual seja a regularização de interesse social - *Reurb-S* e a regularização de interesse específico – *Reurb-E*. A primeira é aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população baixa renda, e a segunda aos núcleos urbanos informais ocupados por população que não possua a referida característica (art. 13, I e II).

Para a Reurb-S foi garantida a isenção de custas e emolumentos para determinados atos registrais, como para o primeiro registro, para o registro da legitimação fundiária, gratuidade para o registro do projeto de regularização fundiária, com abertura da matrícula para cada unidade imobiliária urbana regularizada, para o fornecimento de certidões de registro para os atos listados, dentre outros, cabíveis sanções aos cartórios que não cumprirem tais disposições (art.13, §1º I a VIII, e §6º).

Para a regularização fundiária urbana de núcleos urbanos informais, ou a parcela deles, situados em áreas de riscos geotécnicos, de inundações ou outros riscos em lei tipificados, deverão ser realizados estudos técnicos para aferir a possibilidade de eliminação, correção ou administração do risco, e caso tais medidas não forem possíveis, o Município deverá promover a realocação dos ocupantes do núcleo urbano informal a ser regularizado. (art. 39, caput e §2º).

Necessário frisar o complemento a Lei nº 9.636/1998 feito pela lei 13.465/2017 à regularização fundiária em áreas da União, estabelecendo que pessoas físicas que utilizem regularmente imóvel da União por qualquer título, até 22 de dezembro de 2016, para fins de moradia, sendo de baixa renda, e que sejam isentas do pagamento de qualquer valor pela utilização, poderão requerer diretamente ao oficial de registro de imóveis a transferência gratuita da propriedade imóvel, preenchidos os requisitos da referida lei (art. 86).

Interessante ainda, a autorização concedida a União, suas autarquias e fundações, a transferir aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal, áreas públicas federais ocupadas por núcleos urbanos informais, para que estes promovam a regularização (art. 90).

As disposições permitem claramente a doação de bens da União para fins de regularização fundiária, e em âmbito Estadual são importantes, pois conferem a possibilidade de promover a reordenação de áreas federais que por questão de competência e domínio do ente federado, podem estar sem a devida regularização, constituindo-se a doação como um instrumento possível neste processo.

No que tange aos legitimados para requerer a regularização, a Lei nº 13.465/2017 ratificou assertivas da Lei nº 9.636/1998, atribuindo a possibilidade de requerê-la aos Entes federados por meio de entidades da administração pública direta e indireta, mas também aos próprios beneficiários, individual ou coletivamente, diretamente ou por meio de cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civil que tenham por fim a regularização fundiária urbana. São legitimados ainda proprietários, loteadores ou incorporadores, a Defensoria Pública em nome dos beneficiários hipossuficientes e o Ministério Público (art. 14, I a V).

A Lei ressalva, entretanto, que se os proprietários, loteadores ou incorporadores derem causa a formação dos núcleos urbanos informais, para depois requerer a regularização, poderão ser responsabilizados, administrativa, civil ou criminalmente (art. 14, §3º).

Uma especificidade advinda da lei foi a previsão da legitimação fundiária, não presente nas disposições anteriores, instituída como uma nova forma de registrar a propriedade. É definida como forma originária de aquisição de direito real de propriedade conferido por ato do Poder

Público aquele que detiver área pública ou possuir área privada, que constitua unidade imobiliária com destinação urbana integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016 (art. 23, caput).

Nesta, o beneficiário adquire a unidade imobiliária com destinação urbana devidamente regularizada, livre e sem ônus, gravames ou inscrições em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado (art. 23, § 2º).

Na Reurb-S, definiu-se para concessão de legitimação fundiária critérios com semelhanças às leis anteriores, como a proibição de ser concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural, restringindo que o indivíduo não tenha sido beneficiado por mais de uma legitimação fundiária ou de posse de imóvel urbano com mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto. Tratando-se de imóvel urbano com finalidade não residencial, deve ser reconhecido o interesse social de sua ocupação pelo Poder Público (art. 23, §1º, I a III).

Nesta forma de regularização, os entes federados e suas entidades vinculadas quando titulares do domínio estão autorizados a conceder o direito de propriedade aos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado por meio da legitimação fundiária e para isso, deverão encaminhar a Certidão de Regularização Fundiária - CRF para registro imediato da aquisição de propriedade, consistindo em ato administrativo de aprovação da regularização fundiária (art. 41, caput). Neste caso, estarão dispensadas a apresentação de título individualizado e as cópias da documentação referente à qualificação do beneficiário, o projeto de regularização fundiária aprovado, a listagem dos ocupantes e sua devida qualificação e a identificação das áreas que ocupam. (art. 23, §§4º e 5º).

Além disso, para garantir que os ocupantes que não participaram deste processo no início, mas se enquadram nos requisitos da Reurb-S possam ser adquirir tal direito, a lei previu a possibilidade de o poder público atribuir domínio adquirido por legitimação fundiária aos ocupantes que não tenham constado da listagem inicial, mediante cadastramento complementar, sem prejuízo a nenhum direito que tenha sido garantido aos demais (art. 23, § 6º).

Este é um dos aspectos que atribuirá celeridade ao processo de regularização, na medida em que a própria administração pública concederá o direito de propriedade aos ocupantes, inclusive de forma coletiva, cabendo ao registro o aspecto formal.

No processo administrativo para regularização, definiu-se que competem aos Municípios em que esteja situado o núcleo urbano informal classificar as modalidades de regularização, processar, analisar e aprovar os projetos de regularização fundiária e emitir a CRF, e quando a Reurb for requerida pela União ou pelos Estados, esta classificação será sua responsabilidade (art. 30, I a III, §1º).

Após a instauração da Reurb, o Município deverá buscar determinar a titularidade do domínio dos imóveis onde está situado o núcleo urbano informal a ser regularizado, e notificar os titulares de domínio, os responsáveis pela implantação do núcleo urbano informal os confinantes e os terceiros eventualmente interessados, para que se desejem, apresentem impugnação no prazo de 30 (trinta) dias, e existindo impugnação, deverá ser iniciado procedimento extrajudicial de composição de conflitos (art. 31, §§ 1º a 3º).

Conforme a lei, o projeto de regularização fundiária deve indicar no mínimo a planta do perímetro do núcleo urbano informal, projeto urbanístico, memoriais descritivos, estudo técnico ambiental, cronograma físico de serviços e implantação de obras de infraestrutura essencial, deverá considerar as características da ocupação e da área ocupada para definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos, dentre outras exigências (art. 35, I a X e § único).

Ressaltasse a pontual distinção feita pela lei no que tange a responsabilização pelo custeio da regularização, pois na Reurb-S sua elaboração e custeio cabe ao ente público, Município ou Distrito Federal se operada sobre área de titularidade de ente público, e se operada sobre área titularizada por particular, a quem caberá implementar a infraestrutura essencial quando necessária (art. 33, I, “a” e “b”).

Na Reurb-E a regularização fundiária será contratada e custeada por seus potenciais beneficiários ou requerentes privados, e quando incidir sobre áreas públicas, caso exista interesse público, o Município poderá proceder à elaboração e custeio do projeto de regularização fundiária e implantação da infraestrutura essencial, cobrando posteriormente seus beneficiários (art. 33, II e III).

Na Reurb-S caberá ao poder público diretamente ou por meio da administração indireta, implementar a infraestrutura essencial, os equipamentos comunitários e as melhorias habitacionais previstos nos projetos de regularização e arcar com os ônus de sua manutenção, enquanto que na Reurb-E o Distrito Federal ou os Municípios definirão, conforme a aprovação dos projetos de regularização fundiária, os responsáveis pela implantação da infraestrutura essencial e dos equipamentos públicos ou comunitários, e a implementação das medidas de mitigação e compensação urbanística e ambiental e dos estudos técnicos, podendo a responsabilidade ser transferida aos próprios beneficiários (art. 37 e 38, I a III).

Uma inovação para o processo de regularização fundiária trata-se da possibilidade de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com competência para solucionar conflitos relacionados à Reurb, mediante solução consensual e passível celebração de ajustes com os Tribunais de Justiça Estaduais e ainda, promoção de mediação coletiva de conflitos (art. 38, I a III e §1º).

De modo prático, tem-se que a Regularização fundiária urbana passou a ter sete fases: o requerimento dos legitimados; processamento administrativo do requerimento com prazo para manifestação dos proprietários ou terceiros interessados; elaboração do projeto da Reurb; saneamento do processo administrativo; decisão da autoridade competente; expedição da CRF pelo Município; registro da CRF pelos Legitimados perante o Oficial do cartório do registro de imóveis (art. 28, I a VII). Para efetiva implantação das medidas da Reurb os entes federativos poderão celebrar convênios ou outros instrumentos com o Ministério das Cidades (art. 29).

Para fins de regularização fundiária urbana, a Lei n. 13.465/2017 descreveu instrumentos que podem ser empregados no âmbito da regularização fundiária, sem, contudo, excluir outros institutos jurídicos cabíveis, dois quais se destacam a legitimação fundiária, a concessão de uso especial para fins de moradia, a concessão de direito real de uso, a compra e venda e a própria

doação, como forma cabível para implementar a Reurb (art. 15, I a XV). Trata-se, pois de um rol exemplificativo, com margem para a atuação discricionária do poder público em escolher o meio jurídico para promover a regularização fundiária urbana.

A partir das considerações apresentadas é importante pontuar as possíveis distinções da Lei n. 13.465/2017 em comparação à Lei n. 11.977/2009, legislação anterior em âmbito federal sobre a regularização fundiária urbana.

A Lei n. 11.977/2009 também definia duas modalidades de regularização, a de interesse específico e de interesse social. Para ambas, a elaboração de um projeto de regularização fundiária era requisito basilar, que no caso da regularização de interesse social precisava ser aprovado pelo Município (art. 53).

Na Lei n. 11.977/2009, a regularização fundiária de interesse social poderia ser feita em assentamentos irregulares ocupados por população de baixa renda, mas com o requisito temporal de que a área estivesse ocupada, de forma mansa e pacífica, há, no mínimo, 5 (cinco) anos, que se tratasse de imóveis situados em ZEIS², ou ainda nos casos de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social (art. 47, VII e VIII). A regularização fundiária de interesse específico seria aplicável a assentamentos que não se enquadrassem nestes critérios.

A Lei nº 13.465/2017 por sua vez, resumiu a aplicação da Reurb-S a núcleos urbanos informais ocupados por população de baixa renda, não prevendo mais o critério temporal de ocupação como na legislação anterior, mas apenas estipulou possíveis sanções aqueles que derem causa a formação de núcleos urbanos informais para depois requerer a regularização. Alterou também a disciplina sobre as Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), que de uma das hipóteses para regularização fundiária de interesse social se tornou na Lei n. 13.465/2017, instrumento de planejamento urbano ao qual a regularização fundiária não está condicionada (art. 18, caput e §2º).

No que tange aos legitimados para promovê-la a Lei n. 11.977/2009 trazia possibilidade aos entes federados e a população moradora de forma individual ou em grupo, por intermédio de cooperativas, associações e organizações sociais que possuíssem por escopo a promoção de atividades ligadas ao desenvolvimento urbano ou à regularização fundiária (art. 50, I e II). As disposições foram contempladas pela Lei 13.465/2017, mas incluiu-se expressamente a possibilidade de ser requerida pelos proprietários, loteadores e incorporadores, e ainda conferiu legitimidade ao Ministério Público e a Defensoria Pública em favor dos beneficiários hipossuficientes.

No que tange a responsabilidade pela infraestrutura no âmbito da regularização fundiária conforme Lei n. 11.977/2009, na modalidade interesse social caberia ao poder público, diretamente ou por meio de seus concessionários ou permissionários de serviços públicos o ônus (art. 55), enquanto que na de interesse específico a responsabilidade por esta implementação poderia ser compartilhada com os beneficiários da regularização fundiária de interesse específico, mas seria preciso analisar os investimentos em infraestrutura e equipamentos comunitários já realizados

² Zona Especial de Interesse Social, que segundo a Lei n. 11.977 tratava-se de parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo (art. 47, V).

pelos moradores, e o poder aquisitivo da população a ser beneficiada (art. 62, I a IV e §1º, I e II).

Na Lei n. 13.465/2017, a responsabilidade na Reurb-S pertence também ao poder público, contudo na Reurb-E a lei suspendeu os critérios existentes na lei anterior para transferir a responsabilização aos beneficiários, estipulando sua responsabilidade como regra nesta modalidade de regularização, podendo o poder público promovê-la apenas se for de seu interesse por incidir em área pública, com previsão expressa de cobrança futura dos beneficiários pela implementação.

Contrapondo as legislações, observa-se que a Lei n. 13.465/2017 almejou a simplificação de conceitos e procedimentos para a regularização fundiária urbana, redefinindo instrumentos já presentes na norma anterior, o que se percebe desde logo com a definição dos núcleos urbanos informais a partir das características urbanas, considerando a ausência de titulação e as características da área ocupada. Neste viés, a legitimação fundiária apresenta-se como a mudança mais relevante da nova legislação, que no âmbito da Reurb-S permite a aquisição originária do direito real de propriedade nos núcleos urbanos informais consolidados.

Em âmbito local, compreendesse que a edição da Lei n. 13.465/2017 contribuirá para orientação do Estado do Pará ao promover a regularização fundiária, pois as definições que estabeleceu para área urbana permitem melhor adequação da área destinada a regularização fundiária, na medida em que o conceito de núcleo urbano informal passou a ter grande alcance, podendo inclusive ser situado em área rural.

Diferente das legislações anteriores, a Lei 13.465/2017 elencou um rol de institutos jurídicos que podem ser empregados como instrumentos da regularização fundiária, com previsão expressa para a doação (art. 15, XIV), e não excluiu nenhuma especificamente do rol de possibilidades do Poder Público ao promover a regularização fundiária, em vez disso, conferiu discricionariedade ao poder público para que eleja melhor forma para atender a necessidade social existente.

Desta forma, compreende-se que as disposições estaduais não se confrontam totalmente com o que instituiu a Lei n. 13.465/2017 no que se refere a regularização fundiária urbana, e sendo assim para que o Estado do Pará atue neste âmbito poderá utilizar-se da regulamentação legal que possui, compatibilizando-a com o que institui a referida lei, principalmente na especificação da área urbana a ser regularizada e na forma e processo para legitimação.

Ilustra-se isso quando se demonstra, por exemplo, a regularização fundiária não onerosa prevista no Decreto Estadual nº 2.135/2010, que pelos seus requisitos pode enquadrar-se como uma Reurb-S, prevista na Lei n. 13.465/2017, que assim como na previsão estadual, requer prioritariamente que o beneficiário seja baixa renda e não possua outro imóvel urbano ou rural, partindo do pressuposto que a doação é um instrumento jurídico para promover a para a regularização fundiária urbana.

Considerando as proposições apresentadas, compreende-se que a Lei n. 13.465/2017 buscou simplificar o processo de regularização fundiária urbana, reduzindo conceitos e etapas presentes na legislação anterior e considerando os núcleos urbanos informais a partir de caracteres mais concretos, correspondentes com a realidade das cidades.

5 CONCLUSÃO

A doação de bens imóveis públicos é uma forma de alienação presente no contexto de formação do Brasil, reconhecida pela doutrina e permitida como ato legítimo dos entes públicos, para receber e efetuar doações de bens imóveis a particulares, desde que observada à lei civil e administrativa. As leis estaduais e federais preveem a doação gratuita e onerosa como formas passíveis de uso pelo poder público, as quais são escolhidas a partir do objetivo pretendido por este.

Delineou-se uma tendência nacional, iniciada com a Lei Federal nº 9.636/1998, em reconhecer a importância da regularização fundiária como um direito social, isto é, como pressuposto para a garantia de outros direitos básicos, e que deve estar associada à garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, diretriz também contemplada na Lei n. 13.465/2017. Para isso, a doação é claramente uma das formas possíveis que permitem ao Poder Público transferir um bem público e ao mesmo tempo cumprir uma função social, possibilidade plenamente contemplada na nova legislação.

No Estado do Pará concluiu-se que as leis possuíam menor rigidez no que tange a disposição dos bens públicos, as quais mesmo após 2009, com a promulgação de leis estaduais que trataram de regularização fundiária por meio da doação, a possibilidade de disposição dos bens públicos persistiu mais ampla, principalmente no que tange ao limite de área permitida para doação.

Neste sentido, compreendeu-se que a Lei n. 13.465/2017 conseguiu abarcar as necessidades do contexto urbano e as características atuais da cidade, para estipular critérios para a regularização fundiária, e servirá ao poder público como instrumento jurídico claro e atual para sua promoção. No Estado do Pará, observou-se que o novo regramento legal não se opõe as leis estaduais estudadas no que tange a doação, de modo que sua aplicação poderá ser compatibilizada na prática.

O reconhecimento de diversos instrumentos para regularização fundiária, dentre os quais se previu a doação, permitiu perceber que o novo diploma legal buscou descrever expressamente diversas formas de transferência de bens imóveis, sem excluir outras, de modo a amparar a atuação do ente público para que na análise do caso concreto, se escolha da forma que se considere mais adequada à regularização.

Na prática evidenciou-se contrariedade à pressuposição que ensejou esta pesquisa, tendo em vista que no estudo aprofundado do tema, no que concerne a doutrina e legislação específica em âmbito estadual e federal, revelou que a doação de bens públicos além de possuir vasta presença nas leis analisadas, se consolidou no decorrer dos anos como forma de alienação gratuita de bens públicos e instrumento para regularização fundiária. Embora as transferências se pautassem no direito privado, ao mesmo tempo, as normativas já buscavam de antemão estabelecer limites à disposição dos bens públicos, instituindo critérios e finalidades que os beneficiários deveriam possuir para recebê-la.

Na análise observou-se que esta passou a ser normatizada como instrumento a ser utilizado pelo poder público para transferência gratuita e ordenação da cidade, usada não só como para

transferências singulares, mas também amplamente tendo em vista a regularização de espaço urbano, conforme a lei mais recente.

Ademais, restou claro, que a doação de bens imóveis públicos, necessita de maiores debates e estudos no contexto estadual e nacional, pois é uma forma legítima de ordenação do território e com a Lei n. 13.465/2017, reconhecida expressamente como instrumento para a regularização fundiária, fazendo-se necessário a redefinição do olhar sobre o Instituto em sua forma atual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil de 2002**: promulgado em 10 de janeiro de 2002. Organização do texto: Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nicoletti. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nicoletti. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

BRASIL. Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 jul. 2009. Seção 1, p. 2.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629... e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jul. 2017. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Seção 1, v. 6, p. 8269.

BRASIL. Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 maio 1998. Seção 1, v. 5, p. 2.

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

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

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARRARA, Thiago. **Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: RT, 1998.

MUNIZ, João de Palma. *Índice geral dos registros de terras*. Belém: Imprensa Oficial, 1907. t. 1.

PARÁ. Constituição de 1989. **Constituição do Estado do Pará**: promulgada em 5 de outubro de 1989. Organização do texto: Edílson Nery Pinheiro. Pará: Consultoria Geral do Estado, 2011.

PARÁ. Decreto nº 2.135, de 26 de fevereiro de 2010. Regulamenta a Lei nº 7.289, de 24 de julho de 2009 e o Decreto-Lei Estadual nº 57, de 22 de agosto de 1969 para tratar da regularização fundiária nas terras públicas pertencentes ao Estado do Pará e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 2 mar. 2010. v. 119, n. 31.615, p. 5.

PARÁ. Decreto nº 3.791, de 31 de janeiro de 1921. Dá novo regulamento ao serviço de terras do Estado. **Jornal Folha do Norte**, Belém, 24-30 abr. 1921.

PARÁ. Decreto nº 410, de 8 de outubro de 1891. Regula a alienação de terras devolutas situadas dentro dos limites do Estado do Pará, e dá regras para a revalidação de sesmarias e outras concessões do governo e para a legitimação das posses mansas e pacíficas. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 10 out. 1891.

PARÁ. Decreto nº 7.454, de 19 de fevereiro de 1971. Regulamenta o Decreto-lei n. 57, de 22 de agosto de 1969, que dispõe sobre as terras públicas do Estado. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 27 fev. 1971.

PARÁ. Decreto-lei nº 57, de 22 de agosto de 1969. Dispõe sobre as terras públicas do Estado e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 23 ago. 1969.

PARÁ. Lei nº 1.137, de 11 de março de 1955. Estabelece normas sobre a alienação de bens do domínio patrimonial do Estado. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 13 mar. 1955.

PARÁ. Lei nº 1.423, de 9 de outubro de 1914. Autoriza a concessão gratuita de terras devolutas até o máximo de cem hectares cada lote. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 24 out. 1914.

PARÁ. Lei nº 3.641, de 5 de janeiro de 1966. Dispõe sobre a legislação de terras do Estado e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 8 jan. 1966.

PARÁ. Lei nº 4.584, de 8 de outubro de 1975. Cria o Instituto de Terras do Pará – ITERPA, extingue a Divisão de Terras da Secretaria de Agricultura, modifica o Decreto-lei n. 57/69 e estabelece providências correlatas. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 17 out. 1975.

PARÁ. Lei nº 7.289, de 24 de julho de 2009. Dispõe sobre a alienação, legitimação de ocupação e concessão de direito real de uso e Permissão de Passagem das terras públicas pertencentes ao Estado do Pará. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 29 jul. 2009. v. 119, n. 31.471, p. 5.

PARÁ. Lei nº 762, de 10 de março de 1954. Dispõe sobre a aquisição gratuita ou onerosa de terras do Estado. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 19 mar. 1954.

PARÁ. Lei nº 824, de 14 de outubro de 1902. Autoriza o governo a conceder títulos definitivos de propriedade sem indenização alguma aos atuais ocupantes de diversos núcleos coloniais. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 15 out. 1902.

Como citar: SANTOS, Erica Ferreira dos; FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha. A regulamentação da doação de bens públicos no Estado do Pará AR 13.465/2017. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n.1, p. 26-44, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p26. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 23/10/2017.

Aprovado em: 05/09/2018.

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DO
DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE**

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE EFFECTIVENESS OF
THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH

Paulo Junior Trindade dos Santos*
Gabriela Samrsl a Möller**
Vinícius Almada Mozetic***

* Pós-Doutorado em andamento pela UNOESC. Pós-Doutorado em Direito pela UNISINOS, concluído em 2019. Doutorado e Mestrado em Direito pela UNISINOS. Professor colaborador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC.
E-mail: pjtrindades@hotmail.com

** Mestranda em Direito pela UNOESC. Graduada em Direito pela UNISINOS.
E-mail: gabi.moller@hotmail.com

*** Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2016) com estágio pós-doutoral na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2017); Professor titular do Programa de Pós-graduação - Mestrado em Direito da UNOESC - Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais. Advogado. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8801-990X>. Experiência na área de Direito, com ênfase em Hermenêutica Jurídica, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Digital atuando principalmente em temas relacionados às novas tecnologias.

E-mail: vinicius.mozetic@unoesc.edu.br

Como citar: SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MÖLLER, Gabriela Samrsl a; MOZETIC, Vinícius Almada. Jurisdição constitucional e a efetivação do direito fundamental a saúde. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 45-64, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p45. ISSN: 1980-511X.

Resumo: A Jurisdição Constitucional e a Efetivação do Direito Fundamental à Saúde são temas elementares para compreender a expressão da Jurisdição Constitucional na atualidade e o modo pelo qual o direito fundamental à saúde é tratado junto aos Tribunais. Aponta-se a construção e evolução da Jurisdição Constitucional desde seu aspecto histórico até sua legitimação Democrática, a qual dá baliza para que venha a ser efetivado o Direito Fundamental à Saúde. Esse direito fundamental emerge das transformações do Estado de Direito Liberal ao Social, tornando-se Direitos Sociais levados ao Judiciário, na atualidade. Com o modelo de Estado Democrático de Direito, concretizado em um modelo de Estado Ativo-Responsivo, voltado à democracia participativa, a Constituição veio a reconhecer textualmente diversos direitos, com especial destaque ao direito de acesso à justiça, o qual acaba por efetivar o Direito à Saúde pela via Judicial - as Cortes Supremas detêm as decisões mais relevantes quanto ao tema para que assim se realizem. Portanto, a Jurisdição Constitucional transcende as suas funções frente as demais, passando a ser um órgão de clamor democrático voltado à realização dos direitos fundamentais, com especial atenção ao direito à saúde.

Palavras-Chave: Jurisdição constitucional. Efetivação. Direito fundamental à saúde.

Abstract: The Constitutional Jurisdiction and the Enactment of the Fundamental Right to Health are important for understanding the expression of the Constitutional Jurisdiction in present day and the way in which the fundamental right to health is treated by Brazilian Courts. This paper points out the construction and evolution of the Constitutional Jurisdiction from a historical aspect and analyzes its Democratic legitimacy, which validates the Fundamental Right to Healthcare in Brazil. This fundamental right emerges from the transformations of the State, from Liberal to Social, in where social rights make way to the Judiciary. With the model of the Democratic State of Law, embodied in the model of an Active-Responsive State, focused on participatory democracy, the Constitution came to recognize several rights, giving special emphasis on the right to access the justice system, which consequentially influences health care treatment. Furthermore, the Brazilian Supreme Court holds the most relevant decisions on this subject, binding all other decisions in lower courts. Therefore, the Constitutional Jurisdiction transcends its functions vis-à-vis others, becoming an organ of the democratic outcry aimed at the realization of fundamental rights, giving special attention to the right to health.

Keywords: Constitutional Jurisdiction; Effectiveness; Fundamental Right to Health.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como temática a Jurisdição Constitucional e a Efetivação do Direito Fundamental à Saúde. Neste sentido aponta-se a construção e evolução da Jurisdição Constitucional desde seu aspecto histórico até sua legitimação democrática, responsável por dar baliza para que seja efetivado o Direito Fundamental à Saúde, pois este direito fundamental emerge das transformações do Estado de Direito Liberal ao Social e, neste último momento, os Direitos Sociais são levados ao Judiciário.

Com a separação dos poderes como técnica constitucional impostas nos primeiros textos legais, chega-se na contemporaneidade à divisão dos poderes, na qual a Jurisdição Constitucional passa a ter grande relevância e o Poder Judiciário passar a ser dotado de legitimidade democrática. Portanto, a Jurisdição Constitucional, no que tange ao Estado Democrático de Direito, compreendido como Ativo-Responsivo, passa a deter uma real importância como instituição Política, protegendo direitos fundamentais dos cidadãos como função conquistada pelo controle de constitucionalidade.

Em um primeiro momento, o estudo refletirá acerca da *Jurisdição Constitucional* (algumas reflexões históricas e sua nova função frente à crise estatal¹), assim traçando a superação da técnica Constitucional engenhada por Locke e por Montesquieu no que se refere à rígida separação dos poderes, que tratava o Poder Judiciário como “mera boca da lei”, pois devido às crises dos modelos de Estado De Direito Liberal e Social eclode a Jurisdição Constitucional.

O Poder Judiciário ganha ampla relevância e evidencia com o (re)dimensionamento de suas atividades frente a sua organização que volta-se a engenharia da Jurisdição Constitucional, e que esta apresenta-se por dois modelos: *1*) o Norte-Americano e o Europeu, o primeiro surge do caso *Marbury v. Madson*, *2*) e o segundo da construção de Kelsen posta na Constituição Austríaca², ambos modelos de jurisdição superam a visão de jurisdição ordinária centrada na figura do juiz para o desenvolvimento do guardião das promessas Constitucionais.

Neste sentido, com a Jurisdição Constitucional (em seus dois modelos) chega-se a “divisão dos poderes”, o qual demonstra que pelas crises que levaram ao Estado a reformulação de suas Constituições veio a impulsionar tangencialmente as funções de seus demais Poderes. Desta forma, o Poder Judiciário recebe novas atribuições. Resta evidente uma dupla crise que se dá pela crise institucional e pela crise social, responsáveis estas pela nova divisão de poderes.

De tudo isso, discute-se muito a *Legitimação Democrática da Jurisdição Constitucional*³,

¹ Logo após o momento de criação das Constituições Dirigentes, passou-se a ter grande tensão entre as três Esferas Políticas, criando-se assim, um check and balances, no qual a Corte Constitucional por via da Jurisdição Constitucional pode regular os demais poderes através do Controle de Constitucionalidade (difuso, concentrado e misto) e dos Atos Administrativos, chamado pelos americanos de review of legislation, que assim, juntamente com a Democracia Substantiva, nasce o aclamado Ativismo Judicial, passando assim, o Poder Judiciário a exercer grande atividade de regulação diante dos demais Poderes.

² Conseqüentemente surge o embate de quem deveria ser o Guardião da Constituição tendo como território de disputa teórica a Constituição de Weimar, disputa entre Kelsen e Schmitt. Kelsen defende que o Estado deve ter uma Corte dotada de Jurisdição Constitucional para com a guarda da Constituição, Schmitt defendia que o guardião deveria ser o Presidente do Reich. A teoria de Kelsen foi adotada por grande parte dos ordenamentos jurídicos Europeus.

³ A legitimação democrática de origem é a legitimidade constitucional para investidura da função pública para investir-se do cargo, pois em alguns países os Juizes são eleitos diretamente pelo sufrágio universal representando a vontade da maioria, já em outros países os Juizes são escolhidos dentro de um conjunto de pré-requisitos, e, além disso, serão escolhidos pelos representantes do Poder Legislativo ou do Executivo; legitimidade da jurisdição constitucional se

justifica-se que a legitimidade se dá pelo pacto originário construído pela soberania popular do poder (princípio da maioria), que por sua maioria legitima constitucionalmente a Jurisdição Constitucional para com a tomada de decisões Políticas. Superado o aspecto da legitimidade, vale ressaltar a *Jurisdição Constitucional*: e suas novas funções e os espaços que vem flanqueando sob a égide do Estado Democrático de Direito desenvolve-se em meio ao ambiente Político.

Ocorre assim, uma expansão jurisdicional pela via processual frente a uma sociedade democrática que se demonstra conflitual e carente de efetivação de direitos elencados na Constituição. A sociedade busca tanto no âmbito coletivo quanto individual a tutela, efetivação e a concretização dos direitos fundamentais. Evidente fica o deslocamento de tensão no que diz respeito dos procedimentos Políticos para os procedimentos Judiciais, que passam a afirmar-se por meio da Jurisdição Constitucional oferecendo ainda como possibilidade a realização de valores essencialmente democráticos e a proteção dos direitos fundamentais.

O radicar-se do Direito na realidade segue um itinerário muito complexo, e menos linear, do que simplesmente medir a efetividade da norma unicamente a partir de sua direta e imediata aplicabilidade em situação determinada (RODOTÁ, 2006, p. 31). O Estado Ativo-Responsivo é relevante para compreender como a saúde deve ser considerada pelo direito na atualidade, vedando-se o retrocesso e primando-se pelo acesso à justiça com o fim de efetivar um direito fundamental tão importante ao ordenamento ao jurídico e a sociedade.

1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES HISTÓRICAS^{4,5}

A crise institucional política desloca as tensões mais sensíveis e complexas ao Poder Judicial, e este poder, além de investir-se de suas funções próprias, é também fortalecido pela Jurisdição Constitucional (HÄBERLE, 2009), seguido por dois modelos de controle de constitucionalidade (CAPPELLETTI, 1984): o Norte-Americano e o Europeu. Ambos modelos nascem com a finalidade de manter a supremacia Constitucional, vista como o ápice do o ordenamento jurídico estatal. Além da Jurisdição Constitucional ter como finalidade a supremacia Constitucional, ao mesmo tempo, busca “a) incidir lo mínimo sobre las opciones políticas ya decididas por el legislador, en el pasado

da pela legitimidade da minoria frente à maioria, por óbvio deixa-se margem para que as minorias possam sustentar alguns direitos frente as maiorias, mais especificamente no que concerne os direitos fundamentais; legitimidade democrática da jurisdição constitucional pela sua neutralidade é a legitimação que a jurisdição constitucional tem para dirimir conflito entre órgãos e entre a constituição e os órgãos; legitimidade da Jurisdição Constitucional em razão de seu exercício.

4 No obstante que, en el origen, existen relevantes distancias entre los sistemas de garantía jurisdiccional de la Constitución: judicial review o justicia constitucional; tradiciones de common o de civil law; control abstracto o concreto, preventivo o sucesivo; tutela de los derechos constitucionales o control de conformidad constitucional de las leyes. El Estado de derecho no es siempre la misma cosa que Etat de droit, Rechtsstaat o Rule of law. El Estado constitucional, en consecuencia, no coincide en todas partes. La propia Constitución no es norma suprema en la misma medida, cuando cambian las relaciones entre cortes y poderes legislativos. Pero justamente por esto es que resaltan las convergencias prácticas que se encuentran en el “juzgar en derecho constitucional”.

5 Es obvio que si la distinción entre los diferentes órdenes jurisdiccionales se establece en función de la naturaleza de la norma que fundamenta la pretensión y la decisión, la jurisdicción constitucional no es ejercida sólo en Europa por los Tribunales Constitucionales ni es jurisdicción constitucional toda la actividad que éstos llevan a cabo en ejercicio de sus competencias. Por comodidad de la exposición, una vez acotado el concepto que aquí utilizamos de jurisdicción constitucional, llamamos jurisdicción ordinaria a la desarrollada en todos los demás órdenes.

más o menos próximo; b) limitar al mínimo las opciones futuras del legislador” (GROPPI, 2003).

A Jurisdição Constitucional, nesse sentido, pode ser considerada uma dentre as grandes manifestações da Jurisdição, caracterizada por ser, intrinsecamente e especialmente, a passagem de um protagonismo meramente legislativo para um protagonismo jurisdicional, voltado essencialmente à proteção dos Direitos Humanos.

2.1 Jurisdição Constitucional e o Controle Concentrado de Constitucionalidade

O constitucionalismo revela-se antes pelo embate teórico levantado e amplamente discutido por Kelsen (2007) e Schmitt (1983). Desta importante discussão, a Jurisdição Constitucional ganha contornos junto ao modelo de *control de constitucionalidade concentrado/Europeu* [Austriaco–Alemão] (HORN, 2011, p. 267-268), realizado por meio de um órgão especializado; ou seja, por uma Corte especializada que se situa como um *metapoder*, atuando como garantidor dos fundamentos constitucionais, regulando os demais poderes e realizando o papel político de forma ativa, cuja competência volta-se ao exercício do controle de constitucionalidade (BARACHO, 2001. p. 116). Essa nova roupagem que ganha a Jurisdição Constitucional desenvolveu-se a partir dos *Hauptprobleme* de 1911 e da profunda revisão da teoria e dogmática *juspublicista* alemã que está em sua base (COSTA; ZOLO, 2006, p. 380).

Kelsen, de um lado, defende ser o Poder Judiciário responsável pelo controle de Constitucionalidade das Leis pela via concentrada, passando a ser o guardião da Constituição. Já, de outro lado, *Schmitt* defendia que o defensor-guardião deveria ser o Presidente do Reich. Ocorre que a teoria de Schmidt não foi bem recebida, pois vivenciava-se a Segunda Grande Guerra Mundial, onde o Presidente do Reich imoderadamente usava de seus poderes com finalidade de manter a guerra. O embate entre Kelsen e Schmitt teve como cenário a Constituição de Weimar, por meio da qual ocorre uma verdadeira revolução constitucional, cujo objetivo foi superar a crise que era imposta por largos e dolorosos períodos autoritários vivenciados entre as duas Grandes Guerras Mundiais:

El problema de la defensa constitucional siempre aparece cuando la Constitución está en crisis. Y al salir de largos y dolorosos periodos autoritarios, se produce auténtica “revolución constitucional” que arriba a la conclusión que las declaraciones constitucionales de los derechos, necesitan de un sistema judicial para hacerlas efectivas. Un sistema de justicia constitucional, resulta ser el mejor instrumento para luchar contra los demonios pasados. Así sucesión en Europa. En Alemania, Italia, Portugal y España, se crean los tribunales constitucionales al salir de largas y férreas dictaduras (SOSA, 1993, p. 8).

A teoria elaborada por Kelsen foi difundida mundialmente, motivo pelo qual outros ordenamentos jurídicos da Europa adotaram-no. Alude-se ainda que Kelsen⁶ foi influenciado pelos

6 Influenciant durablement la doctrine française par sa méthode positive, il résout, comme son contemporain Kelsen, la question du fondement de l’ordre judiciaire par une référence à la loi fondamentale. Les publicistes de son époque peuvent affirmer en toute rigueur que, « dans la nature des choses, il n’y a pas de pouvoir judiciaire », celui-ci

ideários iluministas-burgueses, tomando por base algumas das formulações e ideais doutrinários engendrados pelo juiz francês Montesquieu (COLSON, 2006, p. 37). Assim, a guarda da constituição foi delegada às Cortes Constitucionais revestidas pela Jurisdição Constitucional, superando o modelo tradicional de separação de poderes, chegando à divisão de poderes, por meio do controle de constitucionalidade concentrado, pois o Estado por meio da Jurisdição Constitucional controlará e limitará os demais poderes (LLORENTE, 1988, p. 20-21)⁷ (Legislativo e Executivo). Desta feita, ocorre a chamada “Revolução Constitucional”.

2.2 Jurisdição Constitucional e Controle Difuso de Constitucionalidade

De outro lado, nos Estados Unidos da América, a Jurisdição Constitucional emerge com caso emblemático *Marbury v. Madson*, no ano de 1803^{8,9,10}. O caso demonstrou grande preocupação e influência na concepção do *controle de constitucional difuso*, o qual não surge da propriamente de disposições da Constituição Federal Americana de 1787, mas, sim, dos primeiros conflitos suscitado pela prática política e constitucional (BARACHO, 2001, p. 96). Para a Jurisdição Constitucional Norte-Americana um dos elementos mais importantes ao controle de constitucionalidade foi o

*judicial review of legislation*¹¹ inaugurado pelo julgamento *Marbury v. Madson*¹², pois impulsiona n'existant que « si la constitution le crée ». Une telle affirmation laisse cependant entière la question qui taraude la pensée politique et la doctrine juridique depuis la publication de l'esprit des lois et qui a trait à la place occupée par le pouvoir de juger au sein de la puissance souveraine et aux rapports qu'il entretient avec les autres attributs de cette dernière.

7 En la Europa continental, en donde la separación de poderes no fue nunca entendida como equiparación entre ellos, el poder judicial no es ideal mente otra cosa que «la puissance exécutive des choses qui dependent du droit civil». El juez está sujeto a la ley, a la que, en consecuencia, no puede juzgar, y con la que no puede competir. La decisión judicial, que no «revestirá nunca la forma de regla general», limita sus efectos a quienes han sido parte en el proceso y no tiene otra fuerza que la propia de la res judicata. Es cierto que esta concepción de la jurisdicción es puramente ideológica, en cuanto no plenamente concorde con la realidad y que incluso como simple ideología se ha visto sometida, al menos desde comienzos de siglo y muy acentuadamente desde mediados de éste, a una profunda revisión. Ni la realidad incontestable de la eficacia general, aunque meramente «persuasiva, que en la práctica alcanzan las decisiones de los Tribunales Supremos (que son, por lo demás, en Europa, Tribunales de casación, aunque también en este punto teoría y realidad difieren no poco), ni el esfuerzo generalizado por construir una teoría de la jurisdicción que se acomode más exactamente que la del «juez autómatas» a su verdadera naturaleza, cuyo momento creador se acentúa, han sido suficientes por sí solas para romper con los viejos dogmas que derivan de la concepción romanista del Derecho. La introducción de la jurisdicción constitucional en Europa no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución.

8 Desde o caso emblemático *Madson v. Marbury*, “permaneceu inédito durante 54 años el veredicto de mala fama *Dret Scott versus Stanford* declaró inconstitucional la *Missouri Act*, que fue un ensayo de restringir la expansión de la esclavitud. Al fin del siglo XIX la desigualdad y la segregación de las razas todavía fueron sostenidas por la jurisdicción de la Corte Suprema, camuflada bajo la fórmula de la *separate but equal* hasta la mitad del siglo.” (HORN, 2011. p. 260).

9 Ver ainda o estudo profundo realizado pelo Professor Marco Félix Jobim (2013, 2014) e complementando-se a este, indica-se artigo de Carlos Niño (1989, p.79-88).

10 O caso *Marbury v. Madison*, não é o primeiro a inaugurar o *judicial review*, mas foi o que mais destaque teve, parmatizando-se frente aos demais casos, assim ensina Jobim. Apontando diversas obras que apontam outros casos como sendo antecedentes ao mencionado, sendo elas: TUSHNET, Mark. **Arguin Marbury v. Madison**; SHERRY, Suzanna. *The intelectual background of Marbury v. Madison*; SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Suprem Court*; RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. LEAL, Roger Stiefelmann. *O exercício da Jurisdição Constitucional pelo Poder Judiciário*; PEIXOTO, Damaceno. *Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros*; citados todos os autores na obra de Jobim (2013).

11 [...] e, portanto, daquilo que foi chamado supremacia do poder judiciário, ou também, o governo dos juizes, tenha sido o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento em relação aos outros poderes (e, por conseguinte, também relativamente ao poder judiciário): paradoxalmente, a supremacia do Parlamento na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada supremacia dos juizes nos Estados Unidos da América! (CAPPELLETTI, 1984, p. 57-58)

12 Este é o nascedouro de um dos temas mais debatidos da atualidade que é o controle de constitucionalidade das leis, tendo em vista a forte ingerência que tem havido por parte do Supremo Tribunal Federal em áreas que, na

rumo a uma nova forma estrutural de separação dos poderes: da separação, chega-se à divisão dos poderes (ou ao *check and balances*). Por meio desta nova forma estrutural, o controle de constitucionalidade passa a estar profundamente ligado à formulação do Estado Federal Americano, fruto dos primeiros conflitos suscitados pela prática política e constitucional (BARACHO, 2001, p. 96); ou, melhor, político-jurídica¹³.

Por isto considerar que no sistema Norte-Americano, o poder de controle de constitucionalidade é atribuído a todos os órgãos jurisdicionais – fruto da separação de poderes –, os quais resolvem o ponto constitucional incidentalmente quando do momento da decisão da lide (FERREIRA, 1994, p.197). O ideário Americano de Jurisdição Constitucional tem como objetivo *frear* as paixões democráticas e revolucionárias que se encontram na gênese da formação do poder Legislativo e Executivo, atuando o Poder Judiciário Americano de forma conservadora frente às utopias e despotismos dos demais Poderes. Esta é, fundamentalmente, a nova leitura da separação dos poderes, chegando à divisão dos poderes, marcada pela Supremacia Constitucional (FÍX-ZAMUDIO, 2009, p. 144-145).¹⁴

Com a Supremacia Constitucional, encontra-se um dos cerne da crise estatal, fazendo com que ocorra a ruptura do “governo das leis” engendrada pelo francês Montesquieu, chegando ao “governo dos juizes” de Lambert, ganhando o Poder Judiciário uma nova e importante função. Nesse sentido, ensina Baracho:

O poder judiciário americano, freando as paixões democráticas e revolucionárias que afetam os dois poderes, realizam uma obra conservadora. No exame da estrutura do poder judiciário preocupa-se com os seus excessos. Lembra Jean Marcou que os juristas franceses entendiam como excessiva e perigosa a valorização do judiciário. ***Depois da revolução francesa, fez-se uma nova leitura da teoria da separação dos poderes.*** Existem discussões dos juristas franceses sobre a concepção do poder judiciário. É nesse sentido que é lembrada a obra de Édouard Lambert de 1921 (*Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*), consagrada a Corte Suprema onde ressalta a presença de um verdadeiro governo dos juizes (BARACHO, 2001, p. 104, grifo nosso).

A concepção americana de “divisão dos poderes” tem sustentação e fortalecimento histórico no fim do século XIX e em meados do século XX, onde a Corte Constitucional surge como uma instituição particularmente conservadora, que gerará profundas modificações com o governo *Roosevelt* (HORN, 2011, p. 260) que tem refletida algumas questões de governo no *New Deal*¹⁵. A função da Justiça Constitucional no sistema político-jurídico dos Estados Unidos acende diversas

teoria, não seria de sua competência, mas que acabam, na prática, acontecendo. (JOBIM, 2014, p. 169)

13 La giurisdizione costituzionale viene elevata al piano di attenzione con cui si segue la politica, e anche la selezione e lo status dei giudici vengono curati in maniera particolare. Tale giurisdizione diviene con ciò un po' più politica, ma viene al tempo stesso neutralizzata per via istituzionale rispetto alla pressione esercitata da altri organi costituzionali. Ciò è del tutto chiaro nel caso della Supreme Court negli USA, ma vale anche per il Bundesverfassungsgericht (MEZZETTI, 2010, p. 307-354, p. 311)

14 Esta doctrina de la supremacia normativa de la Constitución fundamentó la instrumentación en su favor de la judicial review, que reconoció el poder de los tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación en cada caso concreto.

15 Ver: Nunes (2011) e Ackerman (2006).

discussões, que partem precipuamente da posição elevada da separação de poderes, aonde o sistema americano de Justiça constitucional confere ao Poder Judiciário posição eminente (BARACHO, 2001, p. 105), que se encontra dotada de legitimidade constitucional das leis, partindo da dúplici premissa do caráter rígido da Constituição estadunidense e do poder-dever – a chamada *Supremacy Clause* presente na Constituição dos EUA, art. 6 parágrafo 2º - que todo o juiz tem de interpretar e aplicar tanto a lei quanto a Constituição. A *Supremacy Clause* impulsiona o Juiz no exercício de sua função, tendo como finalidade em caso da necessidade de aplicar uma lei a um caso concreto, deve verificar preliminarmente se tal lei não está em conflito com a Constituição (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2010, p. 265).

Portanto, é correto afirmar que a Constituição Norte-Americana de 1787 não previa qualquer tipo de controle de legitimidade constitucional das leis e, devido a ausência de previsão normativa sobre o tema, conseqüentemente os juizes estadunidenses foram levados a inventar um mecanismo - por assim dizer - autossuficiente, de controle de legitimidade constitucional das leis (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2010, p. 266).

Dentre os países anglo-saxões que aportam o sistema jurídico da *common law*, os Estados Unidos superam as primeiras técnicas constitucionais da “separação dos poderes” desenvolvendo assim releitura dos poderes políticos institucionalizados. Enquanto que na Inglaterra segue-se com a rigidez fundada pelo Estado Moderno com a separação dos poderes, erigido pelo governo das leis em que impera a Supremacia do Parlamento, elevando o dogma imposto pela Revolução Gloriosa de 1688 (CAPPELLETTI, 1984, p. 61-62) que é utilizado ainda a contemporaneidade. Do mesmo modo, a França também segue à risca a tradição do governo das leis:

[...] sem embargo, foi o já hoje quase bicentenário *judicial review of legislation* a mais significativa inovação americana em relação à tradição inglesa. Representou ele, na prática, a superação do princípio da supremacia do parlamento – elevando à condição de dogma no Reino Unido desde a Revolução Gloriosa, e lá ainda vigente – pela supremacia normativa da Constituição. Ao Judiciário caberia exercer a guarda de tal supremacia, ainda que isso importasse na invalidação de atos do Legislativo (BINENBOJM, 2004, p. 25).

Logo, a influência da divisão dos poderes demonstra-se mais adequada a contemporaneidade, reflexo da Jurisdição Constitucional, herança da teoria de Kelsen e do *Check and balances* americano, expandindo-se em países da América Latina, os quais aderiram ao sistema de controle de constitucionalidade, por meio de suas Constituições Nacionais, fazendo assim “[...] uma transposição do controle difuso de constitucionalidade praticado nos Estados Unidos, no México em 1847, na Argentina em 1860 e no Brasil em 1891.” (BARACHO, 2001, p. 115).

2.3 Jurisdição Constitucional: da separação para divisão dos poderes

Com a jurisdição constitucional, conforme é percebido pelas teorias da separação e

divisão dos poderes, ocorre de uma grande crise estatal a resolução do problema *de quem deveria prestar a defesa da constituição*; ou, melhor: qual dos órgãos estatais arquitetados-engenhados pelas Constituições¹⁶ deve ser o “guardião da constituição”. Com a “crise estatal”, a nova “divisão dos poderes” introduzida pelo sistema jurídico da *common law* Norte-Americana e pelo sistema jurídico romano-germânico Europeu, influenciam profundamente em uma refundação-reformulação dos sistemas políticos por meio do inconteste e necessário desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, passando o órgão a ter o controle efetivo da Constituição, detendo a guarda desta, pelo respeito a sua supremacia

Muitos países, conforme apontado, foram e seguem influenciados pelo modelo de Jurisdição Constitucional elaborado por Kelsen, sendo eles, “Áustria (1920), Tchecoslováquia (1920), Espanha (1931) posteriormente adotou-se na Alemanha, em sua Lei Fundamental do Bonn (1949), Portugal (1976), e Espanha (1978).” (FERREIRA, 1994, p. 197; LLORENTE, 2001). Consequentemente a Jurisdição Constitucional ganha força através da “divisão de poderes”, pelo qual se representa, ou funda-se pela Corte (ou) Tribunal Constitucional, sendo este o órgão máximo do Poder Judiciário, tem como sua fórmula a busca pelo equilíbrio entre os demais poderes.

Cappelletti (1993, p. 55), corrobora, que os sistemas jurídicos atuais rumam para:

[...] esta direção, partindo do sistema de rígida separação para o sistema de controles recíprocos. Sistema, este último, no qual o “crescimento” do poder judiciário é obviamente o ingrediente necessário do equilíbrio dos poderes. Podem ser vistos exatamente a essa luz o nascimento e crescente importância adquirida pelos tribunais administrativos e constitucionais na Europa (e não apenas na Europa).

Arefundação dos poderes (das instituições políticas) dado pelas “revoluções constitucionais” faz com que a jurisdição constitucional se torne parte da administração da Justiça que tem como objetivo específico à matéria jurídico-constitucional de um Estado (FERREIRA, 1994, p. 197). Tal objetivo específico se dá pelo controle de constitucionalidade que visa “[...] verificar se as normas de hierarquia inferior estão de acordo com a Constituição e a Lei Fundamental, e, se as contradizem, devem ser declaradas inconstitucionais, sendo, por conseguinte, inaplicáveis.” (FERREIRA, 1994, p. 197) O controle efetivo, ressalta-se, se dá pela expulsão de normas que atentassem contra os seus comandos, e assegurando a sua permanência, por meio de adaptações de seu texto a contextos sociais e políticos cambiantes (SAMPAIO; CURZ, 2001, p. 9).

Conclui-se que não é de se estranhar assim que o controle de constitucionalidade seja denominado como expressão sinônima de controle de legitimidade; de *legitimidade constitucional*, compreende-se (SAMPAIO, CURZ, 2001, p. 9).

16 Enquanto, as “[...] Constituciones liberales europeas expedidas a fine del siglo XVIII y principios del XIX, debido al peso del pensamiento del filosofo Rousseau sobre la ley como espresipn de la vonluntad general, se otorgó al citado principio de supremacia constitucional de carácter eminentemente político, que sólo podía ser aplicado por los órganos políticos del Estado, y se estableció la prohibición terminante a los jueces y tribunales para conover de las cuestiones de incostitucionalidad de los actos y de las disposiciones legislativas.” (FÍX-ZAMUDIO, 2009, p. 144.)

3 REVOLUÇÕES CONSTITUCIONAIS E HIBRIDIZAÇÃO DOS MODELOS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Com o advento do Pós-Guerra (após 1945) (SAMPAIO; CURZ, 2001, p. 9), o Direito Judicial passou a desenvolver-se pelo advento das “revoluções Constitucionais”, antes disso, frente ao Estado Liberal de Direito, o Juiz guiava-se pelo Direito Legal, buscando sempre a segurança jurídica da Lei, sendo considerado como a “mera boca da lei” caracterizando-se como “uma justiça formal e exclusivista” (SAMPAIO; CURZ, 2001, p. 9), no qual é visto como um “[...] técnico que mecanicamente aplica a lei” (SAMPAIO; CURZ, 2001, p. 9). Já, no que tange ao Estado Social de Direito o Juiz teve grande importância para com caracteriza-se por “[...] uma justiça terapêutica e distribuidora sob o Estado providência, deveria ser simultaneamente simbólica e reintegradora numa sociedade em que a exclusão é o maior problema” (GARAPON, 1996, p. 219).

Junto às “revoluções constitucionais”¹⁷ e ao advento do Estado Democrático de Direito, o Juiz passa a ser “[...] uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar fissuras” (WOLKMER, 2003, p. 188) que encontra suporte nas conjunturas político-jurídicas construídas pela democracia e pelos direitos humanos. A refundação dos preceitos Estamentais são nítidos e foram construídos pelos textos das Constituições do Pós-Grande(s)-Guerra(s), chega-se ao Estado Democrático de Direito, repousando assim uma tangencial “[...] *espansione della giustizia costituzionale si è assistito anche, in misura crescente, alla ibridazione dei modelli o, detto con altri termini, ad un loro progressivo avvicinamento.*”¹⁸

Ambos os modelos de Justiça Constitucional, o da *common law* e *civil law*, apresentam um centro gravitacional em comum:

i) El perfil “subjetivo”, referido a los órganos a que corresponde el poder de control; ii) el perfil “modal”, relativo al modo como la cuestión de constitucionalidad es planteada y resuelta; y iii) el perfil “funcional”, que se dirige a los efectos de la decisión judicial de la cuestión de constitucionalidad, en un doble aspecto: sea respecto a la ley sometida al control o sea respecto al caso concreto en el cual la cuestión de constitucionalidad se haya presentado eventualmente (MAc-GREGOR, 2009).

Diante de tal contexto de aproximação ocorre ainda a hibridização de um sistema jurídico para outro.

A Jurisdição Constitucional é também chamada de “justiça constitucional das liberdades” (CAPPELLETTI, 2010, p. 8), cunhado por Cappelletti (2010, p. 8), torna-se “[...] um dos mais

¹⁷ As Constituintes revolucionárias não se enganaram ao empregar o termo «poder judicial» para minorar o papel da justiça. Utilizando o termo «poder», Montesquieu queria manifestar que o judicial se tornava uma prerrogativa do Estado, na mesma situação que o executivo e o legislativo. As Constituintes retomaram esta inversão terminológica para demonstrar bem a reconciliação da justiça no seio da soberania estatal. (GARAPON, 1996, p. 189)

¹⁸ Vide: L. ELIA, Giustizia costituzionale e diritto comparato (Appunti di ricerca), in Quad. cost., 1984, 8; di recente L. MEZZETTI (cur.), Sistemi e modelli di giustizia costituzionale (2009). Specificamente sull'avvicinamento del sistema francese agli altri sistemi europei v. già M. VOLPI, Il ruolo del Conseil constitutionnel nella forma di governo francese, in Diritto e società, 1983, 496; G. ZAGREBELSKY, Il controllo di costituzionalità delle leggi in Francia (a priori) e in Italia (a posteriori): alcuni aspetti a confronto, in Giur. cost., 1991, 31 ss.; conforme aponta Groppi (2003, p. 39).

potentes instrumentos de evolução” redefinindo assim sua “função” que veio a se fixar tanto em países que adotam o sistema Norte-Americano, quanto aos que adotam o sistema Europeu, encontrando-se nas mais diversas variantes de forma, ainda mais no que se refere a tutela, efetivação e defesa dos Direitos Fundamentais Constitucionalmente normatizados. A Justiça Constitucional das liberdades é algo tão importante que refunda a jurisdição por si mesma, fazendo com que vários países indiferentes do modelo de Justiça Constitucional que adote venham a se utilizar deste instrumento de evolução que parece tão relevante. Cappelletti, (1993, p. 62) alude que:

[...] chamada “justiça constitucional das liberdades”, Grundrechtsgerichtsbarkeit”, ou seja, a proteção jurisdicional do fenômeno da justiça constitucional, que passou a se impor nos países integrantes da arena principal dos mencionados abusos: a Alemanha Federal, Itália, Austrália e também o Japão, embora de forma diversa e em tom menor, mas também lá em significado crescendo. O fenômeno, porém não ficou limitado a esses países. Com muitas variantes de forma, de extensão e influencia prática alcançou outros do continente europeu, inclusive a França (especialmente desde 1971) e até a Iugoslávia (especialmente desde 1963). Quando o mundo do Common Law, é bem conhecido como a parte assumida pelo Bill of Rights, no âmbito da justiça constitucional dos Estados Unidos, veio a assumir proporções de grande relevo, sobretudo depois do último pós-guerra, embora antes não fosse desprezível. Outras nações de Common Law parecem estar se movendo, gradualmente, na mesma direção ainda que com impacto prático certamente menos relevante do que nos Estados Unidos, onde a justiça constitucional, em tema de direitos fundamentais, ***tornou-se um dos mais potentes instrumentos de evolução*** ^(grifo nosso).

O juiz se encontrou, assim, no centro do debate institucional (PICARDI, 2000, p. 28-29), revestido pela Jurisdição Constitucional que passa a ser um importante e um dos mais potentes instrumentos de evoluções que transcende, ocorrendo assim as invasões de campo, tensões e conflitos, particularmente entre o sistema político e o sistema judiciário (PICARDI, 2000, p.28-29). A jurisdição constitucional incide na *invasão do sistema político*, por meio, de um ordenamento jurídico que lhe garante esta invasão, fundamentando sua função pelo:

[...] rapporti sociali; la funzione normativa di tutela della libertà è riconducibile agli elementi del concetto generale di libertà, apportati in linea di principio dal consenso costituzionale materiale; il consenso, che da una parte presuppone la funzione di integrazione, ma dall'altra è finalizzato a garantire, concerne un ulteriore meta-livello connotato dall'obiettivo di garantire ed attuare il compromesso sociale formatosi in sede costituente (MEZZETTI, 2010, p.325).

Portanto, somente invadirá a senda do que se refere ao processo político como senhor do direito por ter autonomia Constitucionalmente prevista para que assim seja, respeitada a “*ordini sociali e alle diverse condizioni del possesso; lo delimita mediante le garanzie e le finalità dei diritti fondamentali, che assicurano la connessione del processo politico con le datità sociali*” (MEZZETTI, 2010, p. 311).

3.1 Jurisdição Constitucional e Divisão dos Poderes no Contexto de um Estado Ativo-Responsivo

O Estado Ativo-Responsivo distingue *poder e a autoridade*, retirando os resquícios de soberania monárquica do Legislador (SUPIOT, 2007, p. 189), responsável até então por reduzir a democracia a uma democracia meramente representativa. De outro lado, a divisão dos Poderes aproxima-se de uma democracia participativa, afigurando a tutela de interesses e garantias protegidas pelo Estado. Nesse novo contexto, a democracia em uma dimensão material encontra-se sujeita à ordem normativa, em especial nas Constituições Democráticas¹⁹, tendo como consequência o papel de garante dos direitos fundamentais estabelecidos normativamente, procedimento expresso por sua razão social refletida na garantia de justiça, sendo estes os fundamentos de legitimação da jurisdição e de independência do Poder Judicial, frente aos poderes legislativo e executivo (SUPIOT, 2007, p. 189).

Importante destacar que as técnicas Constitucionais Contemporâneas, instituídas sob o manto ideológico do Estado Democrático de Direito, exigem um maior esforço dos órgãos jurisdicionais, forçando o seu caráter Ativo o que faz superando, nesse novo contexto, o Estado Reativo (arquitetado junto ao modelo de Estado Liberal e Social), ambos de gênese contratual, os quais dimensionavam a política como filha da democracia representativa. Nessa nova quadra da história, a democracia representativa vem sendo superada por uma democracia participativa, na qual os partícipes [cidadãos ativos, tomando a frente da descoberta de novos problemas e de aspirações incipientes] (SUPIOT, 2007, p. 189). do jogo democrático encontram na Jurisdição uma importante guarida para os anseios sociais, eis que nascem com o advento de três legisladores momento em que, dentre eles, o de terceiro grau, na figura do juiz legislador, apresenta-se como sendo o mais relevante. É neste norte que Bonavides engenha tal ideário conceituando os três legisladores, em: legislador de primeiro, segundo e terceiro grau, melhor ensina, que:

Um *legislador de primeiro grau* que faz a norma fundamental – a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima. A seguir, deparar-se-nos, em escala de verticalidade, o *legislador de segundo grau*, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador

19 Se la dimensione formale della democrazia costituzionale è espressa dalle sue norme di riconoscimento, la dimensione sostanziale è espressa dalla sua ragione sociale: la quale, al pari della ragione sociale dettata dallo statuto di qualunque altra istituzione, è un insieme di meta-norme sostanziali poste a garanzia di aspettative stipulate a loro volta da norme sostanziali. Nella democrazia costituzionale, si è visto, queste aspettative sono i diritti fondamentali: i diritti di libertà, nella cui garanzia risiede la dimensione liberale, e i diritti sociali, nella cui garanzia risiede la dimensione sociale della democrazia. «La dichiarazione dei diritti contiene le obbligazioni dei legislatori», dice l'art. 1 della seconda parte della Costituzione francese del 1795, qui formalizzato dalle tesi. E queste obbligazioni altro non sono che i limiti e i vincoli fondamentali nei quali consistono, rispettivamente, le garanzie dei diritti di libertà e quelle dei diritti sociali. (FERRAJOLI, 2007, p. 926)

ordinário. Para desempenhar esse múnus constitucional recente a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembleias parlamentares. Têm estas, porém, o poder de reeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante. Enfim, deparar-se-nos o *legislador de terceiro grau*, no estreitamento do funil normativo, a sabe, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes (BONAVIDES, 2001, p. 22, grifo nosso).

A sociedade pela sua natural evolução-transformação (irrupciona-se em um mar de complexidades) busca a superação da rígida separação dos poderes, colocando assim o Poder Judiciário nos “lócus” ou “centro” da discussão democrática. Deste modo, ressignifica-se o Poder Judiciário institucionalizado pelo Pacto Constituinte para que este venha a fazer *jus* ao termo “Poder”, frente à organização Estatal, pois da procura pelo Jurisdicional, ocorre o deslocamento, que gera uma crise estatal que: “*significa básicamente crisis de la soberanía estatal, que se manifiesta en la dislocación de crecientes porciones de poderes y funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales*” (FERRAJOLI, 2005, p.110).

Com as transformações do Estado para um modelo de Estado Ativo-Responsivo, este vem a proporcionar uma ordem democrática e constitucional que, demonstrando permeabilidade a demandas sociais, antigas e novas, põe sob tensão princípios, leis e políticas públicas, no sentido de uma permanente renovação do direito feita com a participação de todos.²⁰ Assim, diante das Constituições Democráticas Contemporâneas, vem ocorrendo a necessária ressignificação da representação política tendo como norma de reconhecimento o fortalecimento da teoria da divisão dos poderes:

A fim de contrabalancear os poderes, não se entende que o juiz possua *auctoritas suprema*, mas não há que se negar que o Judiciário exerce uma significativa importância na sociedade atual: “*No obstante, el desarrollo histórico, político y constitucional del concepto de la división de poderes, que originariamente se consideraba rígido y de aplicación absoluta, ha permitido que los órganos administrativos puedan desarrollar también la función jurisdiccional y, en casos excepcionales, también lo hagan los órganos del Poder Legislativo.*” (ADALID, 2018).

4 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

BRASILEIRA

Tendo em vista a trajetória da Jurisdição Constitucional, passando a ter um importante espaço dentro das atuais Constituições, na contemporaneidade esta serve como canal de absorção

²⁰ Importante demarcar a centralidade política da Jurisdição, “a Suprema corte parecia promover o cinirmo de uma filosofia partidarizada da decisão judicial, que colocará em dúvida a possibilidade de haver algum conteúdo na distinção entre direito e política. A discriminação sem controles é estranha ao ordenamento jurídico, não só por permitir que os nove juizes da Suprema Corte transformem suas preferencias em lei, mas sobretudo porque as instituições judiciárias se tornam mais vulneráveis às pressões do ambiente político. Uma ordem jurídica aberta demais à mudança perde sua capacidade de moderar o poder na sociedade, e assim retroceder à repressão. (NONET; SLEZNICK, 2010. p. 9, 123-124).

das mais diversas pretensões abrangidas pela grande gama de direitos fundamentais aderidos pela Constituição de 1988, cuja característica é desprender-se do texto positivado em prol de uma semântica mais aberta e atenta ao contexto social. O direito fundamental à saúde, nesse cenário, sofre um profundo desenvolvimento, pois a saúde passa a ser integral e garantida a todos em sua plenitude, reflexo da abertura normativa propiciada pelo Estado democrático-social e asseverada em um contexto de Estado Ativo-Responsivo.

A positivação do direito humano à saúde na Constituição Federal de 1988 liga-se diretamente ao Constitucionalismo democrático-social, pois no cenário de proteção constitucional anterior a 1988 não se poderia cogitar uma efetiva proteção à saúde como condição de direito fundamental. Como um dever fundamental previsto no art. 196 da Constituição Federal, o direito fundamental à saúde guarda correlação com diferentes formas pelo qual ele se efetiva (p.ex: vida, integridade física, meio ambiente...), possuindo, assim, um conteúdo *aberto*, o que é asseverado também pela previsão do art. 6º da Constituição Federal²¹, também é norma dotada de abertura, permitindo assim a atualização do conteúdo da proteção Constitucional (SARLET, 2019, p.112-118, 134), sendo que sua efetivação é oponível individual e coletivamente, seja ao Estado, seja aos particulares (SARLET, 2019, p.120)

O direito fundamental à saúde, conforme mencionado, está inserido do contexto de direitos sociais, e estes direitos são os que mais têm suscitado controvérsias quanto à sua eficácia e efetividade, principalmente no que toca aos instrumentos jurídicos voltados a essa efetivação. No Brasil, a Constituição tem o importante objetivo de fazer cessar (ou abrandar) a tensão da relação da realidade vivida pela maioria dos brasileiros com os objetivos de um Estado voltado ao respeito e resguardo da dignidade humano e dos direitos fundamentais. Trata-se deste de um processo complexo e cuja resposta há muito é tema de relevante debate (KRELL, 1999, p. 240).

Nesse sentido, elementar para falar em direito fundamental à saúde é inserir nesta discussão o direito fundamental de acesso à justiça, conforme previsão do art. 5º da Constituição Federal, para que assim seja possível “[...] ir além do mimetismo constitucional, fazendo o direito voltar-se para o cidadão, para a dignidade da pessoa humana, como caminho de superação de desigualdades.” (OLIVEIRA SOBRINHO, 2015, p. 11). Desse modo, ao aproximar o contexto social do Judiciário, dá-se um primeiro passo para que seja possível que o direito à saúde seja observado em todas as suas dimensões, para que esse mesmo contexto e as rupturas nele existentes sejam refletidas ao Judiciário, podendo assim realizar a proteção integral da saúde.

Também, no que toca ao direito fundamental à saúde, é importante frisar o direito ao desenvolvimento – vedação ao retrocesso. Os direitos fundamentais são direitos históricos, nascidos de lutas e defesa de novas liberdades, operando de forma progressiva, o que vem, inclusive, previsto no art. 3º, II da Constituição Federal. Para além de vincularem-se ao crescimento econômico de uma sociedade, pressupõe a melhoria das condições econômicas, sociais e culturais

²¹ Bem distanciada dessa norma, o texto da Carta traz um capítulo especial sobre a Ordem Social (título VIII), fazendo com que o jurista deva extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deixando para tratar, nos arts. 190-230, de seus mecanismos e aspectos organizacionais. Os direitos sociais de trabalho (art. 6º CF), educação (art. 205 c/c art. 6º CF), habitação, saúde, cultura e assistência social (art. 203) dependem, na sua atualização, da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica (KRELL, 1999, p. 241)

destes, dirigidos aos povos como um todo (NOBRE JÚNIOR, 2003, p.64-68).

O sistema Constitucional brasileiro adotou o sistema nacional cunhado Sistema Único de Saúde, voltado à proteção da saúde a partir da atenção primária, pela universalidade e integralidade hierarquizada do atendimento e também pela prioridade nas ações de prevenção de doenças e promoção da saúde (BUSSINGER, 2017, p. 80). Sobre este ponto, em um país em desenvolvimento como o Brasil, caracterizado pela premente desigualdade social, o acesso universal e igualitário à saúde, torna-se uma necessidade no ordenamento jurídico:

A garantia de “acesso universal e igualitário” às ações e aos serviços de saúde (art. 196, CF) coaduna-se, mormente em países com marcada desigualdade social como o Brasil, com a exigência de cotejo entre a necessidade da prestação postulada e as reais possibilidades do interessado (em acedê-la) e da sociedade (em oferecê-la), justificando o questionamento da equiparação entre universalidade e gratuidade de assistência. Em termos de direitos sociais (existenciais) básicos, a efetiva necessidade deverá constituir parâmetro importante na ponderação entre a gratuidade do SUS e os princípios da solidariedade, subsidiariedade, sustentabilidade e proporcionalidade. Parece razoável, portanto, que o acesso universal e igualitário aos cuidados de saúde seja conectado à perspectiva substancial do princípio da isonomia (que determina o tratamento desigual entre os desiguais e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente), assimilado à noção de equidade (no acesso e na distribuição dos recursos de saúde), assim como ao princípio da proporcionalidade (permitindo a ponderação concreta dos bens jurídicos em causa) (SARLET, 2019, p.139-140).

No modelo Constitucional hoje vivenciado, inserido em um Estado Ativo-Responsivo, a jurisdição constitucional exerce um importante papel na efetivação dos direitos fundamentais, não podendo desconsiderar, porém “pontos nevrálgicos” como “[...] financiamento e, de modo especial, com a implantação de instrumentos que assegurem um contínuo fluxo de caixa entre os entes federativos.” (SARLET, 2019, p.139-140) e, da mesma forma, o Poder Judiciário deverá observar os problemas operacionais no SUS merecem uma atenção mais ampla do Poder Judiciário, cujas decisões também devem refletir essas preocupações.²² O Estado Ativo-Responsivo, por esta compreensão, é um Estado com responsabilidades, que advêm do fato de ser sujeito passivo principal do direito à saúde, incumbindo-lhe realizar medidas para assegurar a defesa e efetivação das prestações (SARLET, 2019, p.120), levando em consideração a estrutura do Estado e as deficiências da Saúde quando de suas decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Jurisdição Constitucional não é apenas uma defesa da Constituição contra o Estado,

²² Diversos problemas se apresentaram para a operacionalização do SUS desde sua implantação. Os principais foram: o financiamento das ações de saúde; a definição clara de funções para os três entes governamentais (federal, estadual e municipal); as formas de articulação público/privado no novo modelo de organização dos serviços; e a resistência do antigo modelo assistencial, baseado na doença e em ações curativas individuais quanto às mudanças efetivas nas práticas assistenciais. Tais dificuldades se refletiram diretamente na estruturação da área de recursos humanos no SUS (FERNANDES *et al.*, 2018).

mas é, principalmente, a garantia dos indivíduos contra os abusos do poder estatais violadores dos Direitos Fundamentais e da Democracia, por isto se fala que a Jurisdição Constitucional é de toda a sociedade. A própria densidade da regulação Constitucional das instituições e da vida política foi-se intensificando com as novas constituições²³, num movimento de progressiva constitucionalização e juridificação do processo político. O alargamento do espaço Constitucional restringe-se correspondentemente ao âmbito da liberdade de conformação do legislador. A extensão e a intensidade da sua vinculação constitucional aumentam e a sua autonomia diminui correspondentemente

Conclui-se que com a superação da velha separação dos poderes, pela nova divisão de poderes, fez com isso do Poder Judiciário uma “autoridade definida pela função que ela exerce”, ampliando o controle assumido de sua função jurisdicional, pois é legitimamente outorgado pelo Poder Constituinte. O Estado Ativo-Responsivo, nesse contexto, torna-se importante canal de efetivação de direitos fundamentais, principalmente o da saúde, que se refere à existência humana, revelada pelo princípio da dignidade humana. Paralelo à atividade exercida pelo Estado por meio da Jurisdição Constitucional, voltada a assegurar, efetivar e ampliar os direitos fundamentais, associa-se uma responsabilidade que exige que a Jurisdição Constitucional releve em suas decisões o contexto social e suas deficiências (exemplo a crise vivenciada pelo SUS), a fim de minimizar o impacto social nocivo, observando, para tanto, a sociedade em suas expressões mais atuais.

A jurisdição constitucional passa por uma transformação desde a estrutura de Estado centrada em uma separação dos poderes, transmutando para uma divisão e, na atualidade, volta-se a uma estrutura mais democrática (Ativa-Responsiva), onde a sociedade exige que o Estado seja mais sensível às transformações sociais que se modificam cada vez mais forma mais complexa, onde a Jurisdição Constitucional igualmente democratiza-se e revela-se responsável e ativa para com os direitos fundamentais, especialmente ao da saúde.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²³ La “sociedad abierta” es el prototipo diseñado en 1945 por Sir Popper como contraprograma a los sistemas filosóficos de un Platón y un Hegel, pero también al fascismo y comunismo totalitarios. Ella tiene tras de sí, como palabra y como concepto, una historia de éxito sin igual, en principio en el mundo occidental, y después de 1989, por lo menos según los textos constitucionales, también en la Europa del Este; ya es casi un “lugar común” en el buen sentido de la palabra, se encuentra incluso expresamente en nuevos textos constitucionales (por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución de Perú de 1979, así como en la Europa del Este: el Preámbulo de la Constitución de Lituania de 1992: “Sociedad abierta, burguesa armónica”) y es casi indiscutida en la ciencia (véase también la sentencia del KDP de BVerfGE 5,85, especialmente 134 y ss., 197 y ss.). Jurídico-constitucionalmente, apenas ha sido tratada en una perspectiva básicamente iuscomparada. Hubo conatos de ello en la tesis “La Constitución del Pluralismo” (1980), también en la palabra de la “sociedad pluralista” (BVerfGE 52, 223, 252). Desde hace poco pasa la llamada “sociedad burguesa” a primer plano, también en los textos constitucionales (cfr. el Preámbulo de la Constitución de Chechenia de 1992: “Principios de la sociedad burguesa”). Su objetivo es fortalecer al ciudadano, moverlo hacia el centro del Estado constitucional y su sociedad pluralista, y también frente a las competencias del Estado hiperfortalecidas, así como frente al señorío del “mercado” y de los partidos políticos que se establecen en no raras ocasiones con autosuficiencia. El pensamiento desde el ciudadano y su sociedad debe limitar y corregir el tradicional “pensamiento desde el Estado”. La ciudadanía de la Unión (artículos 17 y ss. CE) contribuye a ello. Si se elaboran las garantías de apertura del Estado Constitucional con los métodos y contenidos de la teoría constitucional comparada, se puede esbozar la siguiente imagen (HÄBERLE, 2009,p. 190)

ADALID, Mario Melgar. **La judicatura y su función social**. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3228/23.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros Editora, 2001.

BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo; RAMOS, Itamar de Ávila; PERIM, Maria Clara Mendonça. Direito laboral a planos de saúde. **RIL**, Brasília, ano 54, n. 214, p.73-90, 2017.

FERNANDES, Lorena Estevam Martins; SOARES, Gabriella Barreto; TURINO, Fabiana, BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; SODRÉ, Francis. Recursos humanos em hospitais estaduais gerenciados por organizações sociais de saúde: a lógica do privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 955-973, dez. 2018. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/1981-7746-sol00140>.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **La jurisdicción constitucional de la libertad**. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=>. Acesso em: 5 mar. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COLSON, Renaud. **La fonction de juger**. Étude historique et positive. Clermont: Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2006.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción en las crisis del Estado Nacional. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi (org.). **Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

FERREIRA, Pinto. Jurisdição constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **O judiciário e a constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FÍX-ZAMUDIO, Héctor. La legitimación democrática del juez constitucional. *In*: FERRER MAC-GRECOS, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús. (coord.). **El juez constitucional**: en el siglo XXI. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. Tomo I.

GARAPON, Antonie. **O guardador das promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GROPPI, Tania. ¿Hacia una Justicia Constitucional “Dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Mexico, Año XXXVI, n. 107, mayo/agosto 2003. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm>. Acessado em: 5 mar. 2019.

GROPPI, Tania. **Riformare la giustizia costituzionale**: dal caso francese indicazioni per l’Italia? Disponível em: http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Grop/Gropi_T_riformare-la-giustizia-costituzionale.pdf. Acesso em: 5 mar. 2019.

HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. **Direito Público**, Brasília, v. 1, n. 25, p. 189-205, 2009.

HÄBERLE, Peter. **La giurisdizione costituzionale nell’attuale fase di sviluppo dello stato costituzionale**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5kD2nCYEvSwJ:https://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/HaerberleRom.doc+%amp;cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 5 mar. 2019.

HORN, Hans-Rudolf. Inintervenciones Judiciales en Controversias Políticas. *In*: HABERLE, Peter; BELAUNDE, Domingo García (coord.). **El control del poder homenaje a Diego Valadés**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. Tomo I.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOBIM, Marco Félix. O que Marbury v. Madson tem a ver com o controle de constitucionalidade de leis na Constituição da República Federativa do Brasil? *In*: FAYET, Paulo; JOBIM, Geraldo; JOBIM, Marco Félix. **Controvérsias constitucionais atuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, p.239-260, 1999.

LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 22, p. 9-52, 1988.

LLORENTE, Francisco Rubio. Once tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa. *In*: FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes (comp.). **Tendencias actuales del derecho**. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México Fondo de Cultura Económica, 2001. p. ini-fin.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Cuestiones constitucionales**. México, 2009. Disponível em:

- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/rb/rb22.htm>. Acesso em: 5 mar. 2019.
- MEZZETTI, Luca. Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale. **Estudios Constitucionales**, Madrid, Año 8, n. 1, p. 307-354, 2010.
- MEZZETTI, Luca. **Sistemi e modelli di giustizia costituzionale**. Cedam: Padova, 2009.
- NIÑO, Carlos S. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 4, p.79-88, 1989.
- NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A jurisdição constitucional e os direitos fundamentais: uma análise em torno do direito ao desenvolvimento. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 57-74, 2003.
- NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e sociedade**. a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.
- PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000.
- RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole**. Tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinello, 2006.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; CURZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil**: principais aspectos e problemas. Disponível em: <https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ingo.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2019.
- SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.
- SOSA, Edgar Corzo (org.). **Justicia constitucional comparada**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.
- OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de; ARAÚJO FILHO, Clarindo Ferreira. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**: desafios do acesso à justiça. São Paulo: Unisal, 2015. Disponível em: www.lo.unisal.br/direito/semi/publicacoes/livro6/Afonso%20Soares%20de%20Oliveira%20Sobrinho%20e%20Clarindo%20Ferreira%20Araujo%20Filho.pdf. Acesso em: 5 mar. 2019.
- SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Jueces constitucionales**. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/117/inf/inf11.htm>. Acesso em: 4 mar. 2019.

Como citar: SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MÖLLER, Gabriela Samrsla; MOZETIC, Vinícius Almada. Jurisdição constitucional e a efetivação do direito fundamental a saúde. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 45-64, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p45. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 3/07/2016.

Aprovado em: 18/03/2019.

**MEDIDA CAUTELAR CRIMINAL DE RECOLHIMENTO
DOMICILIAR NOTURNO CUMULADO COM O
MONITORAMENTO ELETRÔNICO E A APLICAÇÃO DA
DETRAÇÃO PENAL**

CRIMINAL PRECAUTIONARY MEASURES REGARDING
NIGHT HOUSE ARREST CUMULATED WITH ELECTRONIC
MONITORING AND THE APPLICATION OF CRIMINAL
DETRACTION

Henrique Viana Pereira*
Juliana Günther Fonseca de Mattos**

* Doutor e Mestre em Direito pela PUC/MG. Pós-graduado em Ciências Penais pelo CAD/UGF. Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito Penal da PUC/MG. Professor de Direito Penal e Processo Penal da PUC/MG (graduação e pós-graduação) e do Centro Universitário Unihorizontes. Advogado Criminalista sócio do escritório Ariosvaldo Campos Pires Advogados. E-mail:henriquepenal@gmail.com.

** Bacharel em Direito. Advogada. E-mail: jgunther.adv@gmail.com

Como citar: PEREIRA, Henrique Viana; MATTOS, Juliana Günther Fonseca de. Medida cautelar criminal de recolhimento domiciliar noturno cumulado com o monitoramento eletrônico e a aplicação da detração penal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 65-82, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p65. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O presente artigo científico analisa a possibilidade de aplicação do instituto da detração penal face à hipótese do recolhimento domiciliar noturno, cumulado com o monitoramento eletrônico, ambos como medidas cautelares penais. A implementação da Lei nº 12.403, de 04 de maio, de 2011, Lei 12.403/2011, alterou o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, inserindo a possibilidade das medidas cautelares pessoais diversas da prisão (art. 319, do CPP). Diante de uma nova perspectiva no direito processual penal brasileiro, busca-se concluir se é ou não possível aplicar o instituto da detração, para descontar na pena privativa de liberdade imposta ao sentenciado o tempo que ele foi submetido ao recolhimento domiciliar noturno, cumulado ao uso do monitoramento eletrônico.

Palavras-chave: Medida cautelar penal. Recolhimento domiciliar noturno. Monitoramento eletrônico. Detração.

Abstract: This paper analyzes the possibility of applying the institute of detraction in the hypothesis of night house arrest with electronic monitoring as precautionary measures. The implementation of Law no. 12.403/2011 amended the Brazilian Code of Criminal Procedure as it created the possibility of several

personal precautionary measures of imprisonment. Faced with a new perspective in the brazilian criminal procedural law, this paper questions whether or not it is possible to apply the detraction the custodial sentence imposed on the sentenced in the period in which he or she is submitted to night house arrest and electronic monitoring.

Keywords: Precautionary Measures. Night House Arrest. Electronic Monitoring. Criminal Detraction.

INTRODUÇÃO

O inchaço do aparelho carcerário e a necessidade imperativa de alternativas para o sistema penal tornam as medidas cautelares diversas da prisão uma solução basilar para evitar o encarceramento desnecessário. A aprovação da Lei nº 12.403, de 04 de maio, de 2011, Lei de Medidas Cautelares, trouxe uma revisão das regras sobre as cautelares penais e apresentou, no art. 319, do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), dentre outras, a possibilidade do recolhimento domiciliar noturno e do monitoramento eletrônico como medidas distintas à prisão.

Tais medidas podem ser aplicadas cumulativamente e, juntas, configuram hipótese que pode beneficiar a todos. Afinal, desde que devidamente justificada, não ofende a presunção de inocência, porque não “antecipar” a formação da culpa do indivíduo, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Contudo, o legislador não adequou tais medidas cautelares a institutos já existentes no ordenamento jurídico, especialmente no caso da detração, prevista no art. 42 da Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal). A detração determina o cômputo, na pena privativa de liberdade, do tempo que o acusado passou em prisão provisória. Todavia, a nova legislação não explicitou a possibilidade de desconto na pena final para os casos em que o acusado for submetido ao recolhimento domiciliar e ao monitoramento eletrônico durante a instrução do processo.

É natural que o acusado que aguardou o andamento processual preso tenha esse tempo descontado da pena final. O recolhimento domiciliar e uso da tornozeleira como medidas cautelares também são graves, pois limitam a liberdade de locomoção, ainda que de forma menos drástica que a prisão preventiva e, portanto, pretende-se verificar o cabimento da detração da pena, ainda que aplicado em diferentes medidas.

O fato de o legislador ter sido omissivo em relação a possibilidade da aplicação da detração em face das medidas cautelares diversas da prisão não pode configurar um abuso do “poder-dever” de punir do Estado que, ao evitar tal análise, pode imputar ao acusado punição desnecessária, desproporcional e, mais, pode ocasionar uma indevida dupla punição pelo mesmo fato.

O presente estudo tem como objetivo geral analisar a possibilidade de aplicação do instituto da detração penal nos casos em que o recolhimento domiciliar cumulado com o monitoramento eletrônico for utilizado como medida cautelar. Para tanto, será feita análise do tema medidas cautelares penais, especialmente do recolhimento domiciliar e do monitoramento eletrônico. Será conceituado o instituto da detração penal e sua modificação pela Lei nº 12.736, de 30 de novembro, de 2012, que alterou o CPP e possibilitou que a detração seja considerada na sentença condenatória para fixação do regime inicial de cumprimento de pena e, ainda, serão analisadas alterações trazidas pela Lei 12.403/2011.

A análise ocorrerá mediante o estudo de pesquisa bibliográfica, como doutrinas e leis atinentes ao caso, para verificar se a proposta é adequada diante da proibição do *bis in idem* e dos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa.

1 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

O Código de Processo Penal brasileiro é de 1941 e foi inspirado na legislação processual italiana produzida na década de 30, em pleno regime fascista, de forma que a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade (OLIVEIRA, 2014, p. 148). Nesse contexto, no processo penal a prisão era regra e a liberdade, exceção.

Segundo Bianchini *et al.* (2012, p. 21), poucas eram as possibilidades de liberdade provisória, “a prisão convertia-se automaticamente em prisão cautelar, sem a necessidade de o juiz ratificá-la”.

Assim, “a violação do princípio da inocência era mais do que evidente. [...] Antecipava-se o juízo de culpabilidade. Antecipava-se o cumprimento da pena.” (BIANCHINI *et al.*, 2012, p. 21). Portanto, o Código de Processo Penal não se preocupava com a cautelaridade da prisão antes do trânsito em julgado.

Com a evolução do ordenamento, o *codex*, passou a admitir duas hipóteses de prisão cautelar: a temporária e a preventiva. Nesse sentido, o artigo 231, *in verbis*:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011) (BRASIL, 2011).

A prisão cautelar é aquela que ocorre na fase investigatória ou no curso do processo, antes do seu trânsito em julgado, só podendo ser aplicada quando incabíveis as medidas cautelares diversas à prisão (GOMES FILHO, 2011, p. 25).

Távora e Alencar (2012, p. 642) complementam aduzindo que as prisões temporária e preventiva são espécies de prisão cautelar, que tem como gênero a medida cautelar.

No Direito Processual Civil brasileiro, Theodoro Júnior (2012, p. 505) explica que a função cautelar é de proteger provisoriamente os elementos processuais que, “na duração ou demora do processo principal, enfrentar situações de risco de dano, por conduta de um dos litigantes ou por evento ocasional”. Nesse sentido:

Mas esta função não consiste em antecipar a solução da lide para satisfazer prematuramente o direito material subjetivo em disputa no processo principal. O que se obtém no processo cautelar, e por meio de uma medida cautelar, é apenas a prevenção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no

processo de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 506).

As medidas cautelares também estão previstas no direito processual penal brasileiro e, assim como no direito processual civil, têm o objetivo de assegurar o resultado do processo principal. Porém, ao contrário do processo civil que tem como pressupostos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, no processo penal os requisitos são o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O *fumus commissi*, ou seja, “fumaça do cometimento de um fato punível” se exterioriza na prova da existência do crime e indícios de autoria (GOMES FILHO, 2012, p. 31). Enquanto o *periculum libertatis* diz respeito ao perigo que decorre do estado de liberdade do agente, podendo causar danos à ordem pública, funcionando como conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal.

Conforme Aury Lopes Júnior (2014, p. 806), a “ação cautelar” é inexistente no Código de Processo Penal, não havendo o que se falar em processo penal cautelar. O que se tem são “medidas cautelares penais”, a serem tomadas no curso da investigação preliminar, processo de conhecimento ou no processo de execução.

A esse respeito, as palavras de Guilherme de Souza Nucci, sobre a medida cautelar no processo penal:

A medida cautelar, tal como estampada no Código de Processo Penal, é um instrumento restritivo da liberdade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado, durante a persecução penal, desde que necessária e adequada ao caso concreto. Estão previstas no art. 319 do CPP. (NUCCI, 2012, p. 29).

Para que sejam decretadas medidas cautelares do art. 319, do CPP, deve-se obedecer aos requisitos previstos no art. 282, I e II, CPP:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (BRASIL, 1941).

Sobre a aplicação das medidas previstas no art. 319 do CPP, o STF elucida que, de acordo com o art. 282, § 6º, CPP, a prisão é a *ultima ratio* das medidas cautelares, e o juízo competente deve observar sua aplicabilidade ao caso concreto. (STF, 2ª Turma, *Habeas Corpus* 106.446 / SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 11.11.2011, p. 2). Caso contrário, o magistrado deverá avaliar quais medidas alternativas à prisão deverão ser aplicadas ao caso em análise.

Para muitos doutrinadores a implementação do art. 319 no CPP, pela Lei 12.403/2011 pode significar uma mudança na mentalidade jurídica brasileira, e ainda no quadro prisional do país.

Como aduz Nucci, muitos acusados que merecem algum tipo de restrição em sua liberdade, não precisam necessariamente seguir para o cárcere, em regime fechado. “Por vezes, medidas alternativas serão suficientes para atingir o desiderato de mantê-lo sob controle e vigilância” (NUCCI, 2012, p. 104).

A referida Lei 12.403/2011 é fruto do Projeto de Lei nº 4.208, apresentado em 12 de março de 2001, que tramitou no Congresso Nacional por dez anos até a vigência e efetiva alteração de dispositivos do CPP, relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade (BRASIL, 2001).

1.1 Lei 12.403/2011

A principal alteração trazida pela referida lei trata da revisão das regras cautelares penais apresentadas no art. 319 do CPP.

Para Bottini (2011):

A aprovação da Lei 12.403/11 demonstra que a discussão serena e racional de propostas legislativas produz bons resultados. O texto final é produto de longos debates acadêmicos e parlamentares, iniciados em 2001, com a apresentação da primeira proposta de revisão das regras sobre cautelares penais por uma comissão de juristas presidida pela professora Ada Pellegrini. Anos depois, o projeto foi apontado como uma das quatro propostas mais importantes para a reforma processual penal pelo 1º Pacto por um Judiciário mais Rápido e Republicano, firmado pelos três Poderes da República em 2004. Passado mais um longo período, a proposta foi finalmente aprovada e sancionada na íntegra.

Para Nucci (2012, p. 9), a referida lei atendeu a um clamor majoritário da doutrina e jurisprudência pátria, “razão pela qual merece particular atenção por parte dos operadores do Direito, para que seus preceitos sejam, realmente, aplicados”.

Sobre a implementação da Lei 12.403/2011, o legislador deu nova disciplina às medidas cautelares no processo penal, modificando provimentos relativos à liberdade de locomoção do agente (LIMA, 2014, p. 774).

Durante anos e anos, nosso sistema processual penal ofereceu ao magistrado apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: prisão cautelar ou liberdade provisória, lembrando que, antes do advento da Lei nº 12.403/11, esta medida de contracautela só podia ser concedida àquele que fora anteriormente preso em flagrante (LIMA, 2014, p. 775).

Para Lopes Júnior (2014, p. 624), a maior inovação da Lei 12.403/2011 foi a “criação de uma polimorfologia cautelar, ou seja, o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319, rompendo com o binômio prisão-liberdade até então vigente”.

Bianchini *et al.* (2012, p. 23) aduzem que “as medidas cautelares alternativas à prisão são medidas descarcerizadoras, que visam evitar o encarceramento do agente antes da sentença final transitada em julgado.”:

Várias são as medidas cautelares colocadas, agora, à disposição do juiz (art. 319 do CPP). Elas contam com a primazia sobre a prisão cautelar (sobre o encarceramento). A prisão cautelar deve ocupar sua posição de *extrema ratio* da *ultima ratio*, que é o direito penal (cf. art. 282, parágrafo 6º, do CPP) (BIANCHINI *et al.*, 2012, p. 23).

Importante salientar que o § 1º do art. 282, do CPP, estabelece que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Para tanto, o juiz vai analisar o caso concreto, adotando tais medidas acautelatórias quando houver compatibilidade entre elas. Segundo Brasileiro de Lima (2014, p. 791), é o caso do recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, cuja aplicação pode ser cumulada ao monitoramento eletrônico para se obter maior eficácia em seu cumprimento.

Além disso, Lopes Júnior (2014, p. 630) destaca que, ainda que fundadas no senso de responsabilidade e autodisciplina do imputado, tais medidas, quando cumuladas, podem assegurar maior eficácia, podendo ser chamada como “medida secundária”, para reforçar os incisos I (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades) e II (proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações) do art. 319, CPP, por exemplo.

Dentre as hipóteses de medidas cautelares que demonstram eficiência quando aplicadas de forma cumulada, estão o recolhimento domiciliar noturno (V, art. 319, CPP) e monitoramento eletrônico (IX, art. 319, CPP), pois sua aplicação conjunta reforça a possibilidade de fiscalização da pessoa, seja ela investigada ou acusada.

2 RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO

O inciso V do art. 319 do CPP prevê o recolhimento domiciliar, no período noturno e nos dias de folga, como medida cautelar diversa da prisão, quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixo. A nova medida cautelar repete a figura do regime aberto, na modalidade de prisão albergue domiciliar. (NUCCI, 2012, p. 107).

Para que seja aplicada, deve considerar a qualidade do investigado ou acusado, que deve respeitar as regras da restrição imposta e, ainda, ter residência e trabalho fixos, condições objetivas para sua aplicação (ATILA, 2011).

Para Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 265):

Trata-se de providência que, em princípio, deveria se limitar à *substituição de prisão em flagrante*, nas hipóteses em que não seja ainda adequada e necessária decretação da prisão preventiva (art. 312, CPP), ou, que o fato não se enquadre nas circunstâncias do art. 313, CPP, requisitos específicos daquela modalidade de prisão.

Segundo Lopes Júnior (2014, p. 630-631), tal medida cautelar pode servir a diferentes fins, desde a redução do risco de fuga, tutela da prova e, até mesmo, escopos metacautelares, como prevenção especial e geral.

Para Nucci, o recolhimento domiciliar, como medida punitiva e sem a devida fiscalização, torna-se fator de descrédito para o sistema penal. Todavia, soa razoável como medida cautelar, pois “não deixa de figurar como constrangimento à liberdade individual, em especial ao acusado, presumidamente inocente até decisão condenatória definitiva.” (NUCCI, 2014, p. 650).

Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 510) afirma que tal medida não se trata de “prisão domiciliar”, cabível somente como substituto à prisão preventiva e nas hipóteses previstas no art. 318 do CPP. Ainda sobre a diferença entre o “recolhimento domiciliar” do art. 319 do CPP e a “prisão domiciliar” prevista no art. 318 do CPP, discorre Nucci (2014, p. 650):

[...] a prisão prevista pelo art. 318 é fruto do cumprimento da preventiva, destinando-se a réus em situações excepcionais. Ademais, a prisão domiciliar abrange as 24 horas do dia, somente podendo o sujeito deixar a casa com autorização expressa e prévia do magistrado. O recolhimento domiciliar envolve apenas o período noturno e os dias de folga, voltando-se ao acusado que tenha residência e trabalho fixos. Quem é inserido em prisão domiciliar tem a preventiva decretada; quem se encontra em recolhimento domiciliar tem medida cautelar diversa da prisão imposta. O não cumprimento da prisão domiciliar importa em mera transferência do réu para o cárcere fechado; o não seguimento do recolhimento domiciliar implica, como última solução, a decretação da preventiva.

Ademais, também não se trata do recolhimento domiciliar previsto no art. 117 da LEP, em que tal hipótese só será admitida quando se tratar de condenados maiores de 70 anos, condenados acometidos de doença grave, condenada com filho menor deficiente físico ou mental ou, ainda, condenada gestante.

Já sobre sua aplicação, Nucci (2012, p. 107) elucida que se adequa a crimes em geral, evitando que o acusado mantenha contato social, quando fora do trabalho.

Quando aplicada cumulada a outra cautelar, como aduz Lopes Júnior (2014, p. 630), o juiz deverá atentar para a proporcionalidade, “evitando a excessiva gravosidade para o réu das restrições, mantendo-se nos limites da necessidade”.

Nestes termos, o recolhimento domiciliar noturno poderá, por exemplo, ser aplicado cumulado ao monitoramento eletrônico, hipótese em que o acusado poderia sair para trabalhar e teria o seu trajeto fiscalizado pelo uso da tornozeleira, permitindo vigilância contínua e verificação do regular cumprimento das medidas cautelares.

3 MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Sobre o monitoramento eletrônico, as palavras da juíza Maria Lúcia Karam:

O monitoramento eletrônico não é apenas a ilegítima intervenção no corpo do indivíduo condenado, a desautorizada invasão de sua privacidade, a transformação do seu antes inviolável lar em uma quase-prisão, em uma filial daquela que era a instituição total por excelência. [...] O controle vai muito além. Espalha-se pelos mais diversos espaços privados e pelo espaço público. Ultrapassa os limites do sistema penal regular. Atinge não apenas os selecionados indivíduos que, processados pela justiça criminal, cumprem o papel de ‘criminosos’ (não necessariamente apenas os efetivamente condenados, bastando que figurem como réus em um processo penal condenatório) (KARAM, 2007, p. 4-5).

De fato, o controle proporcionado pelo monitoramento eletrônico ultrapassa os limites do sistema penal regular, todavia, tal ferramenta permite que o condenado não seja retirado abruptamente do seu meio social. Seus direitos ficariam limitados, porém permaneceria o convívio com a sociedade, de forma que não seria dessocializado, mas sim educado a não praticar novamente o fato cometido. (GRECO, 2016).

O monitoramento eletrônico pode ser aplicado nas infrações penais em que seja viável a permanência do condenado fora da prisão, nos casos em que as infrações penais não possuam gravidade extrema. Neste caso, o réu ficaria limitado a um local predeterminado, contudo, sem ser privado de sua liberdade (GRECO, 2016).

No Brasil, a discussão legislativa sobre a possibilidade de implementação de monitoração eletrônica teve início no ano 2000 (NUCCI, 2011, p. 23). Porém, somente 10 anos depois, foi introduzida no direito brasileiro, com a publicação da Lei nº 12.258, de 15 de junho, de 2010, que alterou a Lei nº 7.210, de 11 de julho, de 1984 (Lei de Execuções Penais), tratando do tema especificamente no art. 146-B.

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)
 I - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)
 II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)
 III - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)
 IV - determinar a prisão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)
 V - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)
 Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010) (BRASIL, 1984).

Enquanto medida cautelar, a hipótese do monitoramento eletrônico virou opção nos casos de medida diversa da prisão cautelar, com a redação da Lei que trata das Medidas Cautelares Penais em 2011, que alterou o Código de Processo Penal, e incluiu o art. 319. (BRASIL, 1941).

Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 110) explica que o monitoramento eletrônico servirá para fiscalizar os passos do indiciando ou acusado, de forma que o juiz pode deixar de decretar a prisão preventiva, optando pelo meio eletrônico e, com isso, reduzindo a população carcerária.

Nestes termos, são as palavras de Lopes Júnior (2014, p. 624):

Neste novo dispositivo legal consagra-se o monitoramento como medida cautelar, em que a possibilidade de vigilância ininterrupta serve como tutela para o risco de fuga e a prática de novas infrações. Ao permitir o permanente controle sob a circulação do acusado, também serve de útil instrumento para dar eficácia às demais medidas cautelares diversas, tais como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca ou país e o recolhimento domiciliar. Cumpre assim, diferentes dimensões de tutela cautelar.

Segundo Godói (2011), a medida possibilita a fiscalização da determinação de recolhimento domiciliar, ou da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, desautorizando a prisão preventiva quando se mostrar suficiente para a realização dos objetivos estabelecidos no art. 282, I, do CPP, de garantia de aplicação da lei penal, conveniência da investigação ou da instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, de prevenção contra a prática de novas infrações penais.

A monitoração, por sua abrangência, é medida que se presta a todas as finalidades das cautelares – garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal – já que permite ao judiciário verificar se o preso continua praticando infrações penais ou se apresenta indícios de fuga (BIANCHINI, 2012, p. 199).

Nucci (2012, p. 110) destaca que a “lei processual não fornece parâmetros para a aplicação dessa nova medida cautelar, ficando ao critério de cada magistrado regular suas condições e limites.” Aduz, ainda, que será necessário implantar centrais de monitoração eletrônica em várias regiões para que esse instrumento seja efetivamente utilizado como medida cautelar e questiona se haverá verba e interesse suficientes para instalar essas centrais de monitoração, a fim de permitir que todos os juízes brasileiros apliquem tais medidas.

Não obstante as polêmicas supramencionadas, importante reforçar que a tornozeleira, enquanto medida cautelar, implica restrição de direito antes do decreto condenatório e, portanto, precisa ser analisada face ao instituto da detração, inclusive, sob pena de ferir o princípio da proporcionalidade por meio da aplicação excessiva de pena, causando, ao condenado, danos maiores do que o indispensável para a proteção do interesse público (GOMES, 2003, p. 35).

4 DETRAÇÃO PENAL

O instituto da detração penal está previsto no artigo 42 do Código Penal:

Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (BRASIL, 1940).

Bitencourt (2003, p. 201) ensina: “através da detração penal permite-se descontar, na pena

ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação.”

Discorre Nucci sobre a aplicação da LEP ao preso provisório:

[...] em caso de condenação definitiva, aplicar-se-á a detração (art. 42, CP), isto é, o desconto na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança do tempo de prisão provisória ou de internação, o que resulta na absorção da prisão cautelar, pela prisão definitiva, tornando um só o período computado. Assim, todos os direitos do preso são, igualmente e quando compatíveis com a natureza da sua prisão, assegurados ao acusado cautelarmente detido (NUCCI, 2011, p. 101).

A prisão provisória a que se refere à lei é a prisão processual, que pode ocorrer em virtude de atuação em flagrante de delito, de prisão temporária, de prisão preventiva, de sentença de pronúncia e de decisão condenatória recorrível, ou seja, em todas as hipóteses em que o criminoso é recolhido à prisão antes da prolação da sentença condenatória definitiva que autoriza a execução da pena (MIRABETE, 2008, p. 266).

O art. 66, III, c, da LEP diz que compete ao juiz da Execução decidir sobre a detração da pena, todavia, sua aplicação se dará pelo juiz da condenação, quando da dosimetria da pena, momento em que será abatido o período de prisão processual (PINTO, 2013). Nas palavras de Capez, a detração é incidente processual, prevista referido artigo:

Trata-se de incidente de execução, previsto no art. 66, III, c, da LEP. Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, será expedida guia de recolhimento para dar início ao processo de execução. Em seguida, procede-se ao cálculo de liquidação das penas impostas em diferentes processos, somando-as (concurso material) ou unificando-as (crime continuado ou concurso formal, conforme o caso). Obtido o total a ser cumprido, desconta-se o tempo de prisão provisória. Trata-se de uma simples operação aritmética de subtração: pena menos prisão provisória (CAPEZ, 2011).

Tal aplicação evita que uma pessoa fique presa mais tempo do que a pena imposta na sentença condenatória, já que a prisão provisória não é punição, mas instrumento auxiliar da tutela jurisdicional. Portanto, nos casos que a prisão preventiva for decretada, esse tempo será descontado em pena privativa de liberdade, desviando-se de uma dupla pena pelo mesmo fato (CAPEZ, 2011).

Esse autor reforça que a detração é matéria de competência exclusiva do juízo da execução, não cabendo, portanto, ao juiz da condenação aplicá-la desde logo, para poder fixar um regime pena mais favorável ao acusado, pois, estaria se dando início ao cumprimento de pena em dado regime antes de se conhecer a pena definitiva (CAPEZ, 2002, p. 388).

A Lei nº 12.736, de 30 de novembro, de 2012, deu nova redação ao art. 387 do CPP, para a detração ser considerada pelo juiz que proferir a sentença condenatória, ou seja, pelo magistrado que condenar o acusado (BRASIL, 2012).

Então, o juiz na sentença condenatória, passa a ter um novo dever, ao analisar se o réu

ficou preso provisoriamente, administrativamente, ou internado no curso do processo e, caso uma das opções seja positiva, esse tempo deverá ser descontado pelo magistrado, da pena imposta ao condenado.

Segundo Marivaldo Pereira (2013) a alteração na lei autoriza o juiz a realizar o desconto dos dias cumpridos provisoriamente já na sentença penal condenatória e ajustar o regime inicial de cumprimento da pena, permitindo que o indivíduo - cujo direito somente seria reconhecido meses depois pelo juiz da execução penal quando já protocolada a guia de recolhimento - possa dele desfrutar imediatamente.

Portanto, conforme esse autor, a novidade legislativa:

Significa dizer que a recente lei antecipa o reconhecimento de direito legalmente assegurado sem a necessidade de esperar a burocracia do sistema de justiça, porquanto do sentenciado será, forçosamente, descontado o tempo de prisão provisória ou de internação, reforçando a garantia fundamental de individualização da pena, presente no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal (PEREIRA, 2013).

Importante esclarecer que a detração não se trata de ampliação de benefícios, nem de progressão de regime, mas de viabilização do reconhecimento de direito que impede o indesejável *bis in idem*, bem como colabora para a análise da proporcionalidade do Direito Penal.

Enquanto estava em aprovação, a referida modificação foi muito criticada. Alguns doutrinadores entendiam que sua implementação influenciaria o magistrado, que ficaria tendencioso a aplicar uma pena mais alta na sentença condenatória, para evitar uma pena mais branda ao acusado em virtude da detração penal, no intuito de evitar suposto sentimento de injustiça (SILVA, 2016).

Ainda sobre o tema, o autor entende que a alteração era realmente necessária, pois, a referida lei se origina no sofrimento, desnecessário e injusto, atribuído ao preso, obrigando-o a cumprir pena de prisão além do prazo estabelecido pela justiça (SILVA, 2016).

Seu objetivo foi acelerar a concessão dos benefícios da execução penal ao condenado, em especial quanto ao regime de cumprimento de pena (CAVALCANTE, 2012):

Nesse sentido, segundo Marivaldo Pereira (2013):

A implementação da lei se deu com o propósito de racionalizar o sistema de execução penal, fornecendo mecanismos eficazes ao reconhecimento célere de direitos e benefícios, e evitar o encarceramento desnecessário de pessoas cuja situação jurídica já lhes permite maior aproximação da liberdade, a nova legislação funcionará como mais um mecanismo de acesso à Justiça da população carcerária.

Mas, talvez, o principal objetivo da detração seja garantir o princípio do *ne bis in idem*, que determina que ninguém será punido duas vezes pelo mesmo fato (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 821). Pois, neste caso, o investigado, ou acusado, que permaneceu sob recolhimento noturno, cumulado

ao monitoramento eletrônico, já teve seu direito de locomoção restrito e, portanto, não poderá ser apenado em duplicidade caso receba pena privativa de liberdade ao final do processo.

Todavia, o legislador não tratou de adequar a possibilidade de detração penal, quando da implementação da Lei 12.403/2011, principalmente no que diz respeito às hipóteses do art. 319 do CPP.

5 HIPÓTESE DE DETRAÇÃO NAS MEDIDAS CAUTELARES

A Lei 12.403/2011 nada disse quanto à possibilidade de detração do tempo de cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, do total de pena aplicado ao final do processo penal.

Em análise preliminar, os doutrinadores concordam quando se trata da aplicação de pena semelhante à medida cautelar aplicada no processo, como preceitua Brasileiro de Lima (2014, p. 802): “havendo semelhança e homogeneidade entre a medida cautelar aplicada no curso do processo e a pena imposta ao acusado na sentença condenatória irrecorrível, é plenamente possível a detração.”

No mesmo sentido, Nucci (2012, p. 110) elucida:

Quanto à possibilidade de detração, manifestamo-nos em outras de nossas obras, pela possibilidade de se utilizar a medida cautelar alternativa para tal efeito *se e somente se* a penal aplicada for idêntica à cautelar experimentada pelo acusado. Exemplo: aplicada a medida cautelar de proibição de frequentar lugares, por óbvio, há que se operar a detração. Afinal, o réu não deve *cumprir* duas vezes a mesmíssima restrição. Seria um inadmissível *bis in idem*.

Todavia, quando a pena aplicada for mais gravosa do que a medida cautelar, os autores divergem quanto à possibilidade de aplicação da detração.

Para Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 802), no que diz respeito às medidas cautelares do art. 319 do CPP, seria inviável a aplicação da detração, pois tais hipóteses não representam restrição absoluta à liberdade e guardam homogeneidade com uma possível pena de prisão ao final do processo.

Assim sendo, mesmo se a medida aplicada configurar restrição de direito, seguindo-se pena privativa de liberdade, em qualquer regime, não existe possibilidade de aplicação da detração (NUCCI, 2012, p. 110).

Nestes termos, também é o entendimento de Capez (2011), ao reforçar que o *caput* do art. 319 do CPP diz, expressamente, que tais medidas cautelares são diversas da prisão e, portanto, não se confundem.

No sentido contrário, Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 511) defende a detração para a hipótese do recolhimento noturno:

E, como se trata de medida de inegável gravidade, *limitativa da liberdade de locomoção*, ainda que somente em período noturno e nas folgas do trabalho,

pensamos que o tempo de seu cumprimento deve ser levado à conta da detração da pena, como se tratasse de verdadeira prisão provisória, nos termos, portanto, do art. 42, do Código Penal. E nem se diga que o desconto do tempo na pena seria incabível em razão da liberdade para o trabalho.

E o autor completa, lembrando que a ressocialização do condenado é um dos principais objetivos da execução da pena no Brasil e, portanto, o trabalho deve ser sempre incentivado, principalmente quando não oportunizado pelo Estado (OLIVEIRA, 2011, p. 511).

Para Cury (2014), de fato, o recolhimento domiciliar do art. 319 do CPP não pertence à espécie de prisão cautelar, mas, “importa na efetiva privação da liberdade do indivíduo, em caráter parcial”. Sua única diferença para a prisão domiciliar dos artigos 317 e 318 do CPP - hipótese em que há detração da pena -, é o tempo de privação de liberdade imposto ao investigado ou acusado, logo, deverá ter seu tempo computado na detração, em respeito aos princípios da igualdade, proporcionalidade e razoabilidade, pois, do contrário, implicaria no *bis in idem*, vedado em nosso ordenamento penal.

No que diz respeito ao monitoramento eletrônico, Pierpaolo Cruz Bottini (2011) aduz que “parece inadequado” que lei não explicita desconto de pena para os casos em que o réu for submetido a essa cautelar durante a instrução: “Se a detração da prisão tem por fundamento o princípio da equidade e a vedação ao *bis in idem*, deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão”.

E, ao que diz respeito à restrição ao direito de locomoção imposta ao usuário do monitoramento eletrônico antes da sentença condenatória, Delmanto Júnior, citado por MENEZES (2012) enfatiza: “há de efetuar-se a detração desse lapso temporal, como forma razoável de compensação em face dos gravames consequentes do castigo antecipado”.

No entanto, a omissão da hipótese de detração para o monitoramento eletrônico, enquanto medida cautelar distinta da prisão, como elucida Bottini, não impede sua aplicação pelo magistrado que, por analogia, pode beneficiar o réu:

Caso a cautelar e a pena tenham naturezas distintas - como na hipótese da cautelar de prisão domiciliar e a pena de prisão em regime fechado - o tempo descontado poderá ser o mesmo, mas é possível construir pela jurisprudência uma fórmula que permita deduzir proporcionalmente - com base na razoabilidade - algo da sanção para detrair a cautelar aplicada (BOTTINI, 2011).

Ainda que não seja este o caso, Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 803) reforça que parece extremamente desarrazoado que o acusado, sujeito a uma medida extremamente gravosa como o monitoramento eletrônico, não tenha nenhum benefício “até mesmo como forma de compensação decorrente dos gravames inerentes a esse castigo antecipado”, e questiona se seria possível simplesmente desconsiderar o lapso temporal por ocasião do cumprimento do tempo de prisão penal.

E o mesmo autor (2014, p. 803) trás à luz, uma possível solução para a questão, quando

sugere que a detração seja trabalhada em critério semelhante ao da remissão (art. 126 da LEP). Assim, o autor sugere que para cada 03 (três) dias de cumprimento da medida cautelar, seja descontado 01 (um) dia de pena do agente:

Esse critério de remição, todavia, deve guardar relação com a gravidade da medida cautelar diversa da prisão. Assim, se a utilização do monitoramento eletrônico por 3 (três) dias pode dar ensejo a um dia a menos de prisão, certamente há de ser pensado outro critério para medidas cautelares menos gravosas (LIMA, 2014, p. 803).

Fato é que urge ao judiciário encontrar a interpretação necessária para o completo aproveitamento dos benefícios que a Lei 12.403/11 oferece, inclusive, como solução da superlotação nos presídios brasileiros. E, diante da omissão do legislador no que diz respeito à hipótese de detração face as medidas cautelares diversas da prisão, talvez, aplicá-la por analogia *in bonam partem*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou de analisar a possibilidade de detração penal face ao recolhimento domiciliar noturno, cumulado com o monitoramento eletrônico, hipóteses de medidas cautelares diversas à prisão, apresentadas pela implementação da Lei 12.403/2011.

A implementação da referida lei demonstrou a intenção do legislador em encontrar soluções para o caos do sistema penitenciário brasileiro, em uma iniciativa que visa evitar e substituir a prisão cautelar.

Celas superlotadas, alto índice de reincidência dos presos e o elevado custo de manutenção de apenados e presídios são apenas alguns dos reflexos do evidente colapso do sistema carcerário.

Não obstante, a manutenção deste “modelo carcerário” desrespeita direitos humanos e fere o princípio da dignidade da pessoa humana apregoado pela nossa Carta Magna, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nestes termos, desrespeita ainda, um dos objetivos basilares da execução penal brasileira, que é a ressocialização do condenado, pois, este indivíduo não recebe incentivo algum para buscar sua regeneração.

O recolhimento domiciliar noturno e o monitoramento eletrônico restringem a liberdade individual, impondo-lhe descomunal violência e, uma vez aplicadas antes do decreto condenatório, antecipam sim a condenação do sujeito.

Por outro lado, quando aplicadas de forma cumulada, o recolhimento noturno e o monitoramento eletrônico constituem uma opção ao magistrado, que tem condições de monitorar o investigado, acusado ou indiciado. Tal medida evita o encarceramento desnecessário e gera, inclusive, economia para o Estado ao evitar despesas com o preso encarcerado.

Assim, tendo em vista que as medidas cautelares da prisão domiciliar e do recolhimento

domiciliar noturno, bem como do monitoramento eletrônico (artigos 318 e 319 do CPP), apesar de mais leves que a prisão cautelar, restringem o direito de ir e vir, não parece razoável concluir pela inadmissibilidade da detração penal.

Portanto, é viável que a jurisprudência construa, mesmo sem apoio legislativo específico, por analogia *in bonam partem*, admissível por força do art. 3º do CPP, a hipótese da detração para tais medidas cautelares e, ainda, defina em que medida serão aplicadas, atendendo-se à proporcionalidade.

Evidente que o sentenciado que aguardou julgamento submetido a recolhimento domiciliar noturno, e, ainda, com utilização de monitoramento eletrônico, fará jus a abatimento do período que teve sua liberdade restringida no cômputo da pena a cumprir, para evitar *bis in idem*.

De modo contrário, o condenado seria apenado duas vezes em razão de um mesmo fato, a primeira ao ter sua liberdade restrita pelo recolhimento noturno e uso da tornozeleira e, novamente, ao cumprir a pena privativa de liberdade definitiva.

Nesses termos, atendendo-se a uma necessária leitura constitucional de todos os institutos de Direito Penal e de Processo Penal, conclui-se pela admissibilidade da detração penal ser aplicada não somente com base no tempo de prisão cautelar, mas também em casos de medidas cautelares diversas da prisão, que afetem a liberdade da pessoa. Trata-se de medida proporcional, adequada e que respeita a dignidade da pessoa, bem como evita o indesejável *bis in idem*.

REFERÊNCIAS

ATILA, Carlos Pierre de Lima. **Breves comentários acerca das medidas cautelares previstas na lei nº 12.403/2011**. 2011. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4512&idAreaSel=1&seeArt=yes>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Nova lei peca nas chances de detração penal**. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jul-01/nao-detracao-casos-cautelar-aplicada-distinta-prisao>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4208/2001**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>

proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2655. Acesso em: 1 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus** 106.446 / SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 11.11.2011, p. 2. 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_HC_106446_Min._Dias_Toffoli.pdf. Acesso em: 25 nov. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Prisão preventiva, medidas cautelares e detração penal**. 2011. Disponível em: <http://apamagis.jusbrasil.com.br/noticias/2852190/fernando-capez-prisao-preventiva-medidas-cautelares-e-detracao-penal>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei nº. 12.736/2012, que antecipa, para a sentença condenatória, o momento adequado para realizar a detração da pena**. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2012/12/comentarios-lei-127362012-que-antecipa.html>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CURY, Rogério. **Detração penal e as medidas cautelares pessoais diversas da prisão - há compatibilidade?** 2014. Disponível em: <http://rogeriocury.jusbrasil.com.br/artigos/112256228/detracao-penal-e-as-medidas-cautelares-pessoais-diversas-da-prisao-ha-compatibilidade>. Acesso em: 23 nov. 2018.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GODOI, Antônio. **LEI 12.403/11: comentários § Art. 319, CPP §**. 2011. Disponível em: <https://pineapplelaws.wordpress.com/2011/07/10/lei-12-40311-%E2%80%93-comentarios-%C2%A7-art-319-cpp-%C2%A7/>. Acesso em: 23 nov. 2018.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. **Monitoramento eletrônico**. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819870/monitoramento-eletronico>. Acesso em: 30 mar. 2016.

KARAM, Maria Lúcia. Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 14, n. 170, jan. 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENEZES, Dêvis Klinger. **Prisão, medidas cautelares e detração penal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, maio 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37219&seo=1>. Acesso em: 15 abr. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUCCI, Guilherme Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei no 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- PEREIRA, Marivaldo. **A nova lei de detração a sentença penal condenatória**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-22/lei-127362012-detacao-sentenca-penal-condenatoria>. Acesso em: 1 abr. 2016.
- PINTO, Ronaldo Batista. **Provisória deve ser contada na progressão de regime**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-08/ronaldo-pinto-prisao-provisoria-contada-progressao-regime>. Acesso em: 23 nov. 2018.
- SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Detração penal**: comentários à Lei 12.736 de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://marcelorodriguesdasilva56.jusbrasil.com.br/artigos/121942264/detracao-penal-comentarios-a-lei-12736-de-30-de-novembro-de-2012>. Acesso em: 1 abr. 2016.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2.
- Como citar**: PEREIRA, Henrique Viana; MATTOS, Juliana Günther Fonseca de. Medida cautelar criminal de recolhimento domiciliar noturno cumulado com o monitoramento eletrônico e a aplicação da detração penal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 65-82, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p65. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 20/07/2016.

Aprovado em: 18/03/2019.

**RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: CONSIDERAÇÕES
ACERCA DE SUA POSSIBILIDADE JURÍDICA**

*RESTORATION OF FAMILY POWER: CONSIDERATIONS ABOUT
ITS LEGAL POSSIBILITY*

Edward Goulart Júnior*
João Pedro Minguete Goulart**

Como citar: GOULART JUNIOR, Edward Goulart; GOULART, João Pedro Minguete. Restituição do poder familiar: considerações acerca de sua possibilidade jurídica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 83-102, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p83. ISSN: 1980-511X.

* Graduado em Formação de Psicólogos e Licenciatura Psicologia pela Universidade de Bauru (1987), mestrado em Projetos Arte e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1994) e doutorado em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2005). Atualmente é Professor Assistente Doutor da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. E-mail: edward@fc.unesp.br

** Graduando do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: jpdrogoulart@gmail.com

Resumo: O presente trabalho teve por escopo tecer considerações acerca da possibilidade da restituição do poder familiar aos genitores destituídos por sentença judicial, a partir da construção de uma revisão bibliográfica narrativa, em que a abordagem apresentada é meramente descritiva e consubstanciada em estudos revisados da literatura, análise do ordenamento jurídico e decisões dos tribunais. A revisão bibliográfica realizada pautou-se pela busca de textos científicos em algumas das principais bases de dados do Direito. À luz das diretrizes consagradas no artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), deve-se sempre analisar as demandas inerentes aos direitos de crianças e adolescentes com base nos princípios da proteção integral, do melhor interesse, bem como o da prevalência da família. Nesse sentido, a restituição do poder familiar pode surgir como uma das medidas específicas de proteção à criança e ao adolescente, uma vez que o rol do artigo 101 do ECA não é taxativo. Entende-se que, por se tratar de relação jurídica continuativa, para que seja possível o restabelecimento do poder familiar, faz-se necessário que os pais faltosos logrem êxito ao provar, em ação autônoma, que, de fato, superaram as condições que os fizeram perder o poder familiar.

Palavras-Chave: Poder familiar. Destituição do poder familiar. Restituição do poder familiar. Princípio do melhor interesse. Princípio da prevalência da família.

Abstract: This paper comments on the possibility of the restoration of the institution of the family power to parents who have been justly deprived of this legal right because of judicial sentencing. In order to research this topic, this study used bibliographical review, in which the chosen approach is merely descriptive and based on revised studies, court cases and other jurisprudential texts. Furthermore, literature review was also utilized to search for judicial decisions in important court databases. Simultaneously, this study primarily focused on the Brazilian Child and Adolescent Statute, called “ECA”. More specifically, this study explored inherent children and adolescent’s rights based on the principles of integral protection, best interest, as well as family prevalence. Moreover, family power restoration sometimes appears to be one of the specific measures utilized to protect children and adolescents, since the list presented in article 101 of the “ECA” is not exhaustive. Finally, this paper understands that in order to restore family power, it is necessary that failing parents prove, in an autonomous lawsuit, that, in fact, they have surpassed the conditions that made them lose the family power.

Keywords: Family power. Dismissal of family power. Restoration of family power. Best interests of the child principle. Family prevalence principle.

INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo principal fomentar a discussão sobre a possibilidade de restituição do poder familiar à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a partir da construção de uma revisão bibliográfica narrativa, em que a abordagem apresentada é meramente descritiva e consubstanciada em estudos revisados da literatura, análise do ordenamento jurídico e decisões dos tribunais. A revisão bibliográfica realizada pautou-se pela busca de textos científicos em algumas das principais bases de dados do Direito, tais como: Portal de Periódicos Capes, Scielo, CONPEDI, LexML Brasil, Banco de Teses Capes e RT online. Por tratar-se de assunto complexo, envolvendo opiniões divergentes, a temática precisa ser abordada com cautela, uma vez que não há consenso quanto a possibilidade jurídica de se restituir o poder familiar perdido mediante decisão judicial.

Considerando o tema proposto, para início da discussão, é fundamental prestar esclarecimentos acerca de alguns dos princípios que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e que regem seus dispositivos. O ECA, em seu artigo 100, prevê quais são os princípios inerentes a aplicação das medidas específicas de proteção às crianças e aos adolescentes. Dar-se-á ênfase neste trabalho aos previstos nos incisos II, IV e X. O inciso II, do art. 100, do ECA, positiva a *proteção integral e prioritária*, nos seguintes termos:

Art. 100 [...]

II – proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; [...] (BRASIL, 1990)

Tal dispositivo tem previsão constitucional (art. 227, CF) e consta também logo no artigo 1º do ECA, que dispõe sobre a *proteção integral* à criança e ao adolescente. Este princípio ampara e serve de sustentação a toda a sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente. Barros (2015) entende que, por proteção integral, deve-se compreender o conjunto amplo de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança e do adolescente e, por esta razão, o Estatuto deve ser interpretado e aplicado tendo-se sempre em vista os fins sociais a que se dirige.

O inciso IV, do art. 100, do ECA, disciplina sobre o *interesse superior da criança e dos adolescentes*:

Art. 100 [...]

IV – interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; [...] (BRASIL, 1990).

Este postulado traz a ideia de que, na análise do caso concreto, os sujeitos do processo devem sempre buscar a solução que proporcione o melhor benefício para a criança ou adolescente

(BARROS, 2015). A consagração dos princípios da proteção integral, bem como do melhor interesse, superou a visão ultrapassada do já revogado Código de Menores, que tratava sobre a assistência, a proteção e a vigilância somente aos menores que se encontravam em situação irregular, conforme o artigo 1º da Lei nº 6.697/1979. De acordo com o artigo 2º do referido diploma, considerava-se em situação irregular o menor: (1) privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, (2) vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável, (3) em perigo moral, (4) privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável, (5) com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária e (6) autor de infração penal (BRASIL, 1979). Atualmente, compreendem-se todas as crianças e adolescentes como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais (art. 15, ECA).

O inciso X, do art. 100, do ECA, que configura a *prevalência da família*, assim dispõe:

Art. 100 [...]

X – prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta; [...] (BRASIL, 1990).

Dessa forma, verifica-se que, na aplicação das medidas de proteção de crianças ou adolescentes, deve-se sempre privilegiar a sua manutenção no núcleo familiar, respeitada a preferência da família natural. Conforme elucida expressamente o ECA, em seu artigo 25, *caput*, entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Já a família extensa compreende aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (art. 25, parágrafo único, ECA). Em respeito ao princípio da prevalência da família, o artigo 19, do ECA, elucida que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, apenas em caráter excepcional, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990).

Nesse viés, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se firma no sentido de que, nas disputas de custódia de crianças e adolescentes, devem ser evitadas sucessivas e abruptas alterações de guarda e residência, ressalvados os casos de evidente risco¹. Assim sendo, apenas na impossibilidade de a família natural zelar adequadamente pela criança e/ou adolescente, é que a família extensa deve exercer seus cuidados e, com vistas ao princípio do melhor interesse, em situações excepcionais, é possível o deferimento da guarda de criança ou adolescente aos avós

1 Precedentes: HC 298009/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014; AgRg na MC 21782/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014; MC 20264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013; AgRg na MC 10531/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/2005, DJ 19/12/2005; AREsp 488308/MG (decisão monocrática), Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 11/04/2014, DJ 30/04/2014; MC 022129/RJ (decisão monocrática), Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 16/12/2013, DJ 03/02/2014. (BRASIL, 2014).

para atender situações peculiares, conforme entendimentos reiterados do STJ².

1 DO PODER FAMILIAR E SUAS HIPÓTESES DE DESTITUIÇÃO

Na direção do objetivo deste estudo, faz-se necessário também apresentar a conceituação e implicações de poder familiar, bem como suas hipóteses de destituição, tendo por norte a Constituição Federal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a jurisprudência pátria.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, traz que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, os direitos a que fazem jus, na condição de sujeitos de direito:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

O artigo 4º, do ECA, em seu *caput*, traz exatamente a mesma disposição do art. 227 da Carga Magna, no entanto, acrescenta em seu parágrafo único considerações acerca da absoluta prioridade:

Art. 4º. [...] Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude. (BRASIL, 1990).

Barros (2015, p. 49 apud LÔBO, 2005, p. 147-149) afirma que o poder familiar:

“[...] é o conjunto de direitos e deveres tendo por finalidade o interesse da criança (inclui o adolescente), para proteção de sua segurança, saúde, moralidade, para assegurar sua educação e permitir seu desenvolvimento, em respeito a sua pessoa”.

Nesse sentido, o artigo 1.634 do Código Civil apresenta que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, compreendendo, quanto aos filhos, os seguintes aspectos: (1) dirigir-lhes a criação e a educação; (2) exercer a

2 Precedentes: REsp 1186086/RO, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 14/02/2011; AgRg no REsp 532984/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010; REsp 945283/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 28/09/2009; REsp 993458/MA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 23/10/2008; REsp 1368066/DF (decisão monocrática), Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, julgado em 20/09/2013, DJe 02/10/2013. (BRASIL, 2013).

guarda unilateral ou compartilhada; (3) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (4) conceder-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (5) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (6) nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (7) representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (8) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e (9) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

A Lei nº 8.069/90 (ECA), em seu artigo 21, complementa que o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária para a solução da divergência (BRASIL, 1990).

Pasini e Trentin (2015) argumentam que os pais possuem diversos deveres inerentes ao exercício do poder paternal e que, em algumas situações, principalmente no que tange ao descumprimento de alguma dessas prerrogativas, o Estado precisa intervir nas relações familiares, podendo suspender e até destituir o poder familiar dos genitores faltosos. Quando a família natural incorre em faltas em relação aos seus filhos, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê algumas formas de sanção aos genitores, veja-se:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

- I – encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família;
- II – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- III – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
- IV – encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
- V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;
- VI – obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
- VII – advertência;
- VIII – perda da guarda;
- IX – destituição da tutela;
- X – suspensão ou destituição do poder familiar. (BRASIL, 1990).

Além destas medidas, o artigo 249 do mesmo diploma legal, prevê, em caso de descumprimento doloso ou culposo dos deveres inerentes ao poder paternal, o pagamento de multa de três a vinte salários mínimos, podendo ser aplicada em dobro em caso de reincidência. Nesse sentido, conforme se verifica do teor do artigo 129, do ECA, uma das medidas aplicáveis aos pais – e a mais gravosa delas – é a suspensão ou destituição do poder familiar (BRASIL, 1990). Cumpre informar, portanto, quais seriam as faltas que poderiam ensejar a aplicação dessa medida tão rigorosa.

O Código Civil, em seu artigo 1.635, disciplina quais são as formas de extinção do poder

familiar: (1) pela morte dos pais ou do filho; (2) pela emancipação; (3) pela maioridade; (4) pela adoção e (5) por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. Por óbvio, as situações previstas nos incisos I (morte dos pais ou do filho) e III (maioridade), do artigo 1.635, são irreversíveis e, portanto, nestas hipóteses, não há que se falar em possibilidade de restituição do poder familiar. Quanto à emancipação e à adoção, estas também são pacíficas na doutrina e na jurisprudência, uma vez que são medidas irrevogáveis. Assim sendo, também não há possibilidade de restituição do poder familiar na hipótese em que o infante foi emancipado ou já tiver sido adotado por outra família. No que se refere à adoção, esclarece a irrevogabilidade o parágrafo 1º, do artigo 39, da Lei nº 8.069/90 (ECA), *in verbis*:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei (BRASIL, 1990).

O presente estudo, por não ter o escopo de discorrer de forma mais aprofundada quanto às hipóteses de extinção do poder familiar irreversíveis (morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade ou adoção), limita-se a apresentar a única forma em que há perspectiva de restituição da autoridade parental, qual seja a modalidade prevista pelo inciso V, do artigo 1.635, do Código Civil – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638, que traz:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (BRASIL, 2002).

Quanto ao inciso IV, do artigo 1.638, cumpre colacionar o teor do artigo antecedente (1.637):

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, 2002).

Quanto à modalidade de suspensão prevista no parágrafo único do artigo 1.637, cabe

mencionar a ressalva do parágrafo 2º, do artigo 23, do ECA, que elucida que a condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha. Isso significa que, em caso de condenação criminal de um dos genitores por sentença irrecorrível cuja pena exceda a dois anos de prisão, haverá mera suspensão do poder familiar. No entanto, esta condenação pode ensejar a efetiva destituição da autoridade parental, no caso de a conduta criminosa ter sido praticada dolosamente contra o próprio filho ou filha.

O ECA ainda traz mais uma causa que pode ensejar a perda e a suspensão do poder familiar, conforme o artigo 24, qual seja o descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 do mesmo diploma legal:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e dever e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança, estabelecidos nesta Lei (BRASIL, 1990).

Destaca-se ainda que a mera falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para perda ou a suspensão do poder familiar. Tal previsão legal traz vedação expressa à criminalização da pobreza, uma vez que a existência de poucos recursos econômicos por parte do núcleo familiar, não pode ser a única e exclusiva causa para sanção tão gravosa, desde que a família cumpra adequadamente com os deveres inerentes ao exercício do poder familiar.

Um dos questionamentos que merece destaque acerca do tema da suspensão e/ou destituição do poder paternal é: “para onde vão as crianças e adolescentes os quais o Poder Judiciário decidiu que não mais devem ficar sob os cuidados dos genitores?” Em regra, com fulcro no princípio da preservação da família, estes devem ser encaminhados para os cuidados de membros da família extensa. No entanto, nem sempre há parentes dispostos a recepcioná-los, ou, em alguns casos, é possível perceber um contexto familiar tão fragilizado que não há possibilidade de recebê-los. Ainda, existem situações em que a urgência da retirada da criança ou adolescente do seio da família, a fim de protegê-los, é tão grande, que não há tempo hábil para verificar a existência de familiares extensos de imediato. Nestas hipóteses, os infantes são encaminhados para instituições de acolhimento.

Conforme apresentado por Nascimento (2012), com a vigência do já revogado Código de Menores, imperava a lógica de que seria preferível a institucionalização de crianças e adolescentes à permanência em suas famílias pobres. Estabeleceu-se associação entre recursos financeiros escassos e incapacidade moral para criar e educar os filhos, surgindo discursos, crenças e práticas que passaram a justificar a internação dos filhos de família pobre. A autora, no entanto, argumenta que a mera positividade do artigo 23 do ECA, que vedou essa medida, não se estabelece, por si só,

enquanto prática. No cenário atual, a família pobre foi ganhando nova categorização, qual seja, a de família negligente, o que passou a justificar a intervenção estatal e a continuidade da retirada de crianças e adolescentes de suas famílias.

No mesmo sentido, Teixeira e Vieira (2015) defendem que até 1988 crianças e adolescentes eram indistintamente denominados de menores e eram tratados como objetos de proteção dos pais e do Estado. Neste viés, o Código de Menores surge de um histórico tratamento excludente, cujas práticas existem desde o Brasil-Colônia e que, apesar de terem sido modificadas com o tempo, não alteraram a sua essência, qual seja, a institucionalização e o conseqüente rompimento de vínculos familiares e sociais.

No estudo elaborado por Durán-Strauch, Guáqueta-Rodríguez e Torres-Quintero (2011), os autores concluíram que, assim como no Brasil, no que se relaciona aos direitos de proteção a crianças e adolescentes da Colômbia, há uma clara preocupação do país pelo conhecimento e pela descrição de diferentes situações de vulnerabilidades de seus direitos, bem como pela análise de suas causas e conseqüências. Contudo, os estudos locais pecam no tocante às ações dirigidas ao restabelecimento dos direitos vulnerados. Foram encontrados diversos problemas, como a conduta predominante de institucionalização assumida pelos juízes locais, os quais privavam de liberdade crianças e adolescentes, fundamentando-se em razões como a pobreza da família, o consumo de substâncias psicoativas, a violência intrafamiliar e riscos de exploração ou abuso.

Souza e Britto (2015) apresentam que, de acordo com o documento que reúne orientações técnicas para acolhimento, elaborado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), essa modalidade de atendimento consiste em:

Serviço que oferece acolhimento, cuidado e espaço de desenvolvimento para grupos de crianças e adolescentes em situação de abandono ou cujas famílias ou responsáveis encontram-se temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidados e proteção. Oferece atendimento especializado e condições institucionais para o acolhimento em padrões de dignidade, funcionando como moradia provisória até que seja viabilizado o retorno à família de origem ou, na sua impossibilidade, o encaminhamento para família substituta. (SOUZA; BRITTO, 2015, p. 43-44).

Nesse sentido, Guedes e Scarcelli (2014) definem a visão que se tem dos acolhimentos:

A função institucional do abrigo, como lugar de cuidado e proteção, estabelecida pelas legislações e almejada pelos atores institucionais, funda, ao mesmo tempo, aspectos que são depositados como representantes do fora. O abrigo era considerado por todos um lugar onde as crianças estariam protegidas. Já as violências, maus tratos e negligências eram temáticas esperadas – visto que eram essas ocorrências que legitimavam a existência da instituição – em parentes das crianças que estavam acolhidas, ou mesmo em outros equipamentos públicos, sempre no fora. Assim, delimitava-se tanto a função da instituição quanto as representações esperadas às crianças, aos familiares e aos agentes institucionais

(GUEDES; SCARCELLI, 2014, p. 64-65).

Contudo, em que pese o ideal que se tem dos chamados “abrigos” como instituições que realmente conseguem proteger crianças e adolescentes acolhidos, nem sempre essa expectativa atende à realidade social. Analisando casos práticos de acolhimentos institucionais de crianças e adolescentes em Aracajú/SE, Souza e Britto (2015) constataram que as instituições de acolhimento do município ainda não cumprem com todas as diretrizes propostas pelo ECA, acarretando uma série de violações aos direitos das crianças e dos adolescentes lá inseridos. As autoras identificaram que alguns dos problemas constatados inerentes à execução do acolhimento são: desmembramento de grupo de irmãos, instituições que restringem o atendimento a crianças de determinadas faixa etária, desarticulação da rede de proteção à infância e à adolescência, significativo número de crianças e adolescentes do interior acolhidos na capital, ausência de trabalho com a família, além de dificuldades para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária.

No mesmo sentido, Guedes e Scarcelli (2014), tendo como referência trabalho desenvolvido a partir de experiências práticas no Serviço de Acolhimento Institucional para Crianças e Adolescentes (SAICA), trazem o relato de descoberta de ocorrência de abuso sexual dentro de um abrigo, praticado por adolescente que residia desde pequeno no local. A visão maniqueísta de que as famílias de fora do acolhimento são as causadoras dos malefícios aos infantes e de que o abrigo é a instituição que os mantém a salvo, cai por terra. As autoras lançam então o seguinte questionamento:

Há um lugar a salvo de riscos? Nesse sentido, as dificuldades encontradas pela equipe diante dessa situação em grande parte se relacionam à necessidade que lidar com o ocorrido impõe colocar em questão a posição do abrigo e de cada um. Não por acaso era um assunto tão difícil e pouco falado. (GUEDES; SCARCELLI, 2014, p. 65).

Não se quer aqui menosprezar o papel fundamental que as instituições de acolhimento desempenham no cenário atual. Evidente que há situações graves em que não há outra opção, senão acolher a criança ou o adolescente vítima de violência, maus-tratos ou negligência. O que se pretende é romper com a visão de que, em quaisquer circunstâncias, a institucionalização seria a medida que melhor atenderia aos interesses de infantes e adolescentes.

Entende-se que existem casos em que a retirada da criança do núcleo familiar pode não ser a solução mais adequada. Dessa forma, a atuação do Estado deveria se dar de forma preventiva, objetivando evitar situações de violência intrafamiliar. Ainda assim, mesmo quando a ocorrência de maus-tratos já houver se verificado, ideal seria a intervenção estatal no sentido de reestruturação do núcleo familiar, a fim de evitar a reincidência dessas práticas.

Teixeira e Vieira (2015) esclarecem que a convivência dentro do núcleo familiar é caracterizada pela participação ativa de todos os membros do grupo, devendo as pessoas em desenvolvimento ser estimuladas a participar do dia a dia da família, bem como das decisões

familiares, o que contribui na formação de sua autonomia. Os autores concluíram que a participação ativa nas rotinas e nos rituais familiares é fator que proporciona sentimento de pertencimento à família, favorecendo a autoestima e a satisfação familiar. A criança intuitivamente sabe que a definição de lugar e de sua individualidade se dá na família, sendo as referências de segurança lá fornecidas essenciais para a instrução desses sentimentos. Nesse diapasão, Bowlby (1982 apud TEIXEIRA; VIEIRA, 2015) explica que a criança tende a aprender a agir observando o comportamento daqueles que ela admira ou com os quais se identifica. Assim sendo, crianças e adolescentes alijados da convivência familiar crescem sem referências, sem ter pessoas em quem confiar e para orientá-los no processo de amadurecimento, prejudicando sobremaneira a formação de sua identidade.

Nesse sentido, a restituição do poder familiar pode surgir como uma das medidas específicas de proteção à criança e ao adolescente, uma vez que o rol do artigo 101 do ECA não é taxativo. Em alguns casos, pode ser verificado que o retorno do infante ao seio de sua família natural é a medida que mais bem atende ao seu interesse, em vez de mantê-lo em instituições de acolhimento. Cabe, portanto, ao Juízo, na análise do caso concreto, verificar se as condições que ensejaram a destituição do poder familiar não mais persistem e a criança ou adolescente não estaria inserido em situação de risco, conforme se passa a expor.

2 DA RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A possibilidade de restituição do poder familiar está longe de ser unanimidade na doutrina e na jurisprudência pátria. Alguns autores defendem a tese de sua impossibilidade³ e, de fato, existem inúmeros argumentos que merecem ser considerados nessa linha de raciocínio. O ponto central desta discussão surge da omissão legislativa quanto à possibilidade ou não de se restituir a autoridade parental daqueles que o haviam perdido por decisão judicial. Silenciou o legislador quanto à solução do tema, no entanto, como bem se sabe, não é facultada ao magistrado a possibilidade de se eximir de decidir os casos que chegam ao seu conhecimento com base na mera inexistência de dispositivo legal específico.

O artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) esclarece que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (BRASIL, 1942). No âmbito dos direitos inerentes à infância e juventude, de acordo com o que foi abordado em tópico anterior, o Juízo deve ter por norte os princípios gerais da *proteção integral e prioritária, do interesse superior da criança e do adolescente, bem como da prevalência da família*.

Nessa senda, mister recorrer aos ensinamentos de Miguel Reale (2001) que elenca, entre outras, a jurisprudência como uma das fontes do direito:

3 (FONSECA, 2000; ZEGLIN, 2015).

A jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem complementar o sistema objetivo do Direito (REALE, 2001, p. 159).

Isto posto, infere-se que, havendo omissão legal sobre determinado tema, cabe ao magistrado, utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, julgar o caso. Outrossim, ainda é possível constatar que a jurisprudência, entendida como “[...] uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência” (REALE, 2001, p. 158), consubstancia-se como uma das fontes através das quais emana o direito. Complementa ainda o autor que “[...] o juiz constitui norma para o caso concreto toda vez que houver lacuna na lei, assim como nos casos em que lhe couber julgar por equidade” (2001, p. 159).

Quanto ao papel da doutrina, Reale esclarece que esta:

[...] banha as matrizes do Direito, indagando do papel histórico e da função atual de cada uma delas, das relações de dependência existentes entre as diversas fontes do direito em cada País e em cada ciclo histórico, e, indo além, esclarece-nos sobre o significado das normas ou modelos que das fontes derivam. [...] A doutrina, por conseguinte, não é fonte do Direito, mas nem por isso deixa de ser uma das molas propulsoras, e a mais racional das forças diretoras, do ordenamento jurídico (REALE, 2001, p. 168-169).

Desta feita, esclarecendo o papel da jurisprudência e da doutrina, como fonte do direito e como força diretora do ordenamento jurídico, respectivamente, cabe apresentar o que trazem os estudos de doutrinadores, bem como os precedentes jurisprudenciais sobre o tema da restituição do poder familiar. Já fora abordado que o poder familiar compreende o exercício de inúmeros direitos e deveres inerentes a ele. Nesse sentido, existem diversas hipóteses legais de suspensão e até destituição dos genitores que incorram em faltas graves. Pasini e Trentin (2015) esclarecem que existem casos em que os pais conseguem superar os motivos ensejadores da destituição do poder paternal e buscam recuperar o convívio com sua prole.

Caio Mário da Silva Pereira (1987 apud COMEL, 2003) também advogava o caráter revogável da destituição do poder familiar, ao argumento de que a ideia predominante em matéria de assistência, proteção, salvaguarda e defesa de crianças e adolescente é o melhor interesse dos mesmos. Na mesma linha de raciocínio, Santos Neto (1994) apresenta que a maior parte das leis estrangeiras admite a recuperação do poder familiar, pressuposta tal conveniência, em caso de regeneração dos inibidos ou de desaparecimento das causas que determinaram a sanção. O autor ainda faz ressalva interessante ao dizer que a possibilidade de restituição do poder familiar não se fundamenta como um direito de os pais se recuperarem do possível impedimento de exercer a autoridade parental, mas surge como direito da criança ou do adolescente - que se viu afastado do convívio com o núcleo familiar -, de retomar os laços com seus genitores, com vistas aos princípios

da proteção integral, do melhor interesse e da prevalência da família natural.

No mesmo sentido, Orlando Gomes (2000, p. 399, apud PASINI; TRENTIN, 2015, p. 71) elucida que “[...] o pátrio poder perdido pode ser restabelecido, provada a regeneração do pai ou desaparecida a causa que determinou a reintegração do múnus, de que o pai foi privado, deve ser pleiteada judicialmente pelo interessado”.

Noutro giro, Fonseca (2000) aduz que existem divergências entre os autores no que se refere à definitividade da extinção do poder familiar, por meio da destituição, e que, apesar de não ser este o seu posicionamento, reconhece que a maior parte da doutrina entende que, cessada a causa motivadora da destituição, a autoridade parental perdida poderá ser recuperada. Argumenta o autor que, no seu entender, a destituição do poder familiar é definitiva, mormente ao se considerar que não há garantias de que os genitores privados de seu mister não reiterarão nas condutas que os fizeram perder a autoridade parental em primeiro plano. Há, na visão do autor, possibilidade de retomada dos vínculos familiares apenas na hipótese em que houve mera suspensão do poder parental, mas não quando for levada a efeito a efetiva destituição.

Do mesmo modo, Zeglin (2015) sustenta que a perda do poder familiar, por meio de decisão judicial, é medida excepcional e, em tese, definitiva. A autora ressalva que a Constituição Federal assegura aos genitores o direito ao contraditório e à ampla defesa, só sendo decretada judicialmente a perda do vínculo parental quando observado o devido processo legal e somente nas situações expressamente previstas em lei. Assim, ante a gravidade desta sanção, não se admite interpretação extensiva para a sua aplicação, a qual somente deverá ocorrer se atender ao superior interesse da criança ou do adolescente.

Por outra via, é possível constatar ainda que, pautando-se em interpretação sistemática das disposições contidas no ECA, evidencia-se que a única medida “irreversível”, por ser expressamente irrevogável, é a adoção, conforme apresenta o art. 39, § 1º, do ECA. Diante do silêncio da lei acerca do restabelecimento do poder familiar, também se poderia inferir, *a contrario sensu*, pela possibilidade de reversão da destituição da autoridade parental⁴. No mesmo sentido, Vieira Júnior e Melotto (2011) explicitam que o ECA em nenhum de seus dispositivos qualifica a medida de destituição do poder familiar como definitiva, sendo a irrevogabilidade inerente apenas à adoção.

No direito comparado, verifica-se que, nas legislações internacionais, a tendência tem sido admitir a recondução do genitor afastado das funções, cessadas as causas que motivaram o afastamento, colocando sempre o interesse da criança em primeiro lugar (COMEL, 2003). No estudo realizado por Akel (2009, apud PASINI; TRENTIN, 2015, p. 69), apresenta-se que:

No direito comparado, a maioria das legislações admite o restabelecimento do poder familiar, desde que cessadas as causas que ensejaram a destituição e a recondução favorável ao menor. Entre os quais, cita-se o Código Civil espanhol (art. 170-1, CCE), a legislação civil de Portugal (art. 1.916, CC) e o direito civil argentino (art. 308, CC).

4 Precedente: TJ-RS - AC: 70058335076 (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Nessa senda, transcreve-se o conteúdo do artigo 308 do “*Código Civil de la República Argentina*”:

“Art. 308. – *Lá privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitucion se justifica em beneficio o interés de los hijos*”. (ARGENTINA, 1869).

No direito português, há norma determinando que seja levantada a inibição do poder paternal decretada pelo tribunal quando cessem as causas que lhe deram origem, o que pode ser feito a todo tempo, desde que passado um ano da sentença de inibição ou da que houver desatendido pedido anterior de levantamento (COMEL, 2003)⁵.

Por sua vez, com base nos estudos de Durán-Strauch, Guáqueta-Rodríguez e Torres-Quintero (2011), verifica-se que a Colômbia, em 2006, promulgou novo “*Código de Infancia y Adolescencia*” que se adequou aos compromissos internacionais. Tal diploma legal, assim como o ECA, pauta-se pelos seguintes princípios: (I) *Interés superior del niño*, (II) *Protección integral* e (III) *Prevalencia de derechos*, dentre outras diretrizes.

Como se vê, portanto, no direito estrangeiro há compromisso manifesto e claro com o princípio da proteção integral do infante. Via de regra, a privação da autoridade paternal pode ser superada, desde que cessados os motivos que a ensejaram, quaisquer que sejam eles, havendo interesse do filho que assim recomende (COMEL, 2003). A autora conclui:

[...] mesmo se reconhecendo o caráter de definitividade da perda do poder familiar, não há que se tê-lo de modo absoluto, admitindo-se a recondução do pai faltoso ao encargo se o interesse e bem-estar do filho reclamarem, o que, de resto, implicará, dentre outros, prova bastante de que restou superada a situação que ensejou a medida (COMEL, 2003, p. 298).

Feitas estas considerações, cabe verificar como os tribunais brasileiros têm decidido acerca da questão da possibilidade de reversão da destituição do poder familiar, tendo-se em vista que a jurisprudência também pode ser considerada como fonte normativa. Cumpre, portanto, colacionar a ementa do seguinte julgado, proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS):

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA EXTINTIVA.

1. A atenta e sistemática leitura dos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente permite concluir que apenas a adoção tem caráter irrevogável, porque expressamente consignado no § 1º do art. 39. Diante do silêncio da lei acerca do restabelecimento do poder familiar, também se pode concluir, a

⁵ Código Civil Português, art. 1.916º: 1. A inibição do exercício das responsabilidades parentais decretada pelo tribunal será levantada quando cessem as causas que lhe deram origem. 2. O levantamento pode ser pedido pelo Ministério Público, a todo o tempo, ou por qualquer dos pais, passado um ano sobre o trânsito em julgado da sentença de inibição ou da que houver desatendido outro pedido de levantamento” (PORTUGAL, 1967).

contrário senso, pela possibilidade da reversão da destituição do poder familiar, desde que seja proposta ação própria para tanto, devendo restar comprovada a modificação da situação fática que ensejou o decreto de perda do poder familiar. Desse modo, impõe-se a desconstituição da sentença que extinguiu o processo por impossibilidade jurídica do pedido.

2. À luz da doutrina da proteção integral e prioritária dos direitos da criança e do adolescente preconizada pelo ECA, a intervenção do Estado deve atender prioritariamente aos superiores interesses dos menores, nos termos do art. 100, inc. II e IV, do ECA, de modo que, caso o retorno dos menores ao convívio materno se mostre a medida que melhor atenda aos seus interesses, não há motivos para que se obste tal retorno, com a restituição do poder familiar pela genitora, mormente porque os menores não foram encaminhados à adoção.

3. Trata-se, no caso, de uma relação jurídica continuativa, sujeita, portanto, à ação do tempo sobre seus integrantes (tal qual ocorre com as relações jurídicas que envolvem o direito a alimentos). Logo, a coisa julgada, formal e material, que antes se tenha produzido, fica preservada desde que as condições objetivas permaneçam as mesmas (cláusula rebus sic stantibus). No entanto, modificadas estas, outra poderá ser a decisão, sem que haja ofensa à coisa julgada. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível nº 70058335076, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 22/05/2014, Data de publicação: Diário da Justiça: 27/05/2015). (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

A possibilidade do restabelecimento do poder familiar é, inclusive, uma das teses jurídicas institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e que, portanto, norteia sua atuação. No IV Encontro Estadual de Defensores Públicos de São Paulo, ocorrido em 04 de dezembro de 2010, a tese 01/10 foi aprovada com o seguinte teor.

Diante do princípio da primazia da família natural, é possível a reconstituição do poder familiar, por meio de ação própria, desde que os pais passem a viabilizar melhores condições aos filhos, mesmo após o trânsito em julgado ou após o prazo para ação rescisória da decisão que os destituíram do poder familiar, salvo se já consolidado o regular processo de adoção a terceiros. (ESCOLA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2010).

Dessa forma, não há que se falar que a restituição do poder familiar perdido por decisão judicial transitada em julgado ofenda a coisa julgada formal e/ou material, uma vez tratar-se de relação jurídica continuativa e que se sujeita, por conseguinte, à ação do tempo sobre seus integrantes, da mesma maneira que ocorre com as relações jurídicas que envolvam o direito a alimentos. Sendo assim, a coisa julgada anteriormente produzida fica preservada, desde que as condições objetivas permaneçam as mesmas. No entanto, modificadas estas, outra poderá ser a decisão⁶.

CONCLUSÃO

⁶ Precedente: TJ-RS - AC: 70058335076 RS. (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

A destituição do poder familiar, em não raras oportunidades, fundamenta-se inegavelmente em questões socioeconômicas, muito embora isso seja vedado expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro (Art. 23, ECA). Diferentes variáveis socioemocionais podem influir nessa tomada de decisões e, portanto, trata-se de situação complexa e de diferente manejo.

Nesse sentido, torna-se primordial a compreensão sistêmica das causas que podem levar a destituição do poder familiar, a fim de se analisar e mais bem avaliar as possibilidades de realocação de crianças e adolescentes em famílias destituídas. Pela amplitude e complexidade do fenômeno, as opiniões e pareceres sobre a restituição não são unânimes, o que possibilita que novas reflexões e propostas possam ser cogitadas.

Defende-se, ante todas as considerações apresentadas ao longo deste trabalho, a possibilidade de restituição do poder familiar, na hipótese em que os genitores o haviam perdido por decisão judicial, ainda que transitada em julgado. No entanto, para tal, por tratar-se de relação jurídica de trato continuado, faz-se necessário que os pais faltosos comprovem, por meio de ação autônoma, que, de fato, superaram as condições que os fizeram perder o poder paternal.

Assim sendo, evidente que temática tão complexa e delicada demanda escorreita dilação probatória, bem como o acompanhamento psicológico dos genitores e do infante ou adolescente durante o curso do processo, para que os pareceres psicológicos - e médicos, quando necessário - comprovem a inexistência das causas que ensejaram a destituição. Processos de avaliação psicológica destinados às pessoas envolvidas podem contribuir sobremaneira na melhor decisão para as situações que se apresentam. Esses processos caracterizam-se por práticas de avaliação realizadas mediante a aplicação de instrumentos psicológicos cientificamente comprovados e que permitem ao profissional de psicologia levantar informações a respeito dos indivíduos e da dinâmica familiar, favorecendo assim tomadas de decisões mais precisas e justas por parte dos magistrados.

Evidente que a destituição da autoridade parental, por ser a mais drástica das sanções, pressupõe a existência de falta gravíssima por parte dos genitores. Assim sendo, a possibilidade de reversão desta medida requer extrema cautela por parte dos sujeitos do processo, consubstanciando-se como verdadeira exceção. Dessa forma, compete ao Juízo da Infância e Juventude analisar as condições do caso concreto, a fim de atender ao princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente alvo da medida de proteção. Sugere-se que, existindo ação de restabelecimento do poder familiar e comprovada a superação dos fatos ensejadores da destituição, o magistrado promova o contato progressivo entre pais e filhos, fixando, em um primeiro momento, mero direito de visitas.

Há que se destacar que a restituição do poder familiar só poderá ocorrer levando-se em consideração os princípios da *proteção integral e prioritária*, do *superior interesse* e da *preservação da família*. Assim, em que pese estes postulados, em sua gênese, regerem apenas a aplicação das medidas de proteção, evidencia-se que todas as disposições contidas no ECA devem ser interpretadas tendo-os como base. Nesse diapasão, verificando-se que o retorno do infante ao

seio de sua família natural (princípio da preservação da família), é medida que mais bem atende aos seus interesses (princípio do interesse superior) e se mostra eficaz a atender suas necessidades (princípio da proteção integral e prioritária), seria incoerente sua vedação.

Ademais, embora a possibilidade de restabelecimento da autoridade parental não seja unanimidade nos estudos de doutrinadores ou nos julgados dos tribunais brasileiros, verifica-se que, à luz do direito comparado, a recondução dos pais faltosos ao encargo de cuidar de seus filhos é prevista em uma série de diplomas normativos estrangeiros.

No direito estrangeiro pesquisado há compromisso manifesto e claro com os princípios da proteção integral do infante e da preservação da família. Via de regra, a privação da autoridade parental pode ser superada, desde que cessados os motivos que a ensejaram, quaisquer que sejam eles, havendo interesse do filho que assim recomende.

Além disso, há precedentes dentro do nosso ordenamento jurídico que indicam a possibilidade jurídica deste tipo de ação, definindo que, à luz da doutrina da proteção integral e prioritária, caso o retorno dos menores ao convívio materno se mostre a medida que melhor atenda aos seus interesses, não há razão para sua obstrução.

Ad argumentandum tantum, através de raciocínio analógico é possível constatar que, pautando-se em interpretação sistemática das disposições contidas no ECA, evidencia-se que a única medida “irreversível”, por ser expressamente irrevogável, é a adoção, conforme apresenta o art. 39, § 1º, do ECA. Diante do silêncio da lei acerca do restabelecimento da autoridade parental, também se poderia inferir, *a contrario sensu*, pela possibilidade de reversão da medida de destituição do poder.

Cumpra esclarecer que mesmo a definitividade da adoção já foi flexibilizada em recente precedente do STJ, estabelecendo-se que o princípio do interesse superior tem a possibilidade de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses de crianças ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial.

Destarte, se o único instituto caracterizado pelo ECA como irreversível pode ser moldado por força do princípio geral do melhor interesse, parece coerente afirmar que a destituição da autoridade parental, que não é definida como imutável em nenhum de seus dispositivos, pode ser revogável, desde que esta medida seja compatível com a base principiológica inerente aos direitos da criança e do adolescente.

Ressalta-se também que o Juízo da Infância e da Juventude deve atender sempre aos fins sociais propostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, por esta razão, muitos de seus dispositivos podem ser moldados em virtude dos princípios que norteiam este diploma legal, tendo-se sempre em mira a proteção da criança ou do adolescente.

Nada impede, além disso, que a restituição do poder familiar surja como umas das próprias medidas protetivas à criança ou ao adolescente, porquanto o rol previsto no artigo 101 do ECA não é taxativo, mas meramente exemplificativo. Esta conclusão decorre de seu próprio *caput*, que apresenta que “verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas [...]” (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, o artigo 98 do ECA admite o cabimento das medidas de proteção sempre que os direitos reconhecidos neste diploma normativo forem ameaçados ou violados, seja por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; seja por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis em razão da própria conduta da criança ou adolescente alvo da medida protetiva (BRASIL, 1990).

Poder-se-ia dizer, nestes termos, que sendo violado o direito à convivência familiar e comunitária por ação do Estado, na medida em que este determinou o afastamento da criança ou do adolescente de seu núcleo familiar, seria cabível a utilização da restituição do poder familiar como uma medida protetiva.

No entanto, a recolocação da criança ou adolescente em família destituída do poder familiar não pode se pautar apenas por critérios técnicos e jurídicos, sem levar em conta a realidade social em que o núcleo familiar está inserido. Tampouco pode considerar os aspectos psicológicos e sociais, sem fundamentar-se nos critérios de legalidade, vez que se está sob a égide de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, tema tão delicado e complexo jamais pode ser observado sob a ótica de apenas uma área do conhecimento. Consideramos que ações transdisciplinares poderão favorecer tomadas de decisão mais consistentes para cada caso específico.

A pesquisa bibliográfica realizada para produzir este artigo revelou que existem poucos estudos relacionados ao seu tema principal, ou seja, a possibilidade de restituição do poder familiar mediante a superação das situações que ensejaram sua perda. Configura-se, assim, lacuna de conhecimentos que necessita ser mais bem explorada, visando dar ao assunto maior visibilidade e contribuindo, assim, para a reestruturação das famílias vulneráveis.

Por todo o exposto, evidencia-se que a restituição do poder familiar se configura como temática bastante complexa e que demanda, por parte do Estado e daqueles que atuam no meio jurídico, olhar cuidadoso, visando sempre à tomada das medidas mais eficientes e adequadas ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Código Civil de la República Argentina**. Buenos Aires, 1869. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf. Acesso em: 10 fev. 2017.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da criança e do adolescente**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13635, 09 set. 1942.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13563,

16 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14945, 11 out. 1979.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Estatuto da criança e do adolescente**: guarda e adoção. Brasília: STJ, 2014. (STJ - Jurisprudência em Teses, n. 27, de 04.02.2014). Disponível em: [www.stj.jus.br/.../jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%](http://www.stj.jus.br/.../jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20). Acesso em: 10 fev. 2017.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DURÁN-STRAUCH, Ernesto; GUÁQUETA-RODRÍGUEZ, Camilo Andrés; TORRES-QUINTERO, Astrid. Restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes em el sistema nacional de bienestar familiar. **Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud**, Manizales, v. 2, n. 9, p. 549-559, 2011.

ESCOLA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Infância e Juventude**. São Paulo, 9 nov. 2010. Tese 01/10. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5194>. Acesso em: 10 fev. 2017.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. A ação de destituição do pátrio poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 146, p. 261-279, abr. 2000.

GUEDES, Carina Ferreira; SCARCELLI, Ianni Regia. Acolhimento institucional na assistência à infância: o cotidiano em questão. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, MG., v. 26, n. esp., p. 58-67, abr. 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NASCIMENTO, Maria Livia do. Abrigo, pobreza e negligência: percursos da judicialização. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, MG., v. 24, n. esp., p. 39-44, 2012.

PASINI, Vivian Carla Lamberti; TRENTIN, Fernanda. Restabelecimento do poder familiar: reintegração à família natural. **Interfaces Científicas**, Aracajú, v. 1, n. 1, p. 64-74, out. 2015.

PORTUGAL. **Código civil português**. Lisboa: PGD, 1967. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A1916&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: 10 fev. 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 70058335076. ECA. ação de restituição do poder familiar. Possibilidade jurídica do pedido. proteção integral e prioritária dos direitos da criança e do adolescente. Desconstituição da sentença extintiva. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 22 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/DJSP/2014/05/27>. Acesso em: 27 maio 2014.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

SOUZA, Fernanda Hermínia Oliveira; BRITTO, Leila Maria Torraca de. Acolhimento institucional de crianças e adolescentes em Aracajú. **Psicologia Clínica**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 41-57, 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiares de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8/069/1990. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar>. Acesso em: 6 mar. 2017.

VIEIRA JÚNIOR, Ênio Gentil; MELOTTO, Amanda Oliari. Os pais destituídos do poder familiar e a obrigação de prestar alimentos. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 18, n. 24, 2011.

ZEGLIN, Helena Vonsovicz. **A destituição do poder familiar e a adoção**: efeitos patrimoniais na atualidade e a possibilidade de multiparentalidade. 2015. 81 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

Como citar: GOULART JUNIOR, Edward Goulart; GOULART, João Pedro Minguete. Restituição do poder familiar: considerações acerca de sua possibilidade jurídica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 83-102, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p83. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 14/02/2017.

Aprovado em: 22/11/2018.

A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL

THE INTERVENTION OF CRIMINAL LAW IN THE CRIME OF ANIMAL TRAFFICKING AND THE ROLE OF ENVIRONMENTAL EDUCATION

Daniela Cristina Valada*
José Eduardo Lourenço dos Santos**

* Discente em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Participante do grupo de pesquisa Novos direitos, controle social e aspectos criminológicos (NODICO).

E-mail: devalada@hotmail.com

** Graduado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1988), Mestrado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2002). Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR - 2013) e Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra (área de Democracia e Direitos Humanos - 2016). Atualmente, é professor do Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduação e Mestrado, e Delegado de Polícia no Estado de São Paulo.

E-mail: jels@univem.edu.br

Como citar: VALADA, Daniela Cristina; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. A intervenção do direito penal no crime de tráfico de animais e a educação ambiental. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p.103-120, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p103. ISSN: 1980-511X.

Resumo: A Constituição Brasileira veda práticas que coloquem em risco a função ecológica dos animais, provoquem a extinção de espécies ou submetam-nos à crueldade, sendo que o tráfico de animais silvestres fere a Magna Carta em todos estes pontos. Tal atividade gera inúmeros desequilíbrios ao meio ambiente, afetando principalmente a dignidade animal. A lei n. 9.605/98, em busca da tutela ambiental, é ineficaz para atingir os grandes mercados ambientais, não realizando o objetivo de ser instrumento para a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Além de tudo, trata-se de prática cultural enraizada na população brasileira, principalmente entre as camadas sociais mais pobres. Destarte, a problemática do tráfico persiste na sociedade brasileira, trazendo prejuízos à fauna, ao meio ambiente e à população humana. Objetiva-se no presente estudo analisar a sistemática do crime de tráfico de animais silvestres em conjunto com a legislação infraconstitucional que pretende coibi-lo, sob o norte da Carta Constitucional, a fim de criticar as suas falhas. Ainda, ante o caráter cultural desta prática, pondera-se sobre a importância da educação ambiental como forma de coibir o crime, bem como sobre a importância do desenvolvimento sustentável a fim de trazer o pleno exercício da cidadania.

Palavras-chaves: Educação ambiental. Fauna. Sustentabilidade. Tráfico de animais silvestres.

Abstract: The Brazilian Constitution prohibits practices that endanger the ecological wellbeing of animals, such as provoking the extinction of species, trafficking of wild animals and animal cruelty. Such activity generates innumerable and inhumane imbalances in the environment, affecting and forever violating an animal's dignity. Furthermore, law no. 9.605/98, whilst regulating environmental protection, is ineffective in actually protecting it. Additionally, the Brazilian population does not have an eco-friendly culture, especially amongst the poorest, where healthy environmental practices aren't disseminated effectively. Unfortunately, the problem of trafficking still persists in Brazilian society, damaging the environment, its fauna and the surrounding community. All in all, the objective of this study is to analyze the systematics of the crime of trafficking of wild animals in conjunction with Brazilian legislation, which tries to prevent it, under the guidance of Brazilian Constitutional Charter. Moreover, given the cultural nature of this practice, environmental education is an important way to curb this type of crime. Finally, the changing position of the judiciary is important in interpreting environmental norms until Congress can enact laws to better regulate this theme.

Keywords: Environmental education; wildlife; sustainability; wildlife trafficking.

INTRODUÇÃO

No ano de 2012, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA) publicou um artigo sobre o tráfico de animais silvestres e seus impactos ambientais. Neste estudo, observou-se que cerca de 38 milhões de animais são retirados de seu habitat natural por ano por este comércio ilícito. Ainda, baseado em dados sobre os animais capturados e seus preços, ponderou-se que este comércio movimentava cerca de US\$2,5 bilhões de dólares/ano apenas no Brasil, sendo esta a terceira maior atividade ilícita mundial, atrás apenas do tráfico de drogas e de armas, respectivamente (DESTRO *et al.*, 2012, p. 1). Os números são alarmantes.

Outro estudo que merece destaque é o sistemático e bem elaborado trabalho da organização sem fins lucrativos Rede Nacional Contra o Tráfico de Animais Silvestres (RENCTAS). No Relatório Nacional sobre o Comércio Ilegal da Fauna Silvestre, aponta-se que o comércio de animais e seus subprodutos movimentam cerca de 10 a 20 bilhões de dólares/ano, sendo que o Brasil participa com cerca de 5% a 15% do total mundial.

Os números quanto à quantidade de animais retirados conferem com os oferecidos pelo IBAMA, retirando-se o número de animais que morrem antes do destino final (cerca de 90% deles), é comercializado ilegalmente no Brasil, por ano, 4 milhões de animais silvestres vivos (RENCTAS, 2001).

Registra-se ainda que estes números não são absolutos, já que, como atividade ilegal que é, o tráfico de animais silvestres não conta com registros exatos e muito se perde no processo desde a captura até a comercialização. Além disso, verifica-se que os invertebrados e os peixes, além dos produtos e subprodutos da fauna – que movimentam grande retirada de animais de seu habitat natural pelo tráfico – não constam nesses levantamentos, haja vista a falta de dados e a dificuldade em se realizar as devidas estimativas (RENCTAS, 2001, p. 36).

Observa-se que todos esses animais são retirados da natureza sem ser considerada a capacidade de reposição natural das espécies, o que contribui para a extinção de espécies e para o desequilíbrio ecológico.

Em trecho, o coordenador do relatório do RENCTAS, Dener Giovanini, destaca também a falta de conhecimento e o preconceito contra aqueles incumbidos de defender a fauna. “Em muitos casos, os próprios colegas de farda discriminam quem está lotado nas cooperações que visam à proteção do meio ambiente. Acham um trabalho fácil e “romântico”. O preconceito também se mostra presente em diversas delegacias de polícia” (RENCTAS, 2001, p. 4).

Ao tratar da fauna, é de singular importância entender que os animais compõem a grande teia da vida, pois cada qual possui seu indispensável e insubstituível papel no equilíbrio ecológico e nos ecossistemas específicos dos quais fazem parte. Logo, a retirada de um único exemplar da natureza lesa o equilíbrio natural, ferindo assim os demais animais, bem como a população humana, tanto às presentes quanto as futuras gerações humanas.

Vale destacar o disposto no artigo 4º, inciso II, da Lei da Política Nacional de Educação Ambiental, que considera como princípio básico da educação ambiental “a concepção do meio

ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o socioeconômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade”.

Posto isso, a presente pesquisa busca analisar a atual legislação ambiental de combate ao tráfico de animais, tendo como cerne a proteção constitucional oferecida pela Carta Maior de 1988 e também a intenção do legislador constitucional ao estabelecer a defesa e proteção da fauna brasileira conjuntamente com o princípio da não crueldade com os animais (art. 225, §1º, inciso VII) (BRASIL, 1988).

Além disso, há intenção de buscar soluções possíveis para o combate ao ilícito discutido, analisando a fundamental relevância educação ambiental para o combate do crime, além de explorar, durante a discussão do tema, o conceito e aplicação do termo sustentabilidade no que se estende à fauna e ao tráfico de animais, princípio este benquisto na Lei Magna e aplicado como guia por todo o Direito Ambiental Brasileiro.

Por fim, quanto à metodologia, utilizou-se, neste estudo, o método hipotético-dedutivo, além de pesquisa bibliográfica, doutrinária, jurisprudencial e legislativa pertinente ao tema.

1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A DEFESA DOS NÃO HUMANOS

A Constituição Federal Brasileira, ao prescrever o direito fundamental de terceira dimensão do meio ambiente ecologicamente equilibrado, em seu artigo 225, §1º, VII, dita que incumbe ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (BRASIL, 1988).

A fim de melhor interpretar o Direito, busca-se revelar quais animais são aqueles referidos pela norma constitucional, bem como qual o alcance da palavra crueldade trazida no texto de lei.

Para Silva (2011, p. 201), “[...] a palavra fauna refere-se ao conjunto de todos os animais de uma região ou período geológico” e abrange, portanto, os presentes animais e também os já extintos. No entanto, para Machado (2009, p. 784), a fauna é “[...] o conjunto de espécies animais de um determinado país ou região.”

Sem olvidar do saber das definições doutrinárias, deve-se atentar também às delimitações sobre fauna silvestre trazidas pela lei n. 9.605/98, chamada Lei de Crimes Ambientais, em seu artigo 29, §3º:

São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, mi
gratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras (BRASIL, 1998).

Enquanto ato cruel é conceito indeterminado, considerado quando atingir a integridade

físico-psíquica do animal, sendo um mal desnecessário e gratuito, geralmente praticado pela concepção de superioridade da espécie humana sobre os não humanos, sendo caracterizado por diversos tipos de violências como tortura, espancamento, mutilação, abusos, etc (PADILHA; MASSINE, 2009, p. 2452).

Assim, ao vedar tratamento cruel aos animais, o legislador constituinte estaria refutando a visão meramente instrumental da vida animal, a fim de afastar condutas indignas com estes (CASTRO JÚNIOR; VITAL, 2015, p. 18).

Consoante, Padilha e Massine (2009, p. 2461):

A Constituição Federal ao proibir práticas que submetam os animais a crueldade, está direcionando a eles um regramento de consideração de respeito, reconhecendo-os como seres sensíveis e suscetíveis a dor e ao sofrimento, portanto, a questão do sofrimento animal deve ser também considerada pela legislação infraconstitucional e pelos aplicadores do direito, como uma questão moral elevada a nível constitucional, um valor constitucionalmente protegido.

Feitas as ponderações iniciais, infere-se que a hermenêutica possui essencial importância neste tema, haja vista a possibilidade de adoção de posturas antropocêntricas ou biocêntricas ao interpretar a norma constitucional.

Ao analisar a norma constitucional com perspectiva antropológica, tradicional na cultura jurídica nacional, o dever de proteção para com os animais ficaria lesado, já que, segundo esta corrente, todo o dever de proteção aos animais é devido de acordo com a utilidade que estes possuem para o homem, sendo o meio ambiente fonte exclusiva de felicidade e bem-estar do homem, ficando os animais em posição subalterna para com os humanos.

Na doutrina jurídica nacional, o antropocentrismo encontra entre seus defensores, Fiorillo, que dita que o vocábulo crueldade, previsto na Carta Magna, busca proteger o homem, e não os animais. Isso se daria devido ao fato de que a saúde psíquica humana não permite ao homem ver um animal sofrendo. Ou seja, o fim da norma é unicamente a pessoa humana, sujeita de direitos (FIORILLO, 2015, p. 320-321).

Ainda, Padilha e Massine (2009, p. 2462) nos ensina que:

Sob o prisma antropocêntrico, a natureza e os animais deixam de ser um valor em si, transformando-se em meros recursos ambientais. Tal sistema, ao desconsiderar a singularidade de cada criatura e o caráter sagrado da vida, justifica a tutela da fauna conforme a serventia que os animais possam ter. Tratados, via de regra, como mercadoria, matéria-prima ou produto de consumo, os animais – do ponto de vista jurídico – têm negada a sua natural condição de seres sensíveis.

Por vezes, a visão antropocêntrica está ligada à aplicação do princípio da insignificância, considerando que a retirada de poucas espécies da fauna silvestre caracteriza-se como crime de bagatela, irrelevante ao meio ambiente e ao homem.

Pondera-se que essa interpretação antropocêntrica é prejudicial aos animais e fere a intenção

do legislador constituinte ao escrever sobre a fauna. Dessa forma, defende-se aqui uma postura biocêntrica ao se interpretar o texto da *Lex Mater* no que concerne ao meio ambiente.

A visão biocêntrica é aquela que considera o ser humano como parte integrante do meio ambiente, não como parte dominante deste. Sendo assim, a fauna – e todo o meio ambiente - deve ser tutelada devido seu valor próprio, independentemente de sua serventia para o homem.

Em grande salto qualitativo do judiciário, há julgados que afastam o princípio da insignificância ao tratar da fauna brasileira e adotam, assim, a perspectiva biocêntrica ao tratar desse tema, como por exemplo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME AMBIENTAL. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DA LEI N. 9.605/1998. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ATIPICIDADE DE CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 2. Na espécie, embora não haja sido apreendido nenhum pescado, é significativo o desvalor da conduta do agravante, haja vista não apenas o local da atividade pesqueira - área de reserva biológica -, mas também a forma como foi praticado o delito (utilização de redes) se mostrarem potencialmente capazes de colocar em risco a reprodução das espécies da fauna local. 3. Ademais, a captura é mero exaurimento da figura típica em questão, que se consuma com a simples utilização do petrecho não permitido. O dano causado pela pesca predatória não se resume, portanto, às espécimes apreendidas. 4. Agravo regimental não provido (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1172493/SC, da 6ª Turma, relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 21/06/2018) (BRASIL, 2018).

Ademais, os crimes contra o meio-ambiente são considerados crimes de acumulação, pois não se pode compreender o dano ou perigo de dano em uma conduta isolada – como retirar apenas um exemplar da fauna de seu habitat – todavia, a lesão passa a ser compreendida quando se leva em consideração a acumulação de condutas semelhantes e reiteradas.

Os crimes de acumulação têm por objetivo proteger interesses supraindividuais – como o meio ambiente - sustentando a punição da conduta isolada, mesmo sem a lesividade aparente, e sim projetada, afastando a aplicabilidade do princípio da insignificância (CUNHA, 2015, p. 169).

Por fim, observa-se que a prática cultural brasileira com os animais é ainda predominantemente antropocêntrica, já que uma parcela significativa da fauna é submetida dia após dia a atos de maus tratos e extermínio, considerados naturais e legítimos pela maioria da população.

Inclusive, adotar posturas antropocêntricas validam as práticas de maus tratos e mortes diárias sofridas pelos animais para fins alimentares, de vestuário, entre outros, o que não contribui com a evolução dos institutos no que é possível – como o caso do tráfico de animais.

À vista disso, a inovação trazida pela Constituição Federal torna-se quimera, cabendo ao judiciário, como órgão vivo do direito, analisar e progredir em seus julgados de forma benéfica aos não humanos na medida de sua capacidade, auxiliando na implementação das normas ambientais ao adotar uma visão biocêntrica, promovendo assim a conscientização e a educação ambiental e

contribuindo com a evolução da cultura brasileira em prol do meio ambiente, dos animais e da vida.

Por fim, a fim de proteger o meio ambiente, estabelece o texto constitucional o mandado de criminalização previsto no artigo 225, §3º, “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988).

Assim, respeitando o imperativo constitucional, fica estabelecido um sistema tríplice de responsabilidade na seara ambiental, no sentido de que o causador de dano ambiental pode ser submetido à responsabilização na esfera cível, administrativa e penal.

2 DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

Na esfera penal, há a Lei nº 9.605/98 – denominada Lei de Crimes Ambientais – que diz, em seção especial de tutela da fauna, o que é o tráfico de animais, configurando-se em “matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização de atividade competente, ou em desacordo com a obtida” (art. 29), além de elencar nos incisos I, II e III do §1º variáveis do mesmo crime e cumular como sanção penal a detenção e a multa (BRASIL, 1998).

Ademais, o artigo 32 da referida lei proíbe atos de abuso, maus-tratos, ferir e mutilar animais, sendo estes silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, ocorrendo aumento de pena com a morte do animal (Art. 32, §2º) (BRASIL, 1998).

Este último artigo representa um avanço na defesa dos animais, onde maus-tratos passaram de contravenção penal a crime, ainda que de menor potencial ofensivo, de acordo com a Lei nº 9.099/95. Porém, observa-se aqui que, consoante esta lei, o réu primário não chega a ser julgado, tendo o benefício da transação penal com o Ministério Público (BRASIL, 1995).

Neste ponto, destaco crítica doutrinária no sentido de que o Direito Penal é ineficaz para solução de conflitos na seara ambiental. Neste sentido, os crimes ambientais estariam atrelados à função promocional do Direito Penal, que seria influenciado pelo poder político em casos que seriam melhor solucionados pela via administrativa (VIVIANI, 2016, p. 725).

Ainda, o Direito Penal estaria a fomentar a desigualdade através da reprodução de conflitos e lesões a bens jurídicos individuais, enfraquecendo o Estado Democrático de Direito e agravando os problemas sociais haja vista a sua seletividade e violência, não cumprindo sua função de proteger o meio ambiente (BALDISSERA; AQUINO, 2016).

Combatendo estas críticas, realço que, conforme preceitua a parte geral do Código Penal, a aplicação de pena deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, conforme prevê o artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Assim, tem-se que o Direito Penal possui as funções retributiva e preventiva. No aspecto preventivo, tem-se que o estabelecimento de crimes, respeitando-se a legalidade que consubstancia o garantismo, gera a utilidade geral de prevenção, atuando negativamente como coação psicológica,

buscando a intimidação dos cidadãos a não cometerem crime, sob a ameaça da aplicação da pena.

Já o aspecto preventivo especial da pena, negativamente atua com a imposição da sanção penal, e positivamente com a reeducação e ressocialização do condenado. Neste último, considera-se que todo o constrangimento de passar por um processo penal como réu serve também para a reeducação do criminoso, o que contribui para a inibição de novo crime, principalmente nestes nos que não se auferem lucros como a crueldade e maus-tratos (QUEIROZ, 2008).

Destarte, considerando o mandado constitucional de criminalização expresso na Constituição Federal, tem-se que o meio ambiente é um bem que deve ser juridicamente protegido, em função protetiva estendida para a esfera penal, buscando cumprir seu dever de proteger bens jurídicos.

Inclusive, as necessidades contemporâneas há muito passaram a exigir uma mudança de paradigma do Direito Penal, a fim de expandir seu âmbito de atuação para bens jurídicos coletivos, sendo estes valores de suma importância para a vida humana coletiva.

Deste modo, surge a Lei de Crimes Ambientais, que tem por objetivo sancionar penalmente todas as infrações ambientais, e, quando possível, efetuar o reparo ambiental. Antes mesmo, considerando a função preventiva geral da pena acima delineado, tem-se que esta lei auxilia na concretização do princípio ambiental de prevenção (TAKADA; RUSCHEL, 2012), intimidando os cidadãos a não degradarem o meio ambiente sob ameaça da sanção penal.

Porém, quando versa sobre o tráfico de animais silvestres, esta recebe muitas críticas pela ausência de técnica legislativa que culmina em sua ineficácia, além de críticas quanto a ampla utilização de conceitos indeterminados, amplos, imprecisos, vagos e ambíguos, fazendo-se questionar se não há ofensa ao princípio penal da taxatividade (ELIEZER, 2016).

Neste ponto específico, aponta-se que os tipos penais previstos na lei criminal ambiental, eivados de impropriedades técnicas, linguísticas e lógicas, permeados de cláusulas valorativas e, frequentemente, vazados em normas penais em branco, passam a depender excessivamente da acessoriedade administrativa, que é a dependência do Direito Penal em relação do Direito Administrativo (ELIEZER, 2016).

Críticos apontam que a legislação, por ser evasiva, não consegue atingir o verdadeiro traficante da fauna, já que não diferencia o pequeno mercador daqueles que auferem grandes lucros com a ilicitude. Sendo assim, geralmente são processados os empregados dos traficantes – os motoristas do caminhão, funcionário da venda, etc. – e não os comandantes do tráfico (PADILHA; MASSINE, 2009, p. 2458).

Quanto à dosimetria da pena no ilícito do tráfico, deve-se memorar que o antigo Código de Caça previa reclusão de 2 a 5 anos para o comércio ilegal. Na atual legislação, a pena não passa de detenção de no máximo um ano, e multa (PADILHA; MASSINE, 2009, p. 2459). Se for primário, o réu não é processado. Caso contrário, trata-se de pena a ser cumprida integralmente em regime aberto e geralmente convertida em penas restritivas de direitos. Para um comércio que obtém lucros tão exuberantes como este, a referida sanção penal é irrisória.

Quanto à impropriedade linguística, tem-se a lastimável redação dos artigos, por exemplo, o artigo 29, que utiliza a expressão *espécimes*, no plural, remetendo a ideia de que o crime cometido

com apenas um exemplar da fauna seria atípico.

Já o artigo 30 também possui problemas em sua formulação. Consistindo em “exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade competente” – trata-se de, além de pleonástico, da letra fria da lei entender-se que o comércio interno de peles e couros sem a devida autorização seria, novamente, fato atípico (PADILHA; MASSINE, 2009, p. 2459-2460).

3 DO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES

Superada a questão acerca da legislação penal pertinente a matéria, importante ressaltar a sistemática do crime de tráfico de animais silvestres, justificando a importância da presente temática.

Inicialmente, aponta-se que este comércio ilegal se utiliza de diversos tipos fraudulentos para obter sucesso. Conforme o relatório elaborado pela organização sem fins lucrativos RENCTAS, os traficantes se utilizam do contrabando por meio das fronteiras, pois atuam em áreas de difícil patrulhamento como os limites do Brasil na Amazônia; uso de documentos falsos nos quais as espécies, número, origem, entre outros fatores não coincidem com os fatos; suborno de autoridades; entre outras atividades fraudulentas que se encontram em constantes mudanças, conforme a necessidade dos traficantes.

Ainda, elenca três principais meios de fraudes envolvidos no tráfico, sendo: contrabando, uso de documentos legais para cobrir coisas ilegais e uso de documentos falsos, ainda dita que há diversos outros tipos de fraudes impossíveis de serem todas listadas devido à variedade delas. Sempre que um tipo de fraude é detectado, outro já está emergindo (RENCTAS, 2001, p. 25-27).

Assim, observa-se o caráter transfronteiriço do tráfico, fazendo-se necessária uma legislação e cooperação internacional ao combate do tráfico, bem como, sob outro prisma, analisa-se que referido comércio consiste em uma afronta ao estado de direito democrático, já que, dentre os diversos problemas por ele gerado, inclui-se o fortalecimento das redes criminosas, ameaça à saúde populacional, desequilíbrio ecológico e sofrimento animal.

Os traficantes são diversos, consistindo em: pequenos traficantes, aqueles compostos por populações carentes que retiram do meio ambiente os animais como forma de complementar a renda, também considerados fornecedores; médios traficantes aqueles que podem, assim como os pequenos, ser facilmente substituídos por outros mais eficientes, e que fazem a conexão com os grandes traficantes que atuam nacional ou internacionalmente e retiram grandes lucros desse mercado, familiarizados com os vários tipos de corrupção, por vezes infiltrados em órgãos públicos, formando grandes redes criminosas com grande facilidade em mobilidade, o que dificulta ainda mais seus mapeamentos (RENCTAS, 2001, p. 28-29).

Entre os motivos destacados para o crescimento do tráfico inclui-se o descaso com que este é considerado, já que parte das polícias, alfândegas e autoridades judiciais não o consideram como um crime sério, de suma importância. Sendo assim, o recurso destinado a combater esse comércio

é muito pequeno para a real necessidade, o que contribui para maior interesse dos traficantes por esse comércio, uma vez que o lucro é quase igual ao do tráfico de drogas e os riscos de sobremaneira menores.

Além disso, a grande demanda de fiscalização decorrente do crescimento geral do comércio internacional nos últimos anos implica menor possibilidade de averiguar toda a mercadoria, auxiliando não apenas este comércio ilícito, como também todos os demais (RENCTAS, 2001, p. 16).

O relatório do RENCTAS, supracitado, também aponta que por vezes o comércio ilegal de animais silvestres tem ligações com outras quadrilhas como as de contrabando de drogas, armas e pedras preciosas e que, muitas vezes, os traficantes utilizam dos animais transportados para armazenar drogas, sendo relatadas situações em que se encontram sacos de cocaína dentro do estomago dos animais, em suas peles ou junto com os containers que os transportam. Ainda:

Pesquisa e acompanhamento das atividades dos traficantes, realizados pelo RENCTAS, sugerem que no Brasil existe cerca de 350 a 400 quadrilhas organizadas que realizam o comércio ilegal de fauna silvestre, e dessas, cerca de 40% possuem ligações com outras atividades ilegais (RENCTAS, 2001, p. 53).

Quanto à saúde populacional, conforme disposto no estudo da rede RENCTAS, tende-se que uma grande quantidade de zoonoses é trazida pelas péssimas ou inexistentes práticas sanitárias dos animais transportados, geralmente, em rota do norte ao sul do país ou então na tríplice fronteira Brasil, Paraguai e Argentina.

Entre as zoonoses comumente transmitidas estão: febre amarela, hepatite A, tuberculose, salmonelose, raiva, toxoplasmose, psitacose (febre do papagaio), entre diversas outras. Muitas dessas doenças, se não tratadas adequadamente, podem levar à morte do paciente.

Pesquisas apontam que já são conhecidas mais de 180 doenças transmitidas de animais para humanos e, com as precárias condições em que são transportados, juntamente com o estresse enfrentado por esses animais, ocorre a queda da resistência imunológica destes, transformando-os em hospedeiros ideais para diversos agentes infecciosos (RENCTAS, 2001, p. 54-55).

A lembrar, a Constituição Federal de 1988 elenca como direito social fundamental a saúde, previsto em seu artigo 6º. Ainda, no artigo 196, dita que “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos [...]” (BRASIL, 1988).

Além do mais, todo o dinheiro movimentado pelo tráfico não tem retirados os impostos. Porém, tendo em vista a proteção constitucional dos animais, mesmo que este comércio fosse regularizado tributariamente, ainda sim haveria grande crítica ao desprezo pelo qual os animais traficados são relegados.

Nesta hipótese, haveria a regularização do comércio de animais silvestres com a produção desses animais em cativeiro, com fins comerciais, criando uma indústria poderosa que geraria benefícios, como a grande movimentação econômica e a geração de empregos – fundamentais em

tempos de crise –, além de manter viva a antiga prática cultural de criar de animais silvestres em cativeiro.

Seria a descriminalização do tráfico de animais silvestres. Porém, tal comércio consistiria em crueldade consentida, uma vez que o animal deve ser livre. Além disso, esses animais criados para o comércio dificilmente alcançariam os baixos preços oferecidos pelo tráfico.

A descriminalização do tráfico de animais silvestres não é a solução. Este comércio afeta, principalmente, aquele que não escolheu participar da rede criminosa e que sofre todas as consequências, qual seja: o animal.

Destaca-se ainda que o tráfico de animais silvestres está diretamente relacionado com o contexto socioeconômico do país. Quanto mais pobre o país, pior é sua educação e maior o seu desemprego, levando a população a participar deste comércio, considerado normal pela a maioria destes indivíduos, prejudicando de sobremaneira a implementação judicial contra o ilícito.

Devem ser criados mecanismos mais eficientes para o controle e prevenção do tráfico de animais silvestres, momento em que destaco a falta de dados organizados e sistematizados sobre o tráfico de animais, além de estudos escassos sobre os impactos ambientais.

Há, neste item, especial importância ao associar o conhecimento técnico sobre o tema com o melhor desempenho da inteligência policial. Necessita-se do auxílio e grande investimento na Polícia Ambiental e Florestal, como principal agente de perquirição aos criminosos, além de investimentos ao setor de inteligência policial para o combate a grandes redes criminosas, como o caso do tráfico de animais.

No mais, há de se ter em mente que o destino dos animais também é diverso, consoante o Relatório do RENCTAS supracitado, há cinco destinos para a fauna e seus subprodutos, sendo: 1- Animais para colecionadores particulares e zoológicos, onde se prioriza espécimes raros. Quanto mais raro for o animal, maior seu valor no mercado negro – a arara-azul-de-lear, por exemplo, alcança preço médio de R\$60.000,00 (sessenta mil reais) por unidade; 2- Animais para fins científicos (biopirataria), que consiste na exploração e comercialização ilegal do patrimônio genético de determinada localidade e das substâncias químicas fornecidas por determinados animais; 3- Animais para serem vendidos em feiras livres, *pet shops* e via internet, sendo a modalidade mais popular no Brasil; 4- Produtos da fauna, equivalendo a peles, couros, garras, penas, além de vários tipos de *souvenires* (RENECTAS, 2001, p. 17-20).

Quanto à biopirataria animal, faz-se necessário ressaltar que toda prática desta resulta do tráfico de animais silvestres, mas nem todo tráfico de animais silvestres resulta em biopirataria, apesar de ser este um dos ramos mais lucrativos do tráfico.

A Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) não possui tipificação própria à biopirataria, dependendo de uma visão extensiva do jurista para a aplicação da pena, ante a ausência legislativa (BRASIL, 1998). Ocorre esta prática, por exemplo, com a manipulação ilegal do veneno de cobras para a produção de soros antiofídicos.

Há, ainda, a necessidade conscientização da população, políticos e principais líderes da sociedade brasileira para a proteção do meio ambiente e do patrimônio genético. É fundamental

apoio governamental para as políticas e defesas ao meio ambiente, e conseqüentemente a fauna. Fauna esta, que mais sofre com o descaso humano.

Isto porque, a forma como este comércio se desdobra atesta típicas formas de crueldade e desumanidade com os animais. Por exemplo, aves frequentemente são sedadas e transportadas dentro de cubos de PVC (policloreto de polivinila) ou dentro de caixas superlotadas, sem água ou alimento, onde brigam, se mutilam e se matam (PADILHA; MASSINE, 2009, p. 2453).

Ainda, para acalmar os animais, por vezes os traficantes as oferecem bebidas alcoólicas. Para fazê-las parecerem mais mansas aos compradores e chamar menos atenção dos fiscalizadores, por vezes cegam-se os olhos, arrancam dentes e garras, quebram-se ossos, entre outras diversas práticas cruéis realizadas (PADILHA; MASSINE, 2009, p. 2453).

Consoante com Padilha e Massine (2009, p. 2450):

Ao serem retirados de seu hábitat natural, os animais traficados são vítimas de inúmeras crueldades e maus tratos, o que leva a maioria deles à morte, em consequência, por exemplo, da amputação de seus membros, dentes e garras, do transporte em condições precárias e sem nenhuma consideração por seu bem-estar. Na prática do tráfico de animais silvestres não há qualquer limite humanitário por parte dos traficantes, que são capazes de qualquer coisa com suas vítimas indefesas, no intuito de burlarem a fiscalização das autoridades competentes e alcançarem o seu intento.

Estas crueldades são refletidas na quantidade de animais que morrem com este comércio: aproximadamente 90% dos animais retirados de seu habitat natural pelo tráfico de animais morrem antes de chegarem ao destino final, ou seja, cerca de 34 milhões de animais por ano.

Destarte, o tráfico de animais silvestres auxilia a colocação de diversas espécies em extinção, colaborando com o desequilíbrio ecológico. Apesar da megabiodiversidade brasileira, deve-se notar que várias populações contam com poucos exemplares, tornando-as ainda mais frágeis e suscetíveis ao desaparecimento com a atividade do tráfico.

4 A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Charles Darwin, precursor da biologia moderna, em seu brilhante legado nos mostrou que os seres vivos vertebrados da terra são iguais a nós em suas principais funções, diferindo apenas em grau e complexidade. Portanto, os mecanismos de prazer e dor são expressos da mesma forma por humanos e animais, de acordo com a idade e estado de espírito. Preconizou estudos sobre a senciência animal (capacidade de sentir dos animais) (DARWIN, 2014).

Peter Singer, um dos autores e ativista de maior renome no Direito dos Animais, defende que a tutela, não só do Estado, mas principalmente da sociedade, é devida a todo ser capaz de sentir dor. Em seu livro *Libertação Animal*, defende que devemos evitar a dor do próximo independentemente de ser animal ou ser humano, e que esta é a máxima a ser seguida para uma

sociedade mais digna, justa e coerente (SINGER, 2013).

Pela senciência animal – comprovada pela ciência -, e por empatia ao próximo com respeito à alteridade, há com os animais inferiores o dever de tutela ética. O exercício do respeito aos animais é um exercício de amor ao próximo, de caridade e principalmente de educação. Traz empatia e maior respeito não apenas com os animais inferiores, mas também com os iguais em espécie, melhorando inclusive o convívio entre humanos.

Daí a importância da conscientização ambiental, expandindo horizontes da população por meio do ensino, trazendo a todos um novo olhar sobre o mundo, um olhar em que as questões ambientais possuem central importância, para que todos saibam que a destruição do habitat acarreta malefícios a todos e o desrespeito ao próximo seja inaceitável por qualquer pessoa.

Vê-se, nitidamente, a importância da educação ambiental, previsto no artigo 225, inciso VI, da Constituição Federal, com o intuito de conscientizar a todos sobre o respeito ao meio ambiente, sendo assim, também à fauna, de forma que, em longo prazo, esse mercado ilegal tenha sua clientela drasticamente reduzida, dizimando uma das principais balizas sustentadoras desse comércio.

Assim, nos dizeres de Viviani (2016, p. 730-731):

É certo que o Direito Penal não tem o condão de solucionar todas as mazelas e conflitos oriundos de agressões que afetem o meio ambiente, até porque se trata de um bem jurídico difuso com definição demasiadamente ampla. Além disso, como forma de assegurar o valor da sustentabilidade em sua plenitude, é imperativo que o Estado (especialmente os Poderes Executivo e Legislativo) implemente políticas públicas efetivas tendentes a preservar o meio ambiente, inclusive investindo na educação ambiental.

Atuando em auxílio ao Direito Penal na tarefa de reduzir as degradações ambientais, a educação ambiental, regulada pela Lei n.º. 9.795/99, é definida, em seu artigo 1º, como sendo:

Art. 1º: Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade (BRASIL, 1999).

Ou seja, para a mudança do cenário de degradação e desrespeito ambientais, faz-se necessária uma mudança de postura por parte da população, mudança essa conseguida através da educação ambiental pautada na ética, o que gera consciência ecológica.

Nesse sentido, Sirvinskas (2009, p. 12 apud MASSINE, 2010, p. 5) afirma:

Surge a questão da ética ambiental para nortear o ser humano no agir ambiental, ou seja, para a sua relação com o meio ambiente. Assim, a educação ambiental para ser eficaz precisa estar calcada em uma ética ecológica, entendida esta como

‘a compreensão que o homem tem da necessidade de preservar ou conservar os recursos essenciais à perpetuação de todas as espécies de vida existentes no planeta’.

A consciência ecológica está umbilicalmente ligada à mudança de comportamento humano em prol do meio ambiente. Como explanado, quanto menor o nível social de uma população maior o desrespeito e envolvimento com o tráfico de animais silvestres. Isto porque o desrespeito, o desconhecimento e a ignorância nas questões ambientais contribuem para a convivência com essas degradações ambientais. Assim, a consciência ecológica faz com que a pessoa repudie tais atos de desrespeito aos animais e ao meio ambiente, mudando assim de postura perante tais fatos.

Atenta-se aqui também ao conceito de desenvolvimento sustentável, inclusive previsto no artigo 1º da Lei de Educação Ambiental, já citado. De acordo com Thomé (2015, p. 58-59), haverá desenvolvimento sustentável sempre que o Estado harmonize três vertentes simultaneamente, sendo estas: crescimento econômico, preservação ambiental e equidade social. Ainda, é necessário que este desenvolvimento satisfaça as necessidades da atual geração sem comprometer a capacidade de autogerir das futuras gerações.

Observa-se que a Constituição do Brasil prevê, no artigo 170, inciso VI, como princípio da ordem econômica, a defesa do meio ambiente, demonstrando a clara necessidade de harmonização entre a atividade econômica e a preservação ambiental (BRASIL, 1988).

A Magna Carta institui, ainda, no supracitado artigo 225, o dever de defesa e preservação do meio ambiente - imposição de ações positivas do poder público - não apenas para as presentes gerações, mas também para as futuras, configurando assim o princípio da equidade intergeracional ou solidariedade intergeracional, pilar do desenvolvimento econômico sustentável.

Citando Padilha (2014, p. 8-9):

As normas de proteção do meio ambiente atuam como um complemento aos direitos do homem, principalmente o direito à vida digna e à saúde, direitos que não se efetivam sem a qualidade ambiental, o homem e o meio ambiente fazem parte da mesma teia da vida, portanto, a efetividade das normas ambientais implica na efetividade dos direitos humanos fundamentais.

Vê-se que a eficácia da proposta constitucional de defesa do meio ambiente passa por inúmeras dificuldades no plano fático, tendo em vista que geralmente se choca com interesses econômicos antagônicos à preservação do meio ambiente, deixando claro, novamente, a importância do judiciário como implementador da norma constitucional ambiental.

Ainda, há clara relevância da necessidade de consciência ambiental a todo órgão jurisdicional, que deve observar na solução de lides o princípio primordial jusnaturalista de preservação da vida.

Por fim, interessante a vinculação existente entre a educação ambiental, a sustentabilidade do meio e a cidadania. Dessa forma, a educação ambiental, gerando consciência ecológica, gera também consciência política, visto que cidadão politicamente ativo é aquele que possui saber crítico, obtido através da educação e do conhecimento, para então exigir mudanças ativas dos

poderes públicos e coadunar com posições políticas com base em premissas pré-questionadas.

De acordo com Massine (2010, p. 7):

Não é possível afastar meio ambiente, sustentabilidade, política e cidadania. A questão da cidadania está profundamente ligada à noção de direitos e deveres, sobretudo os políticos. Nesse sentido, a educação ambiental age na produção de conhecimento político, campo onde se realiza a cidadania, para que haja a implementação de uma sustentabilidade eficaz, vez que propicia ao cidadão uma participação ativa na gestão e na organização do meio em que vive.

Assim, a educação ambiental auxilia no saber crítico da população, que passa então a exigir posturas ativas dos órgãos públicos a fim de defender os animais e dizimar o tráfico destes. Ainda, faz a mudança de postura populacional, que deixa de ser conivente situações degradantes e passa a participar da luta contra a exploração animal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A retirada de animais silvestres de seu habitat natural para o comércio ilegal consiste em desequilíbrio ambiental, vez que é um grande impacto ambiental que representa uma afronta ao Estado de Direito, ofensa à dignidade animal, além de, no caso específico da biopirataria, agravo ao patrimônio genético brasileiro.

De acordo com o estudo aqui desenvolvido, percebe-se a necessidade da consciência ecológica dos órgãos jurisdicionais para superação do paradigma antropológico que circunda o pensamento jurídico nacional. O desenvolvimento de uma linha de pensamento biocêntrica mostra-se favorável à fauna, e, em última instância, à população humana também, haja vista a complexidade da teia da vida onde todo animal possui seu papel insubstituível e toda vida afeta milhares de outras vidas.

Observa-se que a legislação criminal-ambiental nacional é evasiva e pleonástica, sem a diferenciar o pequeno traficante ao grande mercador de animais, e, ainda, a dosimetria das penas se mostram ineficazes e inadequadas quando defronte à grande movimentação financeira que esta ilicitude gera.

Foram observadas também as características do tráfico de animais silvestres no país, como, por exemplo, as pessoas que neste comércio são envolvidas e a associação deste com outras redes criminosas, como a rede de drogas.

Também, associa-se esse comércio ao desenvolvimento social: quanto mais subdesenvolvido o país encontra-se, maior o envolvimento e aceitação de sua população com tráfico de animais. Nesse sentido, o desenvolvimento social, juntamente com a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico formam as premissas basilares do desenvolvimento sustentável, previsto na Constituição Federal (art. 170 e 225).

Analisou-se o papel fundamental da educação ambiental no combate ao tráfico de animais

silvestres, uma vez que a educação ambiental gera consciência ecológica, e esta última gera mudança de postura da população, que deixa de ser conivente com a situação e passa a exigir posturas ativas de combate ao tráfico de animais silvestres por parte dos poderes públicos, assim, gerando também consciência política e o exercício da cidadania.

O tráfico de animais silvestres, como toda rede criminosa, deve ser coibido de forma eficaz, propiciando, por um lado, a inibição dessa ação criminosa, por outro, a liberdade e dignidade animal, e, conseqüentemente, melhora do meio, da saúde e da qualidade de vida populacional, uma vez que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial a sadia qualidade de vida.

Por fim, anota-se que o tráfico de animais silvestres, comércio ilegal que em nada respeita ao meio ambiente, deve ser estudado, criticado, tratado nas academias e escolas brasileiras, tratado pelos governantes, pelos juristas, pela mídia, e, principalmente, combatido em todas as esferas da sociedade, desde a população, os governantes, órgãos jurisdicionais, mídia e as forças militares, haja vista as irreversíveis conseqüências que esta prática ilícita traz ao meio ambiente, à população humana e aos animais.

REFERÊNCIAS

BALDISSERA, Rafaela; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. A ilusória tutela penal de um meio ambiente sustentável. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 11, n. 2, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil DE 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 2 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 1 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9795, de 27 de abril de 1999**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9795.htm. Acesso em: 2 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1172493/SC**. 6ª Turma. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 21 de junho de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84881629&num_

registro=201702461034&data=20180801&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 20 fev. 2019.

CASTRO JUNIOR, Marco Aurélio; VITAL, Aline de Oliveira. Direito dos animais e a garantia constitucional de vedação à crueldade. **Revista Brasileira de Direito Animal UFBA**, Salvador, v. 10, n. 18, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015.

DARWIN, Charles. **A origem das espécies**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2014.

DESTRO, Guilherme Fernando Gomes; PIMENTEL, Tatiana Lucena; SABAINI, Raquel Monti; BORGES, Roberto Cabral; BARRETO, Raquel. Esforços para o combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil. **Intechopen**, [S. l.], 29 ago. 2012. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/periodico/esforcosparaocombateaotraficodeanimais.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2018.

ELIEZER, Cristina Rezende; REIS, Mattheus Phillipe. Uma breve análise crítica sobre a Lei dos Crimes Ambientais face ao princípio da taxatividade. **Revista do Curso de Direito da UNIFOR**, Formiga, v. 7, n. 1, 2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MASSINE, Maiara Cristina Lima. Sustentabilidade e educação ambiental: considerações acerca da política nacional de educação ambiental – a conscientização ecológica em foco. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais [...]**. Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 2757-2770. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3544.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

PADILHA, Norma Sueli. O compromisso constitucional brasileiro com a sustentabilidade ambiental. [2014?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=152c97a9bb6f2aba>. Acesso em: 27 nov. 2018

PADILHA, Norma Sueli; MASSINE, Maiara Cristina Lima. O paradigma constitucional de práticas que submetam os animais a crueldade: uma análise da razão antropocêntrica da cultura jurídica brasileira na implementação judicial do crime de tráfico de animais silvestres. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, Maringá. **Anais [...]**. Maringá: CONPEDI, 2009. p. 2448-2474. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/maringa/Maringa_integra.pdf. Acesso em: 27 nov. 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RENTAS - REDE NACIONAL DE COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES. **1º relatório nacional sobre o tráfico de fauna silvestre**. 2001. Disponível em: <http://www.rentas.org.br/trafico-de-animais/>. Acesso: 17 dez. 2016.

SILVA, Paulo Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. São Paulo: Editora

Malheiros, 2011.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

TAKADA, Mariana; RUSCHEL, Caroline Vieira. A (in) eficácia das penas nos crimes ambientais. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, v. 3, n. 3, 2012.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015.

VIVIANI, Rodrigo Andrade. O direito penal como instrumento destinado à proteção do meio ambiente: análise no contexto da constituição federal brasileira. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 11, n. 2, 2016.

Como citar: VALADA, Daniela Cristina; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. A intervenção do direito penal no crime de tráfico de animais e a educação ambiental. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 103-120 , abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p103. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 08/05/2017.

Aprovado em: 26/02/2019.

PERCEPÇÕES JURÍDICAS ACERCA DOS MOVIMENTOS GREVISTAS NO BRASIL EM MEADOS DO SÉCULO XX

LEGAL PERCEPTIONS OF THE STRIKER MOVEMENTS IN BRAZIL IN THE MID TWENTIETH CENTURY

Patrícia Graziela Gonçalves*
Ângelo Aparecido Priori**

*Professora Celetista na Universidade Norte do Paraná (UNOPAR) e na Anhanguera Educacional (AEDU). Professora visitante no Instituto Superior de Administração e Economia (ISAE - FGV). Mestre em História, Especialista em História e Humanidades e Graduada em História pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: patygrazy@hotmail.com

** Professor Associado da Universidade Estadual de Maringá (UEM), atuando no Programa de Pós-Graduação em História e no Departamento de História. Pós-Doutor em História pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor e Mestre em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Graduado em História pela Universidade Estadual de Londrina
E-mail: angelopriori@uem.br

Como citar: GONÇALVES, Patrícia Graziela; PRIORI, Angelo Aparecido. Percepções jurídicas acerca dos movimentos grevistas no Brasil em meados do século XX. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 121-138, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p121. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O trabalho apresenta os resultados de uma pesquisa que objetivou analisar o pensamento jurídico acerca dos movimentos grevistas ocorridos no Brasil em meados do século XX, tendo como fonte artigos escritos por juristas e publicados na *Revista Forense* e na *Revista dos Tribunais* entre os anos de 1953 e 1955. Para o desenvolvimento de nossas reflexões, partimos do pressuposto de que os acontecimentos sociais possuem reflexos importantes no âmbito jurídico, propiciando a interiorização de esquemas de percepção, apreciação e ação por parte dos diversos agentes jurídicos. Como resultado, identificamos os diferentes modos de percepção dos referidos movimentos sociais: as associações entre greve e guerra; as críticas ao seu sentido político; as suas desqualificações em termos legais; e também algumas defesas.

Palavras-Chave: Direito de greve. Revistas jurídicas. Pensamento jurídico.

Abstract: This paper investigates the legal understanding of striker movements in Brazil during the mid-twentieth century. To this end, this paper analyzes research articles written by lawyers and legal scholars published in *Revista Forense* and *Revista dos Tribunais* between the years of 1953 and 1955. In order to develop our ideas, we assumed that social events have

important consequences in the legal framework, leading to the internalization of perception, appreciation and action by various jurists. As a result, we identify different forms of perception of these historical and social movements: the associations between strike and war; criticism of the political sphere; the disqualifications of legal terms, and some legal defenses.

Keywords: Right do strike; legal periodicals; legal thinking.

INTRODUÇÃO

As greves ocorridas no Brasil em meados do século XX já foram objeto de análise de diversos trabalhos no campo da história, bem como em áreas afins. Como exemplos, temos: a pesquisa de Hélio da Costa (1995), que analisou a organização dos trabalhadores brasileiros nas comissões de fábrica e sindicatos, os movimentos grevistas e o papel do Partido Comunista Brasileiro (PCB) nesse cenário; o estudo de Marcelo Badaró Mattos (2004), que analisou as greves e a repressão aos sindicatos no Rio de Janeiro entre 1954 e 1964; e a pesquisa de Antonio Luigi Negro e Fernando Teixeira da Silva (2008), enfocando a relação entre trabalhadores, sindicatos e política no chamado período democrático, ou seja, entre 1945 e 1964.

No entanto, uma análise aprofundada sobre o pensamento jurídico acerca desses movimentos sociais ainda está por ser feita e esse trabalho tem o intuito de levantar algumas reflexões iniciais. Isto porque, um enfoque nas percepções jurídicas nos permitirá compreender mais um aspecto desse tema multifacetado. Vale ressaltar que a escolha do pensamento jurídico como objeto de estudo se justifica justamente porque nele encontramos uma fonte importante para a compreensão do estabelecimento de “práticas sociais e ideológicas, a partir das quais se difunde uma forma particular de se pensar a organização social” (NEDER, 1995, p. 11).

Para o desenvolvimento de nossas reflexões, partimos do pressuposto de que os acontecimentos histórico-sociais possuem reflexos importantes no âmbito jurídico, propiciando a interiorização de esquemas de percepção, apreciação e ação por parte dos diversos agentes jurídicos. Sendo assim, nesta pesquisa, trabalhamos com as formulações do pensamento jurídico, contidas em seus discursos, sobre comportamento dos segmentos sociais participantes dos movimentos grevistas nos grandes centros urbanos na década de 1950, levando em conta suas articulações com as condições históricas que as produziram.

As fontes documentais selecionadas constituem-se de artigos escritos por juristas e publicados na *Revista Forense* e na *Revista dos Tribunais*¹ entre os anos de 1953 e 1955. Cabe ressaltar que os periódicos constituem um rico material de análise histórica, uma vez que os mesmos permitem que os debates acerca dos padrões socioculturais circulem mais rapidamente em função de sua periodicidade. O uso dessa fonte permite acompanhar as mais variadas discussões jurídicas, já que abre espaço para os temas que estão em evidência no país. Com isso, é possível verificar como o pensamento jurídico reage às transformações sociais, políticas, econômicas e culturais ocorridas na sociedade.

Sobre a *Revista Forense*, esta foi criada em 1904 pelo advogado e jornalista Francisco Mendes Pimentel e pelo advogado Estevão Magalhães Pinto. A partir de 1935, a Revista passou a ser dirigida por Pedro Aleixo e pelo professor de Direito da então Universidade de Minas Gerais, hoje UFMG, Bilac Pinto. Era publicada em Belo Horizonte, pela Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, até 1936, quando foi transferida para o Rio de Janeiro e passou a ser publicada pela

¹ As coleções de ambas as revistas foram encontradas no setor de periódicos da Universidade Estadual de Maringá (UEM).

Oficina Gráfica Mandarino e Molinari.

Já a *Revista dos Tribunais* foi lançada em 1912 pelo advogado e jornalista Plínio Barreto, como uma extensão do antigo informe jurídico *Crônicas Forenses*, do jornal *O Estado de São Paulo*. Desde o início, a publicação ocupou uma posição de destaque na imprensa especializada do setor. A iniciativa alcançou êxito imediato porque, na época, as obras científicas eram uma novidade: o país era uma vastidão de terras inexploradas e as poucas bibliotecas se restringiam às capitais.

Na análise das fontes documentais, seguindo as orientações de Georges Duby (1979), procuramos descobrir os termos reveladores e, mais que as palavras, as apresentações, as metáforas e a maneira pela qual os vocabulários se acham associados, que refletem inconscientemente a imagem que um grupo ou segmento social, num dado momento, possui de si próprio e dos outros, no nosso caso, os agentes jurídicos. Nesse sentido, trabalhamos com vestígios e indícios, tal como indicou Carlo Ginzburg (2003), o que nos permite extrair das fontes a riqueza simbólica do pensamento jurídico sobre os movimentos grevistas na sociedade do período. Atentando para esses sinais e indícios, ao analisarmos o discurso produzido pelos agentes jurídicos, observamos com mais atenção as condições sociais em que foi produzido.

Por fim, não pudemos negligenciar o fato de que o discurso jurídico é produzido a partir de um *habitus* linguístico, para usarmos um conceito de Pierre Bourdieu (1998), o que implica certa propensão a falar e a dizer coisas determinadas, com um discurso estilisticamente caracterizado que lhe confere, ao mesmo tempo, uma competência técnica e uma capacidade social para usá-lo em situações determinadas.

1 OS MOVIMENTOS GREVISTAS

O Brasil de meados do século XX vivenciou um período de excepcional crescimento e desenvolvimento econômico, devido à intensificação do processo de industrialização e urbanização ocorrido nas grandes cidades. Estava presente na sociedade brasileira um forte ideário de modernização e um clima de euforia decorrente do processo de democratização política e do fim da Segunda Guerra Mundial. Aliado a isso, a nova Constituição Brasileira, promulgada em 1946, possuía uma roupagem mais liberal e democrática, trazendo algumas garantias sociais, tais como a organização da ordem econômica baseada nos princípios de justiça social, devendo conciliar a liberdade da iniciativa privada com a valorização do trabalho humano, garantindo, inclusive, o direito de greve.

Mas a sociedade brasileira desse período foi paradoxalmente marcada pelo desenvolvimento econômico e pela acentuação dos desequilíbrios e as desigualdades já existentes, persistindo acentuados níveis de pobreza no país. O quadro de carência generalizada, concomitantemente ao desenvolvimento econômico e ao influxo populacional provocado por grandes correntes migratórias internas, gerou uma significativa conflitividade social em vários âmbitos. Dentre os que mais se destacam, os protestos populares e as greves, nas quais se reivindicava a redução dos

custos de vida e a melhora dos salários.

Em trabalho sobre as greves e a repressão aos sindicatos no Rio de Janeiro de meados do século XX, Marcelo Badaró Mattos (2004) rediscutiu a relação entre Estado, empresários e trabalhadores organizados a partir da dimensão de conflito explicitada nos momentos de greve. O autor afirmou existir certa dificuldade em precisar o número de greves ocorridas nas décadas de 1950 e 1960, pois não havia estatísticas oficiais de greves até pelo menos a década de 1980. De acordo com os dados apurados por Mattos, foram realizadas 480 greves entre os anos de 1945 e 1954 somente naquele Estado. Apenas no período de 1958-1963 o autor localizou 307 greves.

Marcelo Badaró Mattos (2004) assinalou que o primeiro momento das paralisações no período foi em 1946, seguido de dois anos de quase completa inexistência de movimentos grevistas. E “nos anos seguintes, até meados da década de 1950, mantém-se, com oscilações, um patamar semelhante e uma continuidade de atividades grevistas, com cinco greves no ano de mais baixa atividade (1951) e 23 paredes no ano de maior agitação (1956)” (MATTOS, 2004, p. 243). Mas é na segunda metade da década de 1950 e início da década de 1960 que “a curva de movimentos grevistas toma um rumo ascendente significativo, com saltos sucessivos no número de paralisações, que configuraram uma das fases mais dinâmicas do movimento operário brasileiro” (MATTOS, 2004, p. 243).

Analisando as estatísticas das greves entre as décadas de 1950 e 1960, Marcelo Badaró Mattos (2004) afirmou que os números questionavam tanto a ideia de que havia um predomínio de greves por categoria quanto a de que elas se organizavam “de fora pra dentro da empresa”, com a realização de piquetes a partir da decisão de direções sindicais distantes da sua base. Isso porque, para se fazer a greve era necessário um nível de organização no local de trabalho (OLT), sendo este elemento identificado em diversos estudos sobre essa conjuntura. Sendo assim, “a presença das OLTs atravessa todo o período, em categorias industriais, como os metalúrgicos e os têxteis, em categorias manufactureiras, como os marceneiros, e em categorias do setor de serviços, como os bancários” (MATTOS, 2004, p. 246).

Sobre as reivindicações das greves, Marcelo Badaró Mattos (2004) analisou as estatísticas para o período e concluiu que havia “um predomínio de demandas econômicas, de uma forma ampla, ou mais especificamente de propostas de reajustes salariais, nas pautas de reivindicações dos movimentos grevistas” (MATTOS, 2004, p. 248). As pautas econômicas em predomínio não eram, segundo o autor, incompatíveis com as demandas políticas ou busca por garantia de direitos contra as decisões da própria Justiça do Trabalho.

Na verdade, em muitas greves suscitadas por motivos econômicos era colocada a dimensão do enfrentamento político. E em todas as greves buscava-se “garantir direitos conquistados, enfrentar a insistência dos patrões em descumprir acordos, ou denunciar a iniquidade de decisões judiciais” (MATTOS, 2004, p. 249). Assim, de acordo com Mattos, havia certo grau de politização em determinadas greves por demandas econômicas no setor de serviços como, por exemplo, nas greves do porto, nas quais o governo “acoplava o atendimento do pleito de reajuste a uma subsequente compensação da empresa através de um aumento proporcionalmente maior das

tarifas” (MATTOS, 2004, p. 250).

A melhoria das condições de trabalho também motivou muitas greves, demonstrando que o movimento organizado não desconhecia o dia-a-dia de exploração das empresas sobre os trabalhadores. E mais, “atentar para as condições de trabalho poderia ser até mesmo uma chave para mobilizar os trabalhadores para demandas mais gerais” (MATTOS, 2004, p. 250). Já as greves de solidariedade demonstravam por sua vez que nem sempre as motivações eram de natureza material, e que eram bastante expressivos nesse período os sentimentos de pertencimento a uma classe e de representatividade das organizações sindicais. Além disso, a defesa da representação sindical nas empresas, tanto como reivindicação principal quanto associada a outras, moveu várias greves no período.

Além disso, as greves por solidariedade demonstram que a estrutura sindical não conseguiu compartimentar completamente as lutas da classe trabalhadora nas gavetas estanques das categorias. Muitas foram movidas, mostrando que, para além dos organismos intersindicais, criados muitas vezes em meio às greves, o impulso das demonstrações concretas de unidade na luta atravessava os mais diversos momentos (MATTOS, 2004, p. 252).

Dessa forma, fica evidente que as motivações para as greves nem sempre eram apenas de cunho econômico, como a reivindicação de aumento salarial e redução dos custos de vida, mas também por melhorias das condições de trabalho e influenciadas por fatores de cunho político. Conforme os anos passavam, os trabalhadores procuraram com mais força interferir no processo político, almejando não apenas materializar seus direitos políticos, “mas também a expectativa de ampliação das dimensões políticas e sociais de um regime que se pretendia democrático” (MATTOS, 2004, p. 255).

Em se tratando do período delimitado por nossas fontes (1953-1955) para a análise das percepções jurídicas sobre os movimentos grevistas, temos que no início da década de 1950 havia um grande descontentamento entre os trabalhadores urbanos e organizados em sindicatos. Isto porque desde a eleição de Getúlio Vargas (1951-1954) as expectativas de melhorias aumentaram entre os trabalhadores, bem como as suas mobilizações, uma vez que Vargas se elegeu justamente com promessas dessas melhorias.

O fato é que houve uma expansão do movimento sindical, reprimido durante o governo anterior de Gaspar Dutra (1945-1950) e, somado a essas questões, a inflação e o custo de vida subiram bem mais que o salário mínimo durante os anos de 1951 e 1952. Desse modo, o resultado das difíceis condições salariais e maior liberdade para a mobilização sindical foi um grande número de greves, sendo o ano de 1953 é histórico pela ocorrência de experiências grevistas importantes.

De acordo com Antonio Luigi Negro e Fernando Teixeira da Silva (2008), em 1953 ocorreu a Greve dos 300 Mil em São Paulo. Tendo sido iniciada na fábrica de tecidos Matarazzo, logo se alastrou para outras categorias, tais como metalúrgicos, vidreiros, marceneiros e gráficos. Suas reivindicações iniciais “limitavam-se ao aumento salarial de 60%, estabilidade no emprego e

exigência de medidas governamentais contra a carestia” (NEGRO; SILVA, 2008, p. 63). Esta greve foi liderada pelo comunista Antonio Chamorro e foi bem recebida pela população em geral, preocupada com a carestia. As manifestações de rua foram ampliadas e lideranças oriundas do “chão das fábricas” tornaram-se protagonistas do movimento.

Em importante estudo sobre a Greve dos 300 Mil, José Álvaro Moisés (1978) descreveu e analisou alguns aspectos relevantes da participação política dos trabalhadores no Brasil, notadamente no referido movimento grevista. Salienta o autor que tal greve se inseriu num contexto político peculiar, marcado pela eleição de Jânio Quadros para a prefeitura de São Paulo e um pouco antes da escolha de João Goulart para o Ministério do Trabalho², durante a segunda administração de Vargas. A análise desse movimento grevista possibilitaria entender a capacidade de organização dos trabalhadores, partindo de suas circunstâncias próprias e particulares.

Entendendo a greve como uma situação de conflito entre classes, numa perspectiva claramente marxista, José Álvaro Moisés (1978) ressaltou que não era possível ignorar os fatores (com ênfase no populismo de Vargas) que influenciaram a emergência e o desenvolvimento da greve. Do mesmo modo, não poderia ignorar a existência da arbitragem por parte do Estado no episódio da greve, a qual beneficiou um dos lados envolvidos no conflito. E mais, as intervenções em greves, como o uso da força policial e outros mecanismos de repressão da greve, possuíam o claro objetivo de reprimir a ação coletiva, com um caráter abertamente favorável a um dos lados da disputa.

A Greve dos 300 Mil em São Paulo durou 29 dias e deu origem a violentos choques entre os trabalhadores e a polícia, “resultando, entretanto, numa importante vitória para o movimento operário.” (MOISÉS, 1978, p. 70). O fim da greve só se deu quando os operários presos durante a manifestação foram libertados. As ofertas dos patrões, consideradas inaceitáveis, foram rechaçadas pelos grevistas, que se negaram a discutir propostas conciliatórias feitas pelo Tribunal Regional do Trabalho, forçando “o governador do Estado a intervir como mediador, quando, na realidade, sua função era a de reprimir o movimento” (MOISÉS, 1978, p. 70).

2 AS PERCEPÇÕES JURIDÍCAS

Todo o cenário dos movimentos grevistas se refletiu no pensamento jurídico do período. Nos artigos publicados na década de 1950 na *Revista Forense* e na *Revista dos Tribunais*, vários juristas escreveram sobre os aspectos constitucionais das greves, sobre o seu sentido político e sobre o seu suposto caráter violento, associando-as às guerras, nas quais se tentaria conseguir pela força o que não havia sido conseguido pelo diálogo. Além disso, alguns consideravam que as “multidões reunidas” nos grandes centros urbanos representavam um possível perigo à ordem estabelecida.

Numa brevíssima análise histórica sobre o direito de greve, é possível observar que em fins

2 Tal escolha foi acompanhada de uma das mais sérias crises políticas vividas pelo país, a qual culminou na morte de Getúlio Vargas.

do século XIX, o Código Penal de 1880 criminalizou a prática de greve violenta. A greve pacífica não era crime e o direito de greve passou a ser entendido como um direito pelos trabalhadores, juristas e pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, não existia regulação nenhuma sobre o direito de greve e a única positivação era aquela que criminalizava a greve violenta. (SIQUEIRA, 2014)

No entanto, devido a efervescência do movimento operário brasileiro na Primeira República (1889-1930), a violência policial foi utilizada no combate do direito de greve, até mesmo da greve pacífica, que já havia sido reconhecida como direito pelo Poder Judiciário (inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, em 1922). Dessa forma, os movimentos operários foram vítimas da violência policial que, em diversos momentos, parece ser o braço armado e criminoso das grandes empresas e das grandes fábricas. (SIQUEIRA, 2014)

Na Constituição de 1934, a positivação do direito de greve não aconteceu, mas o direito continuou sendo exercido e combatido na prática: “fazer greve não era crime, mas a greve era combatida como crime”. (SIQUEIRA, 2014, p. 124). Já na Constituição de 1937, que marca o início do Estado Novo (face mais violenta do Governo Vargas), o direito de greve é inserido como algo prejudicial: “Art. 139 [...] A greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”.

O movimento operário viveu um momento de grande repressão. Ao menor sinal de greve, a polícia era enviada. Jornais do movimento operário, escritores importantes, como Jorge Amado (2011) e a historiografia relatam a violência que os trabalhadores sofriam. O movimento operário sofre com perseguições, prisões e violências, mas resiste e tenta ocupar lugares nos espaços deixados pela ditadura. O Decreto n. 1.237, de 2 de maio de 1939, que regulamenta a Justiça do Trabalho também positiva os crimes relacionados à greve. A repressão ocorria nas ruas e no Legislativo. Já o Código de Penal de 1940 criminaliza apenas a greve violenta. Elaborado com a presença de juristas de importância na época, e publicado via decreto presidencial, também segue a tradição de seu antecessor de 1890. (SIQUEIRA, 2014, p. 125).

Finalmente, o direito de greve foi reconhecido como um direito dos trabalhadores pela Constituição de 1946, mas com amplas restrições aos chamados serviços essenciais e industriais básicos. O texto constitucional manteve dois fundamentos da estrutura corporativista advinda do regime anterior: o imposto sindical e a possibilidade de o Estado intervir na vida sindical. De qualquer modo, ainda que de forma genérica, aquele texto constitucional colocou um fim nas proibições e sanções impostas pela Constituição de 1937, na qual a greve era encarada como um delito e considerada como um recurso antissocial e prejudicial à economia.

Os debates em torno do direito de greve na Constituição de 1946 também se direcionaram no sentido de incorporar a Justiça do Trabalho, instituída em 1941, ao Poder Judiciário, suplantando sua origem administrativa. De acordo com Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2011), o Decreto-Lei nº 9.777 de 09.09.1946 estruturou o processo de incorporação da Justiça do Trabalho ao sistema judicial. A nova Constituição constitucionalizou a sua existência. Nos anos

posteriores, a Justiça do Trabalho se solidificou “como instituição imprescindível à inclusão social, econômica e institucional de milhões de brasileiros emergentes à nova sociedade e economia recém-urbanizadas e industrializadas”.

Mas, na verdade, de acordo com Larissa Rosa Corrêa (2011), mesmo com a instalação da Justiça do Trabalho (1941) e com a consolidação das Leis de Trabalho (CLT), direitos trabalhistas tiveram de ser “tecidos” no plano da realidade pelos próprios trabalhadores.

A Justiça do Trabalho se transformou em um terreno fértil para a construção de uma identidade da classe trabalhadora fomentada pela luta por direitos. A experiência no campo da lei possibilitava aos trabalhadores elaborar estratégias que lhes permitiam negociar com os patrões dentro dos limites do mundo legal. Enquanto os primeiros procuravam encontrar na legislação um espaço para garantir e reivindicar direitos, os empregadores tentavam encontrar qualquer brecha, ambiguidade ou contradição legal para impedir e, até mesmo, se esquivar dos deveres trabalhistas (CORRÊA, 2011, p. 216).

Dessa forma, sendo gratuita e caracterizada pela possibilidade de instauração oral de processos (dispensando, portanto, a presença de um advogado), a Justiça do Trabalho se tornou um importante mecanismo não apenas para que trabalhadores “tecessem” a lei, mas para a formação de uma consciência jurídica dos direitos trabalhistas por parte dos próprios trabalhadores que participavam do rito processual.

3.1 Constituição de 1946 e direito de greve: entre críticas negativas e positivas

Sobre os aspectos constitucionais da greve, o jurista Paulo Carneiro Maia escreveu um artigo em 1953 no qual considerou que o direito de greve estabelecido pela Constituição de 1946 era conflitante com o “mandamento” penal que vedava o ato de fazer justiça com as próprias mãos. Além disso, entendia que este era desnecessário na sociedade brasileira, que já possuía a Justiça do Trabalho, encarregada de resolver os problemas entre patrões e empregados. Nesse sentido, a greve seria “o império do arbítrio em substituição ao poder instituído para deslindar o conflito” (MAIA, 1953, p. 5). Maia recuperou os comentários do constitucionalista Carlos Maximiliano em seu “Curso de Direito Constitucional Brasileiro”, de 1951, sobre o dispositivo constitucional que regulamentava o direito à greve:

A greve assemelha-se ao denominado direito de revolução: constituía uma revolta contra a onipotência do capital, um meio violento para forçar os patrões a melhorarem as condições do trabalho. Carece, quase totalmente, de fundamento nos países em que se instituíram processos regulares e suaves para dirimir os dissídios entre empregados e empregadores. Não se deve recorrer à força quando se tem à mão a justiça; desaconselha-se o remédio violento desde que existe o mais brando, o jurídico (MAXIMILIANO apud MAIA, 1953, p. 5-6).

O mesmo posicionamento contrário ao direito de greve também pode ser verificado em um artigo escrito por Carlos Medeiros Silva, consultor da República, e publicado na Revista Forense em 1954. Sobre a regulamentação do direito de greve na Constituição de 1946, ressaltou que no artigo 158 estava expresso: “É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará” (SILVA, 1954, p. 7). No entanto, deixou clara sua posição contrária às greves ao afirmar que esta era uma “forma violenta de reivindicação” (SILVA, 1954, p. 7).

Da mesma forma, o jurista Davi Campista Filho, em artigo escrito no ano de 1955, se posicionou contrariamente ao direito de greve expresso na Constituição de 1946, considerando “perigoso o influxo da declaração constitucional” (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 441). Para esse jurista, após o reconhecimento do direito de greve pelo artigo 158 da Constituição então vigente, aconteceram inúmeros fatos que deveriam servir de advertência ao legislador “valendo em premunição a investidas do trabalhismo que, certamente, fará do problema o ponto central de suas expansões demagógicas” (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 441). E mais,

Os acontecimentos que nestes últimos anos desenrolaram-se no Brasil imprimem significação impressionante à importância dos fatos, perante os quais a atitude do legislador há de ser de extrema prudência e imparcialidade. Esses fatos, sob a luz do raciocínio que os explica projetam-se pela conjectura na lei a estatuir-se, revelando a gravidade das conseqüências cujo alcance na vida econômica do país seria dos mais funestos (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 441).

Campista Filho escreveu que, em meio à aceleração histórica do período, era necessário rejeitar as improvisações e afastar o arbítrio, pois seria na fase de aceleração histórica que o direito postulava leis de interesse particular. Foi o que teria acontecido com a Constituição de 1946, que no clima inquietante de psicologia política e social, decorrente do retorno da democracia após longo período de letargia, num “regime popular, imbuído de ilusões socialistas e ávido de conquista, por extrema tolerância e temerosa complacência” (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 442), expressou em seu texto o reconhecimento do direito de greve. E mais, “semelhante atitude roçava pela anarquia, de tantas que as produzem os governos populares” (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 442).

Nas palavras desse jurista, “greve consiste na suspensão deliberada do trabalho por parte de operários no sentido de obter melhores salários ou de testemunhar solidariedade aos companheiros” (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 442). Suas origens remontariam à Revolução Francesa, quando se declarou o direito ao trabalho e à livre profissão. Assim, tendo surgido do direito ao trabalho, teria evoluído como conquista para direito de cessão ou interrupção do trabalho.

Entendia Campista Filho que “a greve, virtude da súbita paralisação de uma indústria, inevitavelmente lhe produz gravíssimo prejuízo agravado por sua duração. Assim se revela seu caráter anti-social e antieconômico” (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 443). O caráter antissocial decorreria quando o direito de interromper o trabalho transpassava a esfera individual para a coletiva, o que constituía um abuso desse direito. Já o caráter antieconômico se revelava quando, para alcançar seus fins, o grevista atacava a economia da indústria, ferindo os interesses da

coletividade.

Dessa forma, para Campista Filho, “nada mais certo do que se aplicar o preceito do *abuso do direito* ao exercício do direito de greve, cuja *intenção dolosa* manifestava-se através dos meios empregados à sua efetivação” (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 443). E mais, esses meios ilegítimos, para se conseguir algo por vezes legítimo, se constituiriam principalmente no desrespeito a liberdade de trabalho quando ocorriam atos de violência para forçar a adesão da coletividade.

Mas, em meio às críticas ao direito de greve expresso na Constituição de 1946, encontramos algumas defesas. Idélio Martins escreveu um artigo em 1954 ressaltando que o Brasil de meados do século XX adentrara em um período de rompimento com as amarras do passado e de afirmação dos princípios democráticos, devido, sobretudo, ao fim da Segunda Guerra Mundial e do Estado Novo (1937-1945) de Getúlio Vargas, considerado por muitos como um regime autoritário e de tendências fascistas.

Como argumento principal de sua defesa, Idélio Martins escreveu que “a elevação da greve a direito de natureza constitucional foi fenômeno que se observou em quase tôdas as constituições que se foram promulgando no Velho Continente” (MARTINS, 1954, p. 10) no período posterior a Segunda Guerra Mundial, cujo pioneirismo pertenceu à França³. Do mesmo modo, a Constituição do Brasil de 1946 assegurou o direito de greve em seu texto:

Os nossos Constituintes de 46, embalados em exacerbados ideais de libertação democrática, preocupados dramaticamente com a redemocratização do País, não hesitaram em ‘reconhecer’ a greve como direito, e um direito garantido por sólido arcabouço constitucional (MARTINS, 1954, p. 10).

Entendia Idélio Martins que, mesmo com as limitações impostas pelos constituintes ao direito de greve, devendo esta ser regulada pela lei, a sua proclamação representou no Brasil um rompimento definitivo com o passado, “com o regime em que se pesquisaram e se proclamaram diretrizes totalitárias” (MARTINS, 1954, p. 12), referindo-se ao governo de Vargas. Enfatizou que a nova Constituição rompera com o sistema previsto pela anterior (1937), na qual a greve havia sido considerada um recurso antissocial⁴.

Nessa mesma direção, Seabra Fagundes, advogado do Rio de Janeiro, em artigo publicado na Revista Forense em agosto de 1954, defendeu o direito de greve no Brasil, desde que esta mesma não acontecesse nos serviços públicos e nem tão pouco tivesse cunho político. Afirmou que a greve era um fenômeno próprio de sociedades capitalistas. Suas motivações advinham geralmente de reivindicações econômicas, mas poderia nascer de outras considerações: políticas,

3 Idélio Martins ressaltou a importância decisiva da Constituição francesa de 19 de abril de 1946 nos debates travados na Constituinte brasileira do mesmo ano, os quais culminaram na afirmação constitucional do direito de greve. Tal Constituição francesa afirmava que: “É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”. No entanto, afirmou que o projeto francês de abril de 1946 foi submetido a plebiscito e rejeitado. Nova Constituição francesa foi promulgada em 27 de outubro do mesmo ano, trazendo em seu preâmbulo a declaração de direitos, entre os quais o direito de greve. Mas o Brasil não teve tempo de ser influenciado pela nova Constituição francesa, e manteve em seu texto as limitações impostas pelo bem público às greves, as quais seriam reguladas pela lei.

4 A greve foi apresentada na Constituição de 1937 como um recurso “nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional” (MARTINS, 1954, p. 12).

de solidariedade, de ordem moral, dentre outras.

Defendeu Seabra Fagundes que na Constituição de 1937 o Brasil havia declarado a greve como um recurso antissocial e nocivo ao trabalho e ao Capital, sendo que a legislação ordinária impunha sanções aos empregados, associações profissionais e administradores envolvidos em tais movimentos. Mas que a partir da Ata de Chapultepec⁵, o presidente da República, Gaspar Dutra, no decreto nº 9.070, de 15 de março de 1946, “regulou a suspensão e o abandono coletivo do trabalho, vedando-os nas atividades fundamentais, mas deixando-os livres para o que classificou de acessórias” (FAGUNDES, 1954, p. 12).

Seabra Fagundes afirmou que tal decreto traduzia a “força inelutável do direito de greve como reivindicação do trabalhador” (FAGUNDES, 1954, p. 13). Na opinião desse advogado, entendeu-se naquela ocasião a importância de consagrar o direito de greve e que havia, possivelmente, um sentimento constrangedor em torno de sua proibição na Constituição de 1937. Além disso, esse jurista considerou as greves um fenômeno social de forças inelutáveis, contra as quais as leis não podiam resistir.

No entanto, citando o artigo 158⁶ da Constituição de 1946, Seabra Fagundes enfatizou que era necessário “aceitar possíveis restrições ao exercício do direito de greve, não somente por se lhe impor forma conveniente, como também por se declararem as atividades que o comportam e o repelem” (apud FAGUNDES, 1954, p. 14).

Na opinião do jurista, se existiam direitos também deveria haver submissão às regras ou à ordem jurídica. E tal princípio abria caminho para limitações ao direito de greve, tal como a exclusão desse direito aos funcionários públicos, já que em sua percepção o Estado não visaria o lucro de um empregador privado, além de ser ele o detentor do poder.

3.2 Preocupações com o possível sentido político das greves

No entendimento do jurista Seabra Fagundes, as greves políticas não seriam contempladas pelo direito aludido no art. 158 da Constituição de 1946. Para esse advogado, a greve que a Constituição tinha em vista era a de fundo econômico, ou seja, aquele referente ao fenômeno da desigualdade. Ao invés disso, “a greve política é a subversão, é o direito de subversão, outorgado a quem quer que seja, agrupando-se a outras pessoas” (FAGUNDES, 1954, p. 15). Portanto, não admitiu a greve política porque a considerava como a vontade da minoria tentando intervir na máquina do Estado.

As críticas ao sentido político das greves também puderam ser percebidas nos escritos de outros juristas. Vale ressaltar que muitos movimentos grevistas da década de 1950 recebiam o apoio de líderes do Partido Comunista Brasileiro (PCB), que estava na ilegalidade desde 1947. De acordo com Hélio da Costa (1995), ao ser proibido, o PCB passou a apelar às massas contra a onda

5 Conferência Interamericana de Problemas da Guerra e da Paz, realizada em Chapultepec, México, em fevereiro de 1945, na qual o direito de greve foi declarado um direito social do operário, um dos direitos fundamentais do homem.

6 “É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”.

repressiva que se abatia sobre o movimento sindical e seus membros também a assumiram a defesa da liberdade e autonomia sindical, criticando veementemente a estrutura sindical imposta pelo Estado. Ganharam força as organizações nos locais de trabalho, de onde surgiram as estruturas alternativas e autônomas em relação ao Estado. O partido voltou-se para a formação de associações profissionais ou centros operários paralelos ao sindicalismo oficial.

O jurista Carlos Medeiros Silva, em artigo escrito em 1954, deixou clara sua preocupação com o sentido político da greve, empreendendo um discurso desqualificador de sua real função. Para esse jurista, a greve seria uma manifestação contestadora da ordem política vigente, tendo um caráter revolucionário e sendo liderado por “profissionais”. Silva considerou oportunas suas observações em matéria de regulamentação do direito de greve. E ressaltou: “é preciso que o legislador ordinário não se deixe influir pelas opiniões extremadas e pelos espíritos teóricos e desassustados da realidade social” (SILVA, 1954, p. 11). E ainda frisou que não se poderia ter “ordem e progresso” em uma sociedade que admitisse a desordem como meio de capaz de resolver as reivindicações dos trabalhadores.

3.3 Comparações entre greves e guerras

Em se tratando de violência, alguns juristas associavam as greves com as guerras. Um deles foi Paulo Carneiro Maia, em seu artigo de 1953, no qual recuperou os escritos de Charles Gide⁷ sobre o caráter violento da greve e sua técnica que se assemelhava à guerra, da obra “Compêndio d’Economia política”, de 1935. Concordando com as posições de Gide de que a greve era como que a guerra dos empregados, ressaltou que ela seria um “ato tipicamente de violência para uma reivindicação que não se compreende seja feita ‘quando se tem à mão a justiça’” (MAIA, 1953, p. 6). Mas reconheceu que a situação de desigualdade entre empregado e empregador reclamava uma solução mais rápida. No entanto, “não nos parece que uma solução coercitiva e violenta deva se sobrepor ao órgão especial de justiça instituído pela Lei das Leis” (MAIA, 1953, p. 6).

Essa percepção da greve associada à guerra também pode ser verificada em um artigo escrito por República Carlos Medeiros Silva, consultor da República, publicado na Revista Forense em 1954. Em seu entendimento, o recurso à greve teria tido causas diversas no decorrer do tempo, e “a luta dos trabalhadores, para melhoria de suas condições de vida, criaram uma mística da greve com instrumento de reivindicação que é preciso preservar em homenagem aos antigos combatentes, dizem os seus apologistas” (SILVA, 1954, p. 7-8). Na concepção desse jurista, a greve era o caminho encontrado por “revolucionários profissionais e agitadores políticos” (SILVA, 1954, p. 8) para a subversão social.

Para Carlos Medeiros Silva, além desses motivos haveria outro responsável pelas greves, qual seja “a ausência de órgãos idôneos e capazes de tomar conhecimento e de atender, na justa medida, as reivindicações dos trabalhadores” (SILVA, 1954, p. 8). Esses órgãos poderiam evitar

7 Charles Gide (1847-1932), professor do Collège de France, foi economista e historiador do pensamento econômico francês.

a greve no plano nacional, tal como acontece com a guerra no plano internacional. Referia-se aos tribunais especializados, que seriam o caminho para a solução justa e oportuna das “reivindicações proletárias”. Desse modo, lançou críticas a Constituição vigente, na medida em que:

Por forma incoerente, institui a Justiça trabalhista e assegura o direito de greve, como se a existência da primeira não fosse o veículo adequado à solução dos conflitos. A par da via judiciária, imparcial e fiel aos interesses permanentes da coletividade, abriu-se brecha para as reivindicações violentas (SILVA, 1954, p. 8).

Essa associação da greve com a guerra demonstra grande receio dos juristas em relação às massas, às multidões⁸ reunidas nas grandes cidades, as quais representavam um eminente perigo à ordem social. É interessante frisar que essa preocupação com as multidões no Brasil em meados do século XX se assemelhou com algo ocorrido em países como França e Inglaterra durante os seus respectivos processos de industrialização e urbanização, ocorridos entre os séculos XVIII e XIX⁹. Naqueles contextos, as multidões compostas pelos trabalhadores – que viviam em péssimas condições, em bairros operários superpopulosos e sem nenhuma infraestrutura – e as quais expressavam suas insatisfações em manifestações de rua, eram consideradas perigosas por sua suposta condição de vida deteriorada, se constituindo em grave ameaça social.

A conjuntura do Brasil em meados do século XX se assemelhava com a da França e Inglaterra de pelo menos um século antes. Percebemos uma preocupação semelhante como as possíveis ações das multidões, pessoas reunidas nos movimentos sociais de reivindicação, nas grandes cidades. Isso ficou perceptível, por exemplo, no artigo de Davi Campista Filho, escrito em 1955, no escreveu sobre o possível perigo que representava a “influência das massas que desempenham papel preponderante no mundo atual, inspirando a certos autores sustentarem que a era das massas significa o declínio da civilização, ou o retorno à primitividade” (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 446). A massa social, na concepção do mesmo, se distinguiria pela ausência de diferenciação individual, de iniciativa, de originalidade e de consciência.

A massa julga quantidade e não qualidade; e quando julga impulsionar, é apenas impulsionada, intervém no sentido de grandeza física, composta, embora, de seres vivos, que não passam de simples unidades estáticas e que se resolvem em números. Não é ativa, mas puramente receptiva, e não agindo, satisfaz-se em reagir (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 446).

Recuperando as ideias de Gustave Le Bon¹⁰, Davi Campista filho afirmou que a influência

8 Não foi sem razão que a obra do italiano Spicio Sighele, *A multidão criminosa: Ensaio de Psicologia Coletiva*, escrita no final do século XIX foi traduzida no Brasil em 1954, justamente nessa conjuntura histórica, marcada por esses movimentos sociais.

9 Estudos como o de Raymond Williams (1989), George Rudé (1991) e Maria Stella Bresciani (2004) nos fornecem elementos necessários para uma possível comparação entre o temor que alguns setores sociais sentiam das multidões reunidas tanto em cidades como Londres e Paris como no Rio de Janeiro e São Paulo.

10 Gustave Le Bon (1841-1931) foi considerado o fundador da Psicologia Social. Suas tentativas para encontrar uma explicação cientificamente aceitável das multidões e das suas ações o notabilizaram. Seus estudos sobre o comportamento coletivo se situam em um contexto social no qual as populações das grandes cidades europeias em

das massas se formaria e se avultaria pela ação impregnada das características das multidões: “a impulsividade, a irritabilidade, ausência de julgamento e de espírito crítico” (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 446). Nesse sentido, “a multidão aparece como a ressurreição de uma horda primitiva, porquanto se desanuvia inteiramente a personalidade consciente perdendo-se a vontade e o discernimento” (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 446). Para esse jurista, haveria um hipnotizador que orientaria os sentimentos e os pensamentos das chamadas massas.

As massas geram o pavor dos cegos elementos em fúria, produzindo o terror crescente na abstração das ameaças sinistras e o terror implacável da imensidade infinita do número. Certas unidades, puras, simples, inócuas, são capazes de desencadear calamidades quando assumem o incomensurável – tais como a nuvem de gafanhotos e a invasão de formigas carregadeiras (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 446).

Escreveu ainda Davi Campista filho que, devido a essas características das massas, estas poderiam determinar as greves, as quais tinham o poder de influenciar outras pessoas, como um germe que contaminava a todos. O local privilegiado para a propagação desse mal seriam as associações sindicais, nas quais se conseguia a adesão e propagação do movimento grevista. Sendo assim, estas devem ser consideradas elementos extremistas interessados na perturbação da ordem, devendo o Estado se prevenir desse mal através dos órgãos de vigilância. Ainda para o mesmo,

A influência resultante das atitudes das massas que refletem as desordens do mundo econômico, tendente à potencialidade cada vez maior, escapa, todavia, à consciência e discernimento dos próprios interessados. Cada qual sabe que suas exigências chegarão a termo satisfatório à medida que pela sugestão logre abrir caminho a toque de propaganda que, por conquistar a solidariedade, incute à massa força invencível (CAMPISTA FILHO, 1955, p. 447).

Davi Campista filho considerou a propaganda o meio para difundir os movimentos e o indivíduo não mais discerniria entre o verdadeiro e o falso, regredindo ao estado de selvageria e bestialidade. Através da generalização do medo, criar-se-ia uma atmosfera desfavorável a acalmar as emoções que se tornavam furor e ódio, criando nas massas poder de destruição ou de transformação, usando para tal sua arma predileta, a greve.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o pressuposto de que os acontecimentos histórico-sociais possuem reflexos importantes no âmbito jurídico, a análise dos artigos escritos por profissionais ligados ao campo do Direito na década de 1950 nos permitiu compreender como os movimentos grevistas

fins do século XIX desafiavam a capacidade do Estado em manter o controle e a ordem social. Le Bon procurou transformar observações descritivas em leis gerais e explicativas do comportamento coletivo nas relações sociais, enfatizando que a mentalidade coletiva poderia dominar um grupo de pessoas e transformá-lo em uma força imprevisível e incontrolável.

ocorridos naquele período eram vistos por uma parcela dos juristas com grande apreensão, uma vez que as greves eram consideradas de caráter violento, sendo associadas às guerras. Além disso, percebemos o receio em relação às “multidões” reunidas nos grandes centros urbanos, consideradas potencialmente criminosas.

Discussões sobre os aspectos constitucionais das greves se fez presente em praticamente todos os artigos utilizados como fonte nessa pesquisa, sendo ora veemente criticados, ora defendidos, mesmo que parcialmente. As críticas foram empreendidas por Paulo Carneiro Maia (1953), que considerava o direito de greve conflitante com o princípio penal que vedava o ato de fazer justiça com as próprias mãos, além de ser desnecessário justamente porque a Justiça do Trabalho era a encarregada de resolver os problemas entre patrões e empregados. Do mesmo modo, Carlos Medeiros Silva (1954), mencionando a regulamentação do direito de greve, se posicionou contrário às mesmas, considerando-as uma forma violenta de reivindicação. E esse foi o mesmo posicionamento de Davi Campista Filho (1955), que considerou, inclusive, perigoso o influxo da declaração constitucional.

Ainda sobre os aspectos constitucionais da greve, na direção oposta dos juristas acima mencionados, temos algumas defesas. Idélio Martins (1954), por exemplo, ressaltou que proclamação do direito de greve pela Constituição de 1946 representou um rompimento com as amarras do passado e com o regime do governo de Vargas, considerado por ele de características totalitárias. Já Seabra Fagundes (1954) entendeu que a regulamentação do direito era o reconhecimento de um direito social do trabalhador e considerou as greves um fenômeno social de forças inelutáveis, contra o qual as leis não podiam resistir. No entanto, sua defesa era parcial, pois não aceitava as greves nos serviços públicos e nem tão pouco as greves que chamou de políticas.

Em se tratando do aspecto político das greves, apreendemos algumas críticas. Muitas das greves ocorridas em meados do século XX tinham o apoio de líderes do Partido Comunista Brasileiro (PCB), que estava na ilegalidade nesse período. Sendo assim, eram desqualificadas em sua real intenção. Para Carlos Medeiros Silva (1954), por exemplo, a greve seria uma manifestação contestadora da ordem política vigente e de caráter revolucionário. Do mesmo modo Seabra Fagundes (1954) afirmou que as greves as quais considerava políticas eram subversivas e, portanto, não deveriam ser contempladas pelo direito de greve expresso na Constituição de 1946. Ideia que é bastante discutível, se compararmos com os tempos atuais, já que a partir da CF de 1988 a greve se tornou um direito constitucional da classe trabalhadora brasileira.

De fato, com a Constituição de 1946, pela primeira vez na história do Brasil, o direito de greve foi constitucionalizado. Desse modo, o referido diploma legal reconheceu um direito que já existia e que era criminalizado em tempos passados. No entanto, a constitucionalização do direito de greve e o clima de reconciliação, típico de um processo de anistia, não impediu a violência do governo contra os grevistas. O clima de guerra fria e a posterior cassação do Partido Comunista do Brasil, indicavam que os tempos não seriam de respeito aos direitos dos grevistas, por mais que o direito fosse constitucionalizado.

REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas linguísticas**. São Paulo: EDUSP, 1998.
- BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 2 jul. 2016.
- BRESCIANI, Maria Stella M. **Londres e Paris no século XIX: o espetáculo da pobreza**. São Paulo: Brasiliense, 2004. (Tudo é História, 52).
- CAMPISTA FILHO, Davi. O direito de greve e a advertência dos fatos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 159, p. 441-448, maio/jun. 1955.
- CORRÊA, Larissa Rosa. **A tessitura dos direitos: patrões e empregados na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.
- COSTA, Hélio da. **Em busca da memória: comissão de fábrica, partido e sindicato no pós-guerra**. São Paulo, Scritta, 1995.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Justiça do Trabalho: 70 anos de justiça social. **Revista TST**, Brasília, v. 77, n. 2, abr./jun. 2011.
- DUBY, Georges. História social e ideologias das sociedades. In: LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre. **História: novos problemas**. Tradução de Theo Santiago. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1979. p. 130-145.
- FAGUNDES, Seabra. O direito de greve. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 154, p. 12-17, jul./ago. 1954.
- GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: GINZBURG, Carlo. **Mitos, emblemas e sinais: morfologia e história**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003 p. 143-179.
- MAIA, Paulo Carneiro. Aspectos constitucionais da greve. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 208, p. 3-21, fev. 1953.
- MARTINS, Idélio. Sobre as greves e seus efeitos no contrato de trabalho. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 222, p. 3-30, abr. 1954.
- MATTOS, Marcelo Badaró. Greves, sindicatos e repressão policial no Rio de Janeiro (1954-1964). **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 24, n. 47, p. 241-270, 2004.
- MOISÉS, José Álvaro. **Greve de massa e greve política: estudo da Greve dos 300 mil em São Paulo: 1953/54**. São Paulo: Livraria Editora Polis, 1978.
- NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.
- NEGRO, Antônio Luigi; SILVA, Fernando Teixeira da. Trabalhadores, sindicatos e política. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (org.). **O tempo da experiência**

democrática: da democratização de 1945 ao golpe civil-militar de 1964. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 47-96. (O Brasil Republicano, v.3).

RUDÉ, George. **A multidão na história:** estudo dos movimentos populares na França e na Inglaterra 1730-1848. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

SIGHELE, Spicio. **A multidão criminosa:** ensaio de psicologia criminosa. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1954.

SILVA, Carlos Medeiros. A regulamentação do direito de greve. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 154, p. 7-11, jul./ago. 1954.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **História do direito pelos movimentos sociais:** cidadania, antropofagia e experiências jurídicas nas estradas de ferro (Brasil, 1906). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

WILLIAMS, Raymond. **O campo e a cidade na história e na literatura.** São Paulo: Companhia da Letras, 1989.

Como citar: GONÇALVES, Patrícia Graziela; PRIORI, Angelo Aparecido. Percepções jurídicas acerca dos movimentos grevistas no Brasil em meados do século XX. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 121-138, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p121. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 22/07/2016.

Aprovado em: 28/01/2019.

MOROSIDADE PROCESSUAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO*PROCEDURAL DELAYS AND THE CIVIL LIABILITY OF THE STATE***Roberto Wagner Marquesi***
Alessandro Bontempi**

Como citar: MARQUESI, Roberto Wagner; BONTEMPI, Alessandro. Morosidade processual e a responsabilidade civil do estado. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 139-159, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p139. ISSN: 1980-511X.

* Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo-USP; Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-UEL; Professor Adjunto da Universidade Estadual de Londrina e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná nos cursos de graduação e pós-graduação; Advogado. E-mail: wagnermarquesi@uol.com.br

** Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina; Advogado. E-mail: alessandrobontempi@hotmail.com

Resumo: Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi incluído na Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais, a razoável duração do processo, cujo objetivo é alcançar celeridade no trâmite processual. Contudo, passados 13 anos da publicação da Emenda, essa celeridade ainda se encontra longe do razoável. Assim, neste trabalho, dois focos foram abordados. Primeiramente, busca-se na literatura nacional e no direito comparado o conceito de razoável duração do processo. Em seguida, destacam-se no ordenamento nacional e no estrangeiro as principais posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da responsabilização objetiva do Estado pelo não cumprimento da razoável duração do processo, além de teses contrárias a esta. Para demonstrar que a promessa constitucional ainda é uma distante realidade no Brasil, foram pesquisados dados que possibilitam estimar o tempo médio para baixa de um processo de conhecimento em primeira instância no Poder Judiciário brasileiro, e comparar estes dados com sistemas judiciais estrangeiros. Verificou-se que o tempo médio para baixa em primeira instância no Judiciário brasileiro é de 925 dias, na França a média é de 128 dias, Itália 200 dias, Alemanha 220 dias, Espanha 242 dias e Portugal 414 dias.

Palavras-Chave: Direito civil. Responsabilidade civil. Razoável duração do processo. Morosidade da justiça.

Abstract: The enactment of the constitutional amendment n° 45/2004 included in the list of fundamental rights of the Federal Constitution the principle of reasonable duration of the process, aiming to achieve faster dispute resolutions in court. However, 13 years after the publication of the Amendment, reasonable duration of the process has been far from reality. Thus, in this paper, two directions were taken. First, the concept of the reasonable duration of the process was sought in the national literature and in comparative law. Next, we highlighted domestic and international laws, important doctrines and jurisprudence regarding the State's liability in the non-compliance of the principle of reasonable duration of the process; whilst also analyzing other thesis in the opposite direction. In order to demonstrate that the constitutional promise is still a distant reality in Brazil, we investigated data that made it possible to estimate the average length of time needed to *res judicata* at court trials, comparing this data with the data from other countries. In conclusion, we verified that the average time length for the first instance in the Brazilian Judiciary is a total of 925 days, which is contrary to European nations: in France the average is 128 days, Italy is 200 days, Germany is 220 days, Spain is 242 days and Portugal is 414 days.

Key Words: Civil Law; Civil Liability; The Principle of Reasonable Duration for the Process; Delay on the Proceedings.

INTRODUÇÃO

O problema da morosidade processual não é novidade do Estado moderno, mas constitui um problema antigo, que se arrasta há séculos em vários ordenamentos jurídicos.

É sabido que o Estado-Juiz, por vezes, acarreta grandes prejuízos aos jurisdicionados, levando estes a suportar o injusto ônus do deficiente funcionamento do Poder Judiciário.

Inicialmente prevaleceu a teoria da irresponsabilidade do Estado, determinando que este não responderia pelos seus atos, com fundamento em diversas teorias, como a de que o Rei não erra. Com o passar dos séculos “começaram a surgir brechas na teoria da irresponsabilidade estatal quando se estabeleceu que o Estado responderia por erros judiciários na esfera penal.” (DERGINT, 1994, p. 12).

Paulatinamente, a responsabilidade do Estado passou a ser a regra e a irresponsabilidade a exceção, admitindo-se em alguns casos até mesmo a responsabilidade sem culpa.

Mais tarde, a ideia da responsabilidade do Estado pela demora processual começou a tomar corpo, sobretudo na Europa, onde, em alguns ordenamentos, foi editada lei infraconstitucional específica, como no caso da Itália (*Legge Pinto*).

Nesse contexto, em 2004, a Emenda Constitucional nº45 acrescentou ao artigo 5º. o inciso LXXVIII, prevendo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988).

Também em 2004 foi assinado em Brasília o Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano, fundando-se na seguinte premissa:

Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto a questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retratam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, proporcionam, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004).

Por este Pacto, os chefes dos três Poderes da República comprometeram-se a realizar ações no sentido de alcançar a celeridade processual. A despeito disso, decorridos 13 anos da Emenda Constitucional nº 45 e da assinatura do Pacto, embora haja melhorias, a duração razoável do processo ainda não se concretizou.

1 INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A questão do que seria o razoável tempo processual sempre foi negligenciada pelos doutrinadores nacionais, conforme adverte Luiz Guilherme Marinoni:

A questão do tempo do processo sempre foi negligenciada pela doutrina do processo civil, que chegou a vê-la com “cientificamente” não importante. Não

obstante, um dos grandes desafios - talvez o maior – da processualística moderna é conciliar o direito à tempestividade da tutela jurisdicional com o tempo necessário aos debates entre os litigantes, à investigação probatória e ao amadurecimento da convicção judicial (MARINONI, 2007, p. 11).

O argumento que sempre justificou a negligência doutrinária repousa na dificuldade de se determinar qual seria o tempo processual razoável. “Devido à complexidade da vida e das lides processuais, o prazo razoável somente pode ser indicado caso a caso, mediante juízo de razoabilidade e ponderação.” (KOEHLER, 2013, p. 89).

A doutrina começou a preocupar-se a partir da promulgação do Pacto de San José da Costa Rica, em que se procurou formar um conceito para a expressão.

Segundo Danielle Annoni:

A expressão prazo razoável, que visa regular a garantia do demandante de obter do Poder Judiciário uma resposta pronta e efetiva, ou seja, o direito de que seu processo termine logo e lhe forneça uma resposta condizente com o pedido formulado, encontra no direito internacional, diversos sinônimos. A expressão prazo tem origem na Convenção Europeia de Direitos Humanos que trata do tema em seu art.6º (ANNONI, 2006, p. 18).

Nessa mesma linha, o prazo razoável é atingido quando a prestação for atendida dentro do tempo considerado como “bom” pelas partes. Para Alexandre Freitas Câmara, “processo excessivamente lento é incapaz de promover justiça, pois justiça que tarda falha. De outro lado, porém, o processo excessivamente rápido gera insegurança, sendo impossível que produza resultados justos” (CÂMERA, 2012, p. 166).

É direito dos jurisdicionados a prestação em prazo razoável, contudo acelerar o processo não pode ser confundido com celeridade da cognição. Por outro lado, a morosidade acarreta insegurança jurídica e causa desconfiança quanto ao um Judiciário eficiente.

Então, a questão principal para conceituação de razoável duração do processo é o equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica, embora a doutrina não tenha um conceito unívoco do que seja a razoável duração do processo, pois “o conceito não pode ser analisado apenas em parâmetros temporais, mas também os meios que sejam capazes de garantir o cumprimento dos prazos” (SCABORA, 2011, p. 23). Daí a necessidade de fixar critérios.

2 CRITÉRIOS PARA DETERMINAÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A morosidade processual também é motivo de queixas em diversos países europeus, o que levou vários jurisdicionados a encaminhar reclamações perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Diante disso, o Tribunal Europeu analisou e elaborou critérios da razoável duração do processo adotando a “doutrina do não prazo”.

O posicionamento “jurisprudencial da Corte fixa três critérios objetivos para verificar a razoável duração do processo: complexidade da causa; comportamento das partes; atuação do órgão jurisdicional” (VALENTE, 2008, p. 26).

Vejam-se os três:

2.1 A Complexidade da Causa

A complexidade da causa constitui o critério inicial do CEDH. Tal critério justifica, em certos casos, a demora processual devido às particularidades da demanda, “podendo provir tanto dos fatos da causa como do direito aplicável à mesma” (KOEHLER, 2013, p. 95). A complexidade da causa desdobra-se em três aspectos: a complexidade fática, a complexidade do direito e a complexidade instrumental.

A complexidade fática surge pela natureza da demanda, devido a uma grande quantidade de fatos a serem provados, ou a densidade das questões no campo probatório. A complexidade jurídica, por sua vez, se relaciona ao Direito a ser aplicado no caso concreto, por ser de difícil interpretação de determinada norma jurídica. Por fim, a complexidade instrumental se refere a questões intrínsecas à prática dos atos processuais, como intimações de parte ou localização de testemunhas (FERREIRA, 2013, p. 91).

A complexidade da causa não é aceita pela CEDH como única justificativa para a morosidade processual, entendendo que cabe ao Estado se equipar melhor e ao Juiz se dedicar mais.

2.2 Comportamento das Partes

O comportamento das partes pode por vezes causar a morosidade processual, havendo três teorias que analisam o comportamento das partes: a subjetiva; a objetiva; a mista.

Pela teoria subjetiva, vale a intensão da parte, sendo considerada ilícita a atitude que prejudica ou não traz nenhuma vantagem.

Para a teoria objetiva, mesmo sem haver intenção de prejudicar, a parte abusa de seu direito, violando o princípio da boa-fé objetiva. Ao analisar o abuso do direito dos litigantes à luz da teoria da boa-fé objetiva, informa André Luiz Nicolitt:

O fato é que as partes poderão utilizar legitimamente todos os meios que o ordenamento processual põe à disposição. Tratando-se de matéria cível, o que se deve verificar é o abuso do direito e o intuito protelatório. [...] O que se sanciona é o comportamento deliberadamente abusivo das partes. [...] Na doutrina se afirma que se pode reconhecer como justificada a finalidade exclusivamente dirigida ao atraso do procedimento, o que se revelaria ilegítimo seria ampara-se da dilação produzida para denunciar ao direito fundamental à duração razoável do processo, vez que a dilação na hipótese foi consequência exclusiva do próprio ato (2006 apud FERREIRA, 2013, p. 59-60).

Nesse passo, conforme Carlos Henrique Ramos, “constata-se que não é incomum a contribuição da parte para demora processual, uma vez que, em alguns casos, essa demora propicia um benefício, sendo conveniente que o processo não chegue ao seu término” (2008 apud FERREIRA, 2013, p. 91-92). Portanto, é permitido que ambas as partes utilizem de todos os recursos processuais, desde que não tenha o único objetivo de deliberadamente atrasar a solução da demanda.

Já pela teoria mista, “dever-se-ia observar objetivamente a intenção da parte, por meio de uma análise do procedimento usual dos homens – a contrariedade quanto à conduta do homem médio demonstraria a obrigação de indenizar em razão do dano processual” (FERREIRA, 2013, p. 91-92).

Ressalta-se no comportamento das partes que o principal é a observação da ética dos litigantes, a lealdade, dentro de todo o direito de ampla defesa, cujo objetivo é a pacificação do conflito.

A Corte de Cassação Italiana, conforme explica Franco Petroletti, “segue o posicionamento da Corte Europeia, identificando uma obrigação de colaboração das partes para uma rápida definição dos processos, recaindo a incumbência de zelar para isso exclusivamente sobre o Estado, que, se carente, deve responder pela própria ineficiência” (2005 apud KOEHLER, 2013, p. 99).

Em outras palavras, o atraso ocasionado pela parte contrária não pode ser exclusivamente atribuído ao Estado pela demora não razoável da demanda.

2.3 Atuação do Órgão Jurisdicional

A atuação do órgão jurisdicional deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo juízes e demais autoridades intervenientes na demanda, compreendendo, ao lado da Administração Pública, todos os principais destinatários que têm a obrigação de garantir a razoável duração do processo. Assim, “caso o retardamento do processo seja imputável à conduta das autoridades públicas atuantes na lide, configura-se um dos elementos de constatação da lesão à garantia fundamental, isto porque a verificação da razoabilidade está centrada na atuação do Estado-juiz como um todo.” (KOEHLER, 2013, p. 105).

A Corte de Cassação Italiana considerou que os auxiliares da Justiça não são unicamente os colaboradores do Juízo, mas também órgãos diversos, como as autoridades administrativas.

Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos:

Não é aceitável, por exemplo, o intervalo de dois anos entre duas audiências de instrução, ou o prazo de quatro anos entre a interposição da apelação e respectivamente seu julgamento. Esses períodos são chamados pela doutrina do Tribunal de tempos mortos sintomatologia característica da grave desorganização cartorária e falhas estruturais na Administração da Justiça (DALMOTTO, 2002, p. 173-174).

Por fim, as dilações processuais indevidas podem advir tanto da omissão dos órgãos jurisdicionais, como de sua própria ação. Exemplo é o ato do magistrado que admite produção de prova desnecessária, provocando o temporal aumento do processo e impedindo a solução da demanda em prazo razoável.

3 A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004 E A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Embora o Brasil já fosse signatário do Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, prevendo o Pacto que todo preso tem direito à razoável duração do processo, somente em novembro de 1992, pelo Decreto 678, foi o Pacto promulgado no plano interno. A doutrina e a jurisprudência tentaram determinar o status que o Pacto deveria ter no ordenamento jurídico interno, tendo a questão sido resolvida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao decidir que o Pacto possui natureza supralegal, ou seja, em plano inferior ao da Constituição Federal e acima do ordenamento infraconstitucional, fazendo concluir que o direito à razoável duração do processo já estava inserido no ordenamento nacional antes mesmo da EC 45. Assim, a inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º. não fez mais do que alçar este direito fundamental a nível constitucional, não se chocando ao Pacto, mas coadunando-se a este.

O inciso LXXVIII do artigo 5º ordena que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Importante ressaltar que tal dispositivo, “além do princípio da tempestividade do processo em seu bojo, dá um comando ao Estado tanto no âmbito judicial quanto administrativo, para finalizar o processo num determinado tempo, e que este seja no mínimo razoável” (JOBIM, 2012, p. 91-92).

Luiz Guilherme Marinoni assim visualiza a problemática:

O direito à defesa, assim como o direito à duração razoável do processo, são direitos fundamentais. Após a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art.5º da Constituição Federal, o titular do direito de ação possui direito fundamental à duração razoável do processo e às técnicas necessárias para lhe outorgar celeridade. Portanto, o legislador infraconstitucional tem a obrigação de construir procedimentos que tutelam de forma adequada e tempestiva os direitos, assim como o dever de instruir técnicas processuais que, atuando interinamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo do processo (MARINONI, 2007, p. 20).

Assim, tem o Estado o dever de ter juízes suficientes para despachar qualquer processo no tempo legal ou razoável e ainda estrutura e meios administrativos adequados à prestação jurisdicional, além de prestações positivas do legislador.

Importante verificar que, embora a EC 45 tenha inserido o princípio, até o momento não há fixação legislativa de qual seria o lapso temporal para a razoável duração, pois isso ensejaria responsabilidade do Estado pela sua intempestividade. Já, mantendo-se sem nenhuma positividade legislativa, basta ao Estado alegar insuficiência de recursos ou excesso de demandas para eximir-se da responsabilização.

4 CONSEQUÊNCIAS DO ARTIGO 5º INCISO LXXVIII DA CF/88

Atualmente, os princípios têm força normativa, podendo inclusive ser utilizado como um balizador de decisões judiciais, sendo superada a ideia que os princípios são meras sugestões ao Juiz.

O STF, acerca da razoável duração, vem aplicando o princípio na esfera processual penal, conforme observado no seguinte acórdão:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO. EXCESSO DE PRAZO NO ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL CONFIGURADO [...]. 4. A razoável duração do processo não pode ser considerada de maneira isolada e descontextualizada das peculiaridades do caso concreto. Decorridos mais de 5 (cinco) anos da efetivação da prisão sem julgamento em primeiro grau, não se justifica, na hipótese, a manutenção da constrição cautelar do agente. 5. Recurso ordinário não provido, com concessão de ofício da ordem de habeas corpus, para colocação em liberdade do Recorrente, salvo se por outro motivo tiver que permanecer preso (BRASIL, 2015).

Há que se ressaltar que “a prisão cautelar só se mantém legítima quando do cumprimento da razoável duração do processo, tendo o STF consagrado o pensamento de que o excesso de prazo da custódia provisória leva à ilegalidade da segregação” (FERREIRA, 2013, p. 88).

O STJ aplicou o princípio da razoável duração negando provimento ao recorrente que pleiteava a nulidade de todo o processo por ofensa ao direito de defesa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL EM MATÉRIA DE DIREITO TRIBUTÁRIO A RESPEITO DE FATOS OCORRIDOS HÁ DOZE ANOS. PROVAS DOCUMENTAIS SUFICIENTES. CÓPIA INTEGRAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). 1. Anulatória de débito fiscal em que se alega cerceamento de defesa. Prova testemunhal não produzida. 2. Não-ocorrência de violação do devido processo legal. Provas colhidas no processo suficientes para a decisão proferida no Tribunal local [...]. 5. Na apuração da verdade real dos fatos, o juiz não pode se olvidar da primazia da celeridade processual, que não é incompatível com o *due process of law*. A verdadeira tutela jurisdicional é aquela prestada em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF), regra de ouro que vale tanto

para o autor, como para o réu. 6. Recurso Especial a que se nega provimento (BRASIL, 2007).

No caso acima, o STJ considerou suficientes as provas documentais e negou provimento ao recurso com fundamento na razoável duração do processo.

Contudo, atualmente, os Tribunais Superiores aplicam timidamente a razoável duração do processo em seus julgados, passando aos poucos a ser uma preocupação dos litígios, porque, estar o Judiciário em atraso com seu jurisdicionado, é o mesmo que dizer que o Estado está em falta grave e, se isso ocorre, deve ele indenizar o prejudicado.

5 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO DIREITO COMPARADO

Analisa-se a seguir posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais dos ordenamentos da Argentina, Espanha e Itália, no que diz respeito à celeridade processual, e se estes responsabilizam o Estado pela tardia prestação jurisdicional.

5.1 Argentina

A Corte Suprema de Justiça da Argentina (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*) considera a duração razoável do processo como um direito de defesa, devendo ser inserido no corpo do devido processo legal. No Recurso Ordinário de Apelação B.789 XXXI a Corte Suprema considerou:

A garantia constitucional da defesa em juízo e o devido processo não se esgotam no cumprimento normal dos trâmites previstos nas leis adjetivas sem que se estenda à necessidade de obter uma rápida decisão que ponha fim aos conflitos e situações de incerteza, evitando, dentro dos limites do razoável e conforme as circunstâncias de cada caso, uma dispendiosa e eventualmente inútil atividade jurisdicional. (ARGENTINA, 1996 apud FERREIRA, 2013, p. 15).

Assim, considera a jurisprudência argentina que dilações desnecessárias, ainda que normais aos olhos da lei, prejudicam o direito de defesa, privando a parte da efetiva justiça. Explica Camille Gonçalves que a falta legislativa vem sendo preenchida pela jurisprudência argentina “com uso da interpretação extensiva do princípio constitucional do direito de defesa, podendo gerar a responsabilização do Estado quando há dilações desnecessárias retardando seu resultado e prejudicando as partes” (FERREIRA, 2013, p. 16). Tal entendimento vem sendo reiteradamente aplicado pela Corte Suprema argentina.

Em algumas províncias da Argentina, como a Província de Buenos Aires, “existe legislação específica sobre a razoável duração do processo, mas a legislação nacional argentina ainda não faz expressa menção, forçando a jurisprudência no sentido de suprir essa falta, com responsabilização do Estado quando essa dilação indevida causar danos as partes envolvidas” (FERREIRA, 2013,

p. 13).

Por aí se vê que, no vizinho Estado, a demora na prestação jurisdicional tem sido debatida.

5.2 Espanha

A Constituição espanhola prevê em seu artigo 24 o direito à razoável duração do processo, vedando expressamente indevidas dilações.

Artigo 24. 1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa haver indefesos. 2. Além disso, todos têm direito a um juiz ordinário predeterminado por lei, à defesa e à assistência de um advogado, a ser informado de todas as acusações contra eles, a um julgamento público, sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de provas pertinentes à sua defesa, a não testemunhar contra si mesmos, a não se confessar culpado e à presunção de inocência.¹ (ESPANHA, 1978, tradução nossa).

Para o doutrinador espanhol José Antônio Tomé Garcia, a expressão dilações indevidas contido no artigo 24 são:

Delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários (apud VIANA, 2007, p.107).

Para a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, as limitações de recursos humanos e estruturais não isentam o Estado de prestar a tutela em tempo razoável.

Recurso interposto contra decisão do julgado Contencioso Administrativo de Madrid número 24, datado de 14 de junho de 2010 [...]. Em resumo, a recorrente alega que a instrução do processo sumário núm.144-2010, marcada para 16 de maio de 2012, não respeitou a razoável duração do processo [...]. A jurisprudência constitucional lembrou na STC 942 008 de 21 de Julho, que as deficiências estruturais não justificam dilações processuais indevidas [...]. Conclui-se que foi violado neste caso o direito a um julgamento sem dilações indevidas (art. 24.2 CE) dada a data de dois anos que o Tribunal fixou a audiência de seu recurso contencioso administrativa (ESPANHA, 2014, tradução nossa).

No ordenamento jurídico espanhol, o direito a um julgamento sem dilações indevidas

¹ Texto Original: Art. 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

decorre do próprio Texto Constitucional, considerando a jurisprudência espanhola haver direito a indenização em casos de morosidade indevida, “utilizando o Tribunal Constitucional Espanhol à apreciação das circunstâncias do processo; complexidade objetiva; atitude processual do recorrente; atitude dos órgãos judiciais e os meios disponíveis” (FERREIRA, 2013, p. 32).

Em relação aos dois últimos, vê-se na jurisprudência da Corte que as limitações humanas e estruturais não eximem uma condenação por dilações indevidas, ensejando responsabilidade civil do Estado.

Assim, para a Corte espanhola as dilações indevidas violam o direito fundamental. Veja-se:

Todo conjunto nos leva a acreditar que o prazo de inatividade do processo não foi justificado e por consequência não razoável (STC 1441995), porque no recurso de apelação foi ferido o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. 24.2 CE). Portanto, não sendo possível a restituição desse direito fundamental, deve-se converter para a via indenizatória (art.55.1 c LOTC). Assim, por todo o exposto, este Tribunal Constitucional, pela autoridade que lhe confere a Constituição da Nação Espanhola, decide acolher o presente recurso de amparo e em consequência: 1º- Declarar que foi violado o direito fundamental do recorrente a um processo sem dilações indevidas, realizado pela Terceira Sala do Tribunal Supremo, no recurso de apelação referido. 2º- Conferir à recorrente a integridade de seu direito mediante correspondente indenização a cargo do Estado² (ESPANHA, 1996, tradução nossa).

Aqui se tem exemplo de morosidade processual gerando pretensão indenizatória.

5.3 Itália

Um dos ordenamentos jurídicos mais estudados, devido ao posicionamento de seus juristas, é o ordenamento italiano. Contudo, embora o grande valor de seu sistema processual, a Itália ainda está às voltas com a delonga processual, conforme comenta José Carlos Barbosa Moreira:

Na área civil, segundo dados constantes do relatório sobre a administração da Justiça em 1988, elaborado pelo Procurador-Geral da República junto a Corte de Cassação, girou em torno de quatro anos, entre 1991 e 1997, a duração média de processos em primeiro grau de jurisdição, perante os órgãos de competência comum (MOREIRA, 2001, p.2).

2 Acórdão original: Todo ello nos mueve a estimar que “el plazo de inactividad procesal transcurrido no está justificado, siendo, en consecuencia, no razonable” (STC 1441995), por lo que en la tramitación del recurso de apelación de referencia se produjo vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 C.E.). Ahora bien, no sien dposable la restitutio in integrum del derecho fundamental dado que el proceso ha fenecido, el restablecimiento, solicitado por la recurrente, en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación (art. 55.1.c LOTC) solo podrá venir por la vía indemnizatoria. En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española ha decidido estimar el presente recurso de amparo y, en consecuencia:

1º. Declarar que el derecho fundamental de la recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas ha sido vulnerado en la tramitación realizada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo del recurso de apelación de referencia.
2º. Restablecer ala recurrente en la integridad de su derecho mediante la correspondiente indemnización, en su caso, a cargo del Estado.

Para alterar este quadro, em 2001 foi inserido na Constituição italiana o artigo 111, prevendo expressamente a razoável duração do processo.

Ainda, devido às constantes condenações que a Itália sofreu por morosidade processual na Corte Europeia de Direitos Humanos, aliado à reposta do chamamento constitucional, o legislador italiano editou a Lei Pinto (*Legge Pinto*), prevendo indenização pelo descumprimento do prazo razoável na duração do processo. Seu artigo 2º. faz direta referência à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho explica que:

O advento da “*Legge Pinto*” no ordenamento italiano inova ao prever a reparação do dano causado pela excessiva duração do processo, reconhecendo o Estado que a entrega da prestação jurisdicional tardia, por si só, tem o condão de gerar um dano aos demandantes, reformando o artigo 375 do código de processo italiano. Prevê a responsabilidade e a obrigatoriedade do Estado pela indenização às partes, quando violada a garantia fundamental da razoável duração do processo, desde que estas não tenham concorrido para excessiva duração, ou mesmo, em decorrência da complexidade da matéria (2007 apud JOBIM, 2012, p.183, tradução nossa).

O artigo 2.1 dessa lei determina:

Quem sofreu um dano patrimonial ou extrapatrimonial como resultado da violação da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ratificado nos termos da Lei 848 de 4 de agosto de 1955, em termos de não cumprimento do prazo razoável especificado no artigo 6º, & 1º da Convenção, tem o direito a uma justa reparação”³ (ITÁLIA, 2001, tradução nossa).

Vários são os comandos da Lei Pinto, estabelecendo os valores de reparação, critérios de liquidação, comandos de caráter processual, etc.

Importante ainda apresentar o consolidado posicionamento jurisprudencial da Corte de Cassação Italiana no sentido de que “tanto o sucumbente quanto o vitorioso podem pleitear indenização por violação a razoável duração do processo, pois o direito de indenização espera a todas as partes do processo, ao menos que a parte vencida tenha promovido lide temerária ou resistido injustificadamente à jurisdição com o único propósito de buscar a indenização” (2010, apud FERREIRA, 2013, p. 58).

Devido às recentes alterações, a Itália conseguiu significativa redução na celeridade processual, passando de 4 anos para aproximadamente 200 dias o tempo de tramitação na primeira

3 Redação original: Chi há subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto de 1955, n. 848, sotto Il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, parágrafo 1, della Convenzione, há diritto ad una equa riparazione.

instância cível.

6 DADOS ESTATÍSTICOS BRASILEIROS

Com objetivo de demonstrar que a razoável duração do processo ainda é uma realidade distante no Brasil, a tabela 1 apresenta o número de entrada e saída de todos os processos de conhecimento no 1º grau de toda Justiça brasileira. Os dados foram apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no relatório anual “Justiça em números 2014” para o ano 2013.

Tabela 1 – Dados referentes a casos de conhecimento não criminais no 1ºGrau⁴

PROCESSOS DE CONHECIMENTO NA JUSTIÇA BRASILEIRA- 2013	
Processos novos de conhecimento no 1ºGrau não criminais em 2013	3.229.252
Processos de conhecimento baixados no 1ºGrau não criminais em 2013	3.450.765
Processos de conhecimento pendentes no 1ºGrau não criminais	5.524.351

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2013).

Embora as publicações do CNJ não tragam o tempo médio para baixa de um processo em primeira instância, nem qualquer equação para o cálculo desse tempo médio, os autores, baseado na Tabela 1, apresentam equação para cálculo do tempo médio em dias para baixa de um processo em primeira instância.

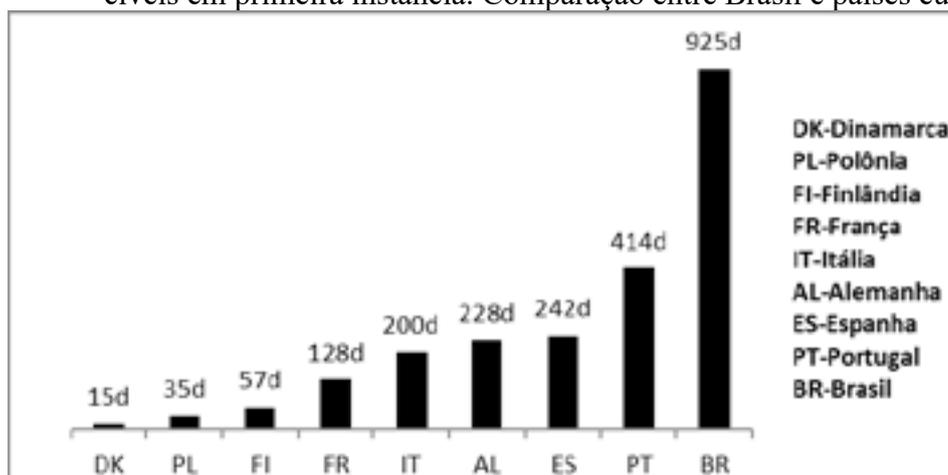
$$\text{Tempo médio} = \left[\frac{\text{Processos novos} + \text{Processos pendentes}}{\text{Processos baixados}} \right] \times 365$$

Os processos novos, somados aos processos pendentes, expressam a quantidade de processos que ainda devem ser resolvidos. Se dividir-se o resultado dessa soma pelo número de processos baixados e multiplicar pelos 365 dias do ano, o resultado final sugere o tempo médio em dias para baixa de um processo.

Utilizando a equação e os dados publicados na tabela 1, o tempo médio para baixa de processos de conhecimento em primeira instância no Judiciário brasileiro é de 925 dias, o que demonstra que a razoável duração do processo ainda é uma realidade distante na Justiça brasileira, sobretudo quando comparado a países europeus, demonstrado no gráfico 1.

4 Os casos novos, baixados e pendentes, referem-se aos de conhecimento de 1ºGrau não criminais que segundo o CNJ: são processos não criminais de conhecimento, cautelares, mandamentais e ações constitucionais que ingressam e foram protocolizados no Poder Judiciário brasileiro em 2013, excluídos os embargos do devedor, impugnações ao cálculo, cumprimento de títulos judiciais, cartas precatórias e de ordem recebidas e outros procedimentos passíveis de solução por despacho de mero expediente. Ainda, considera-se baixado os processos remetidos a outros órgãos judiciais competentes, remetidos a instâncias superiores, arquivados definitivamente, os que houveram decisão transitada em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução. Não se constituem baixas remessas para cumprimento de diligências e as entregas para carga ou vista.

Gráfico 1- Tempo médio em dias [d] necessário para baixa⁵ de processos de conhecimento cíveis em primeira instância. Comparação entre Brasil e países europeus.



Fonte: Comissão Europeia (2015); Conselho Nacional de Justiça (2013).

Na “França a média é de 128 dias, Itália 200 dias, Alemanha 220 dias, Espanha 242 dias e em Portugal 414 dias” (COMISSÃO EUROPEIA, 2015). Como se vê, comparado as nações europeias, o Brasil encontra-se em péssima situação, com diferença de 511 dias a mais em relação a Portugal, que apresenta o pior resultado dentre os países pesquisados.

7 ALCANCE DO ARTIGO 37, § 6º., DA CONSTITUIÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Uma primeira interpretação do artigo 37, § 6º., da Constituição Federal faz surgir dúvidas quanto à responsabilização dos Poderes Legislativo e Judiciário, restringindo a aplicação da teoria do risco administrativo aos atos do Poder Executivo. Para analisar o alcance do artigo, veja-se primeiramente o conceito de serviço público, e se a atividade judiciária deve ser equiparada a ele.

O Professor Hely Lopes Meirelles define serviço público como “todo aquele prestado pela Administração Pública ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado” (MEIRELLES, 1993, p. 290).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1998, p. 90)., “serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público”

Percebe-se que, para a autora, o serviço público liga-se às atividades nas três esferas de Poder, devendo então a atividade jurisdicional ser caracterizada como serviço público, eis que é

⁵ Considera-se baixado os processos remetidos a outros órgãos judiciais competentes, remetidos a instâncias superiores, arquivados definitivamente, os que houveram decisão transitada em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução. Não se constituem baixas remessas para cumprimento de diligências e as entregas para carga ou vista.

uma função essencial e exclusiva do Estado.

Portanto, a prestação jurisdicional integra o serviço público essencial e sua ineficiência pode ser caracterizada como serviço público defeituoso, causando a responsabilidade do Estado.

Analisando aquele dispositivo constitucional, José da Silva Pacheco fornece a interpretação no sentido de que, “tendo sido adotado a expressão serviço público, há que se concebê-la como gênero, de que o serviço administrativo seria mera espécie, abrangendo, desse modo, a atividade função jurisdicional e também a legislativa, e não somente a administrativa do Poder Executivo.” (PACHECO, 2010, p. 115).

É certo que, prevendo a Constituição Federal determinado serviço como atribuição específica do Estado, e se entender serviço público como qualquer atividade que tenha como objetivo a tutela do interesse coletivo, pode-se perfeitamente concluir que qualquer atividade dos três Poderes deve ser considerada serviço público e, portanto, no exercício de qualquer uma delas pode eventualmente o Estado provocar danos ao particular.

Assim, a prestação de um serviço público, sobretudo o essencial, deve ser pautada no maior desempenho possível com o menor dispêndio ao erário público, e evidentemente, sendo o Judiciário prestador de um serviço público essencial, estar submetido ao princípio da eficiência. Não se pode olvidar que, estando todos os administradores sujeitos ao princípio da eficiência, os agentes judiciários também devem estar, e com as mesmas responsabilidades dos demais agentes estatais, sendo, inclusive, considerado o magistrado como um agente estatal.

Toda a atividade jurisdicional deve ser considerada como serviço público, cabendo a aplicação do artigo 37, § 6º., da Constituição Federal, e por isso, caso o serviço defeituoso provoque dano, ensejará responsabilidade. Nesse sentido Sérgio Cavalieri Filho:

[...] já ficou assentado que o arcabouço da responsabilidade estatal está estruturado sobre o princípio da organização e do funcionamento do serviço público. E, sendo a prestação da Justiça um serviço público essencial, tal como os prestados pelo Poder Executivo, não há como e nem se pode querer escusa o Estado de responder pelos decorrentes da negligência judiciária, ou do mau funcionamento (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 266).

No caso de morosidade processual, o Estado deve responder objetivamente quando decorrente de deficiência no aparelhamento do Poder Judiciário, ou ainda no caso de culpa ou dolo do magistrado. O Estado deve ser objetivamente responsabilizado mercê da aplicação da teoria do risco administrativo, fundado na atividade, pois se o Estado assumiu para si a função de prestar a tutela jurisdicional, os defeitos e falhas só podem ser reparados pelo próprio Estado, e em havendo culpa ou dolo do agente, o Estado poderá responsabilizá-lo regressivamente, aplicando-se a teoria subjetiva, conforme determina a Constituição. Resumidamente, na relação Estado/terceiro aplica-se a teoria objetiva, e para Estado/agente a teoria subjetiva.

Vários doutrinadores defendem que o Estado deve ser responsabilizado objetivamente, inclusive devendo a indenização ser estendida a terceiro interessado.

Para Paulo Hoffman:

Diante do novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF, com a previsão da duração razoável do processo como garantia constitucional do cidadão, nosso posicionamento é cristalino no sentido de que o Estado é responsável objetivamente pela exagerada duração do processo, motivada por dolo ou culpa do Juiz, bem como por ineficiência da estrutura do Poder Judiciário, devendo indenizar o jurisdicionado prejudicado – autor, réu, interveniente ou terceiro interessado- independentemente de sair-se vencedor ou não da demanda, pelos prejuízos materiais e morais (HOFFMAN, 2012, p. 207).

Há na literatura doutrinadores que defendem a responsabilidade subjetiva do Estado quando da demora processual, sob o argumento de que deve evitar-se que o Estado seja responsabilizado arbitrariamente pela demora para a qual não concorreu. O argumento não se sustenta, porque o desatendimento dos prazos processuais, notadamente por carência de pessoal e estrutura, é responsabilidade imputada ao próprio Estado.

Por outro lado, há doutrinadores que defendem a parcial responsabilização do Estado.

Araken de Assis chama a atenção para reflexão se o Estado é o único responsável pela delonga processual, questionado se este deve responder sozinho, pois o comportamento das partes certamente influi na celeridade processual.

Não pode surpreender a ninguém a principal conclusão dos primeiros ensaios acerca do direito fundamental à duração razoável do processo. Atribui-se ao Estado, unanimemente, responsabilidade civil e o lesado a pretensão a reparar o dano. Indubitável que seja a consequência - e, naturalmente, o assunto reclama maior ponderação-, não deixa de contradizer o referido direito; dificilmente as demandas dos incontáveis prejudicados contribuirão com a diminuição do número de feitos e, portanto, com a brevidade para os demais processos pendentes (ASSIS, 2012, p. 207).

Admitindo que a parte litigue com abuso processual, deve esta indenizar, e conseqüentemente a indenização do Estado restará mitigada.

7.2 Teses contrárias à responsabilidade do estado por atos jurisdicionais

As principais teses contrárias à responsabilização do Estado que merecem ser analisadas são: a) a atividade judiciária não é serviço público; b) a soberania do Poder Judiciário; c) a independência da magistratura; d) a ausência de texto legal; e) a incontrastabilidade da coisa julgada.

A primeira tese já foi aqui tratada, ficando verificado, a nosso ver, que a atividade judiciária deve ser considerada como serviço público. Vejam-se as demais.

a) *A soberania do Poder Judiciário*

Uma das principais correntes doutrinárias é a da irresponsabilidade estatal por atos do Poder judiciário. Por essa tese, o Poder Judiciário é soberano, e por isso não é admitida a responsabilidade de nenhum de seus agentes. Esta tese, já superada, não tem como subsistir, pois a soberania não é privilégio do Judiciário, mas sim do próprio Estado. Como ensina Cavaliere Filho:

[...] além da imprecisão do vocábulo “soberania”, e da polêmica existente em torno do seu sentido, como considerar o Judiciário um poder soberano sem situar no mesmo patamar os outros dois poderes? O Judiciário não é um superpoder colocado sobre os outros (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 261).

A soberania é atributo do Estado e não de seus Poderes. Os três Poderes “agem no desempenho da soberania do Estado, não sendo isoladamente soberanos, aparecendo nítida nas relações externas com outros Estados” (DI PIETRO, 2004, p. 558).

A ideia da soberania dos Poderes com base na soberania estatal é totalmente ultrapassada, haja vista que, se fosse aplicada, deveria ser da mesma maneira nos três Poderes, face ao princípio da isonomia.

b) *A independência da magistratura*

Não se questiona que a independência dos magistrados seja essencial na aplicação da Justiça. Entretanto, a independência do juiz não foi criada para deixá-lo isento de responsabilidade, mas tão-somente para que suas decisões sejam livres e isentas de coação em qualquer ordem.

A independência do magistrado pode ser vista na esfera política e jurídica. “Na esfera política resguarda seu julgamento da influência dos demais Poderes sob a ótica da inamovibilidade, irredutibilidade e vitaliciedade, ao passo que a jurídica atinge o exercício de suas funções baseado na lei e nos princípios gerais do direito” (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 289).

Ainda, o magistrado deve ser considerado agente público, pois exerce um cargo criado por lei e subordina-se administrativamente ao Poder Judiciário. Contudo, é correto afirmar que se o magistrado não agir com culpa ou dolo e observar os prazos processuais estabelecidos, não há que se falar em responsabilidade pessoal.

Já, em caso de dano causado por culpa impessoal do serviço público ou atuação irregular dos serventuários da Justiça ou mesmo do magistrado que caracterizem a demora processual, aplica-se o artigo 37, § 6º., da Constituição Federal.

c) *A ausência de texto legal*

O argumento de ausência de texto legal parte da tese do “*Il n’y a pas de responsabilité sans texte*”, adotada por Tribunais franceses no início do século XX, há muito foi abandonada.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma “não crer que possa, no moderno Estado de Direito, colocar qualquer dúvida sobre a existência do princípio da responsabilidade do Estado nos casos em que falte texto expresso dispondo sobre a matéria” (MELLO, 2003, p. 859).

O que se deve observar é que aquela norma é autoaplicável, possuindo eficácia plena para todas as atividades judiciais danosas, incluindo a morosidade processual. A responsabilidade estatal é a regra e não a exceção. O que deveria estar expresso em lei são os casos de não aplicação da responsabilidade estatal, e não o contrário.

d) *A incontestabilidade da coisa julgada*

Incontestabilidade é sinônimo daquilo que não se pode superar, anular.

Com essa afirmação era defendida a irresponsabilidade do Estado, porque a coisa julgada atingiria a condição de verdade incontestável.

Contudo, o argumento não procede, pois a responsabilização do Estado pela prestação tardia, nenhuma mudança causa no conteúdo da coisa julgada, agora imutável. Todavia, se a demora causar dano ao jurisdicionado, nada mais justo que o Estado seja responsabilizado, pois não é possível imaginar que o instituto da coisa julgada possa excluir liminarmente a responsabilização estatal.

Portanto, a coisa julgada é resultado das decisões judiciais, sendo ato destinado à pacificação social, não podendo, por outro lado, limitar a responsabilidade do Estado quando estes mesmos atos, de maneira tardia, causem dano à parte, pois um dos motivos pelos quais o Estado foi criado é a pacificação social e não o direito incontestável de promovê-la tardiamente.

7.3 O argumento da carência de recursos e excesso de demanda

A carência de recursos humanos e materiais no Judiciário é apontada como um dos principais argumentos justificadores da impossibilidade de aplicação do mandamento da duração razoável do processo.

Frederico Augusto Koehler defende posição contrária ao afirmar que:

Parte da doutrina sustenta que a ausência de recursos públicos faz com que existam limites reais, e por isso entrará em cena a ideia da reserva do possível como excludente de responsabilidade do Estado. Contudo, a administração Pública está obrigada a garantir a tutela jurisdicional com a rapidez que permita a duração razoável dos processos, ainda quando a dilação se deva a carências estruturais da organização judicial, pois não é possível restringir o alcance de seu conteúdo deste direito, dado o lugar que a reta e eficaz prestação jurisdicional ocupa em uma sociedade democrática. A consideração da insuficiência dos meios disponíveis ou o imenso volume de trabalho que pesa sobre determinados órgãos judiciais pode isentar juízes pelos atrasos, mas não priva o cidadão de reagir frente a tal demora, nem permite considerá-la inexistente (KOEHLER, 2013, p. 133).

A carência de recursos não justifica e nem exclui a responsabilidade do Estado, pois a celeridade deve ser vista como garantidora da aplicação dos demais direitos fundamentais quando perseguidos em Juízo. A carência da estrutura judiciária não pode ser alegada como justificativa

para a morosidade, o que significaria a violação do próprio conteúdo essencial do direito, ou seja, um processo em tempo razoável.

CONCLUSÃO

Não são novos os debates acerca da morosidade processual. Trata-se de fenômeno antigo em vários ordenamentos jurídicos. No entanto, a morosidade processual atingiu no Brasil padrões impossíveis de ser tolerados, sobretudo por aqueles que necessitam de urgência na resposta do Estado. O tempo médio para baixa em 1ª. instância de um processo de conhecimento no Judiciário brasileiro é de 2,53 anos.

Ainda não há conceito definitivo sobre a razoável duração do processo. Um dos “melhores” critérios para verificação do que seria razoável é utilizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo tais critérios utilizados em diversas Cortes Supremas da Europa. Países como Argentina, Espanha e Itália promoveram avanços em reconhecer o direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. Essa evolução fica mais evidente quando editada lei infraconstitucional, como no caso da Itália.

As teorias que defendem a irresponsabilidade estatal: a) soberania do Poder Judiciário; b) independência da magistratura; c) ausência de texto legal; d) incontestabilidade da coisa julgada; não são suficientes para eximir o Estado de responsabilidade, pois nenhuma é capaz de superar a incontestável verdade de que o Poder Judiciário é prestador de serviço público, não podendo eximir-se do artigo 37, §,6º, da Constituição Federal.

O argumento da carência de recursos e excesso de demanda só demonstra a prestação defeituosa do serviço, servindo apenas para isentar a responsabilidade pessoal do magistrado, mas não a do Estado.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à Justiça em um prazo razoável**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual. *In*: JOBIM, Marcos Félix. **O direito a razoável duração do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1 Turma). Recurso Especial 714.710/MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 06 de mar. de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, 7 fev. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 9 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus

123925. Relator: Ministro(a) Rosa Weber. Brasília, DF, 23 de mar. de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, 14 abr. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 26 jun. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição de motivos nº204/2004**: Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano. Brasília, DF: Câmaras dos Deputados, 2004. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em: 22 jun. 2017.

CÂMERA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v.1. *In*: JOBIM, Marcos Félix. **O direito a razoável duração do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 61.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMISSÃO EUROPÉIA. **Effective justice**. Bruxelas, abr. 2015. Disponível em: http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2015_pt.pdf. Acesso em: 12 jun. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2013**. Brasília: CNJ, 2013. p. 300. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf. Acesso em: 26 jun. 2017.

DALMOTTO, Eugenio. Diritto all'equariparazione per l'eccessiva durata del processo. *In*: CHIARLONI, Sergio. **Misure acceleratorie e riparatori e contro l'irragionevole durata dei processi**. Torino: Giappichelli, 2002. p.173-174.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 12.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 90.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ESPAÑA. **Constitución Española de 1978**. Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/>. Acesso em: 17 jun. 2017.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Recurso de Amparo 3.685-1994. Sentencia 180/1996 de 12 nov. de 1996. **Boletín Oficial del Estado**, Madri, ES, n. 303, 17 dez. 1996. Disponível: <http://www.hj.tribunalconstitucional.es>. Acesso em: 17 jun. 2017.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Recurso de amparo 5727-2010. Sentencia 99/2014. **Boletín Oficial del Estado**, Madri, ES, n. 177, 22 jul. 2014. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es>. Acesso em: 17 jun. 2017.

FERREIRA, Camille Gonçalves Javarine. **Razoável duração do processo e responsabilidade civil do Estado**. 2013. Monografia (Especialização) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

HOFFMAN, Paulo. Razoável duração do processo. São Paulo: QuartierLatin, 2006. *In*: JOBIM,

Marcos Félix. **O direito a razoável duração do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 99.

ITÁLIA. Legge Pinto. Lei n. 89 di 24 mar. 2001. Previsione di équa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 de código di procedura civile. **G.U.**, Roma, 3 abr. 2001. Disponível em: <http://www.gov.it>. Acesso em: 23 jun. 2017.

JOBIM, Marcos Félix. **O direito a razoável duração do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 35.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativa**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PACHECO, José da Silva. **A nova Constituição e o problema da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCABORA, Casellato Filipe. Responsabilidade civil do Estado e a morosidade processual. **Revista de direito dos monitores da Universidade Federal Fluminense**, Rio de Janeiro, ano 4, n.10, p. 1 - 40, abr. 2011.

VALENTE, Rachel Soares. **Responsabilidade civil do Estado por violação ao direito à razoável duração do processo**. 2008. Monografia (Especialização) - Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2008.

VIANA, Adriana Grandinetti. **A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

Como citar: MARQUESI, Roberto Wagner; BONTEMPI, Alessandro. Morosidade processual e a responsabilidade civil do estado. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 139-159, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p139. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 15/07/2017.

Aprovado em: 13/02/2019.

A EXTENSÃO DO OBJETO DA AÇÃO POPULAR AMBIENTAL DIANTE DO MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO

THE EXTENT OF THE OBJECT FROM THE ENVIRONMENTAL
CLASS ACTION LAWSUIT AGAINST THE COLLECTIVE MICRO
SYSTEM PROCESS

Leonardo Cordeiro de Gusmão*
Beatriz Souza Costa**

Como citar: GUSMÃO, Leonardo Cordeiro de; COSTA, Beatriz Souza. A extensão do objeto da ação popular ambiental diante do microsistema do processo coletivo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 160-178, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p160. ISSN: 1980-511X.

*Advogado. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce.

E-mail: leonardodegusmao.
adv@gmail.com

** Pós-Doutora em Direito Ambiental pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Pró-reitora de Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professora do Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Hélder Câmara.

E-mail: biaambiental@
yahoo.com.br

Resumo: A democracia se fortalece pelo exercício da cidadania, consolidando a Soberania Popular por meio da atuação solidária voltada para o bem-estar da coletividade. Só assim será dada máxima eficácia aos direitos fundamentais que compõem a dignidade da pessoa humana. No que se refere ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a ação popular é de suma importância, devendo seu objeto ser interpretado ampliativamente. Para tanto, deve o intérprete considerar a Teoria do Diálogo das Fontes e aplicar o Microsistema do Processo Coletivo. Será demonstrado, a partir do método jurídico de raciocínio dedutivo com pesquisa qualitativa, descritiva e explicativa, mediante uma análise bibliográfica e documental, o cabimento da ação popular também contra omissão lesiva ao meio ambiente, revelando que seu objeto não se limita ao pedido anulatório de ato lesivo. Discorre-se, após, até a conclusão de que é possível qualquer tipo de tutela – obrigação de fazer, de não fazer e condenação em pagar – eficaz na prevenção ou reparação de danos a direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, que tenham origem em lesão ou ameaça de lesão ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras-chave: Ação popular ambiental. Extensão do objeto. Microsistema do processo coletivo.

Abstract: Democracy gets stronger when citizens exercise their

rights, such as with the popular vote as a means of upholding society's best interest. Likewise, it's the only practical way that gives maximum effectiveness for fundamental rights as it's also an essential component of human dignity. Furthermore, environmental wellness is also an important right and popular action is necessary in order to guarantee and protect it. Therefore, the interpreter of law needs to understand the 'Theory of the Dialogue of the Sources', and the Micro System Collective Process to better guarantee these rights. Furthermore, with the legal method of deductive reasoning and from the perspective of a qualitative, descriptive and explanatory research, this paper shows that the goal of popular action isn't limited to the withdraw request of the aggrieved party. This leads to the conclusion that it is possible to protect these rights with other legal means equally effective in the prevention or reparation of damages caused by irresponsible acts to diffuse, collective and individual homogeneous rights – all of which originate from an injury or threat of injury to the fundamental right of the wellness of the environment. This paper utilized literature review to better grasp and understand this important theme.

Keywords: Environmental popular action. Extent of the object. Micro system collective process.

INTRODUÇÃO

O texto Constitucional assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225, *caput*), considerando-o bem de uso comum do povo essencial à manutenção da sadia qualidade de vida e, portanto, à efetivação da dignidade da pessoa humana. Sendo o meio ambiente um bem difuso, a Constituição atribui ao poder público e a toda a coletividade o dever de protegê-lo contra sua exploração irresponsável, na intenção de preservá-lo em boas condições para as futuras gerações (BRASIL, 1988).

Ressalta também que a fonte de todo poder constituído é o povo – soberania popular (artigo 1º, parágrafo único) –, que pode exercê-lo por meio de seus representantes eleitos ou diretamente. Nesse contexto, a cidadania é qualificada como valor fundamental do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput* e inciso II), sendo a formação de uma sociedade solidária considerada um objetivo fundamental (artigo 3º, inciso I) (BRASIL, 1988).

Visando dar efetividade ao exercício da cidadania, a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) disponibiliza aos cidadãos meios de influenciar nas três esferas de poder do Estado – executivo, legislativo e judiciário –, no intuito de garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º), tendo em vista que a preservação do núcleo deles é imprescindível ao alcance da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). A ação popular é um instrumento que tem tal finalidade, sendo que seu exercício depende de uma iniciativa que revela solidariedade do cidadão em relação à coletividade e, segundo a literalidade do artigo 5º, inciso LXXIII, destina-se à anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao meio ambiente e patrimônio cultural.

Tal ação coletiva está regulamentada pela Lei 4.717/65, que por ser anterior à promulgação da Constituição e não ter sofrido a necessária alteração legislativa, delimita como objeto do citado remédio constitucional apenas a proteção ao patrimônio público, não abrangendo a tutela ambiental e nem da moralidade administrativa (BRASIL, 1965). No entanto, doutrina e jurisprudência, consubstanciadas na Teoria do Diálogo das Fontes, reconhecem a existência de um “Microsistema do Processo Coletivo”, cujo núcleo normativo é composto pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) (BRASIL, 1990) e Lei 7.347/85 (Lei de ação civil pública) (BRASIL, 1985).

No que se refere precisamente ao direito/dever de preservação do meio ambiente, a Constituição (artigo 225) e a legislação infraconstitucional (BRASIL, 1981) determinam que todos – Estado e coletividade – devem adotar medidas contra a concretização dos riscos de danos ao meio ambiente, seja sua ocorrência certa ou incerta (Princípio da Precaução). Ademais, reconhecem que aquele que degradar o meio ambiente estará obrigado a recuperá-lo, além de reparar os danos causados a terceiros. Ressaltam, pois, que o poluidor ficará sujeito a sanções penais e administrativas, sem prejuízo da responsabilidade civil por todos os danos decorrentes da degradação ambiental.

Pretende-se com o presente artigo, valendo-se do método jurídico de raciocínio dedutivo com pesquisa qualitativa, descritiva e explicativa, mediante uma análise bibliográfica

e documental, analisar o conteúdo decisório formado no acórdão publicado na apelação cível 1.0672.14.032556-0/001, publicado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no dia 17/02/2017, no qual se reconheceu a possibilidade de propositura de ação popular para impugnar omissão lesiva à moralidade administrativa (MINAS GERAIS, 2017).

A partir do citado precedente, discorrer-se-á sobre a real extensão do objeto da ação popular ambiental, averiguando se seu objeto pode ser limitado à declaração de nulidade de ato lesivo ao direito ao meio ambiente equilibrado. Considerando a contextualização ora exposta, passa-se adiante à efetiva análise do *ratio decidendi* contida no acórdão mencionado no parágrafo anterior.

1 RATIO DECIDENDI CONSTANTE NO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO CÍVEL 1.0672.14.032556-0/001/MG

Em princípio, faz-se necessário destacar que a apelação cível 1.0672.14.032556-0/001/MG foi apresentada na intenção de impugnar sentença que extinguiu, sem resolução do mérito, ação popular ajuizada em desfavor do Município de Sete Lagoas/MG. Na petição inicial da ação coletiva o cidadão pediu pela declaração judicial reconhecendo a omissão lesiva à moralidade administrativa por parte da administração pública, uma vez que ao não promover a unificação da bilhetagem eletrônica no sistema de transporte coletivo municipal, deixou de atuar em prol do interesse público, causando prejuízos ao consumidor. Fundamentou seu pedido em lei municipal que determina a realização da unificação, pleiteando também pela imposição de tutela específica obrigando o município a concretizar o mandamento legal.

Ao proferir sua sentença o juízo da Vara da Fazenda e Autarquias da Comarca de Sete Lagoas/MG extinguiu a ação popular sem resolução do mérito, sob o fundamento de que o autor não demonstrou a intenção de proteger o patrimônio público e nem comprovou eventual lesividade aos cofres públicos. Instado a se manifestar em grau recursal, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob a relatoria do Desembargador Raimundo Messias Júnior, deu provimento à apelação ao concluir que a ação popular é cabível quando a suposta lesão for produto de omissão do ente ou autoridade pública, sendo esta a situação do caso concreto.

Na fundamentação do acórdão o relator aduziu que por se tratar de instrumento que visa tutelar direitos fundamentais a ação popular não pode ser interpretada restritivamente:

Não se pode esquecer que a ação popular, assim como o mandado de segurança e o mandado de injunção, tem dignidade constitucional de garantia constitucional fundamental e é instrumento de tutela dos direitos primaciais da sociedade, razões pelas quais não é compatível interpretação restritiva a seu respeito. (MINAS GERAIS, 2017).

Nesse contexto, ficou reconhecida a viabilidade da tutela coletiva da moralidade administrativa sem necessidade do autor demonstrar a lesividade ao erário, considerando que o artigo 5º, LXXIII da Constituição possibilita à ação popular impugnar atos comissivos e/ou

omissivos que sejam lesivos não apenas ao patrimônio público, mas também, de forma autônoma, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente. Ao proferir o julgamento, fez-se, ainda, referência a entendimento similar firmado no recurso especial 889.766, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça sob a relatoria do Ministro Castro Alves, no qual se afirmou que “A ação popular é o instrumento jurídico que deve ser utilizado para impugnar atos administrativos omissivos ou comissivos que possam causar danos ao meio ambiente” (BRASIL, 2007).

Consoante o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. 2. Tais lesões também podem decorrer de omissão, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 889.766/SP (MINAS GERAIS, 2017).

Nesse contexto foi dado provimento ao recurso, determinando o retorno dos autos ao juízo de 1ª instância para que fosse promovido o julgamento do mérito da causa. Com isso, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais consolidou em precedente judicial amparado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que é possível a propositura de ação popular tendo como objeto a impugnação de atos comissivos ou omissão lesiva ao patrimônio público, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente, não sendo, por consequência, imprescindível a existência de dano ao erário e nem o pedido visando o reconhecimento da nulidade de ato administrativo – este é o *ratio decidendi* do acórdão.

Atente-se, ademais, que em se tratando de ação popular ambiental que visa impugnar omissão lesiva ao meio ambiente, será juridicamente impossível o pedido de reconhecimento de nulidade, o qual se vincula à prática de um ato comissivo ilegal. Nesse sentido, como primeira premissa à conclusão deste trabalho tem-se a compreensão de que a ação popular ambiental pode ser ajuizada contra quem tenha praticado ato lesivo ao meio ambiente ou que, por ser omissivo no cumprimento de sua obrigação, tenha dado causa à lesão.

O precedente judicial assinalado, portanto, deixou claro que a existência de pedido anulatório não é imprescindível à ação popular ambiental, a qual deve ser interpretada de forma ampliativa no intuito de proteger efetivamente o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, mediante a tutela jurídica que se revelar necessária para tanto. A referida interpretação deve prezar pela unidade das normas constitucionais, na forma exposta pelo tópico seguinte.

2 DO PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

No tópico anterior constatou-se que de acordo com a jurisprudência a ação popular ambiental não pode ser interpretada restritivamente, de modo que seu objeto não fica restrito à anulação de ato lesivo, sendo possível seu ajuizamento também em face de omissão lesiva ao meio ambiente.

Agora, faz-se necessário realizar uma interpretação sistemática do texto constitucional, no intuito de verificar a adequação de tal entendimento judicial, abordando os princípios constitucionais pertinentes.

Na formação da norma jurídica, especialmente quando o caso concreto exigir a determinação da amplitude de direito e/ou garantia fundamental, o intérprete deve realizar uma interpretação sistemática das normas constitucionais, de modo a preservar a coerência e a integridade do direito, aplicando o Princípio da Unidade da Constituição. Para o alcance dos valores e objetivos constitucionais, portanto, não é suficiente o exercício de uma interpretação puramente literal de determinado enunciado normativo constitucional, em especial quando se tratar de direitos e garantias fundamentais, que demandam uma interpretação ampliativa.

O intérprete norteará sua atuação considerando os valores e objetivos fundamentais trazidos pelo texto constitucional. Assim, deve-se dar ênfase à Soberania Popular (artigo 1º, parágrafo único da Constituição) de modo a garantir maior alcance ao Princípio da Cidadania (artigo 1º, II, da Constituição), ressaltando a necessidade de se efetivar o Princípio da Solidariedade (artigo 3º, I, da Constituição), em prol dos valores consubstanciados pelo Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da Constituição), os quais são essenciais à Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III, da Constituição) (BRASIL, 1988).

Mister que numa democracia moderna seja garantido ao cidadão o direito de participar de forma relevante das questões de interesse coletivo, garantindo-lhe a possibilidade de interferir nos assuntos públicos, inclusive para se manifestar diretamente sobre determinados temas (plebiscito; referendo; iniciativa popular; audiências públicas), bem como impugnar judicialmente por meio de ação popular, atos ou omissões lesivas ao patrimônio público, à moralidade administrativa ou ao meio ambiente.

Ao fazer referência à Teoria da Democracia Deliberativa, de Jürgen Habermas, Luiza Landerdahl Christmann diz que “O procedimentalismo da Teoria Deliberativa reinsere a dimensão social, colocando o discurso na esfera pública como um meio para atingir decisões coletivas através da participação de uma pluralidade de atores sociais” (CHRISTMANN, 2013, p. 3-4).

Por se tratar de instrumento vinculado ao exercício da cidadania, pode-se dizer que a ação popular é uma garantia fundamental disponibilizada aos cidadãos para fortalecer sua participação no âmbito de uma democracia, possibilitando que eles se insurjam contra atos ou omissões lesivas ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao meio ambiente.

Numa democracia deliberativa a participação cidadã não pode estar limitada ao voto, às deliberações dos representantes eleitos e nem mesmo à realização de manifestações relativas a decisões do Poder Executivo (plebiscito; referendo; audiências públicas), devendo abranger também uma atuação proativa perante o Poder Legislativo (projeto de lei de iniciativa popular) e o Poder Judiciário (ação popular).

Da mesma forma, não basta o reconhecimento do direito formal de participação, devendo-sedar extensão máxima do Princípio da Cidadania por intermédio de sua efetiva aplicação em situações concretas, sob pena de se suprimir casuisticamente o núcleo de direitos e garantias

fundamentais, em desrespeito ao mandamento do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição. Vale citar, neste momento, os ensinamentos de José Adércio Leite Sampaio:

[...] o princípio do Estado Democrático de Direito não se consola apenas com a figura da representação política formal, exigindo simultaneamente a participação popular e a colaboração judicial responsável nos exercícios de concretização dos direitos fundamentais. (SAMPAIO, 2003, p. 93).

O artigo 225 da Constituição representa o centro normativo relativo à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo que os instrumentos que se prestem a garantir a eficácia de tal direito devem ser interpretados em conformidade com tal dispositivo, dando unidade e coerência às normas constitucionais. Extremamente equivocada, assim, a interpretação meramente literal (restritiva) do artigo 5º, LXXIII, no sentido de que a ação popular deveria, necessariamente, intentar anular ato lesivo ao meio ambiente.

Do corpo do artigo 225 retiram-se os Princípios da Gestão Compartilhada do Meio Ambiente (Participação Popular), da Prevenção, da Prevenção e do Poluidor-Pagador, servindo ele também como fundamento para a responsabilidade civil objetiva e integral do agente poluidor, no que tange aos danos decorrentes da degradação ambiental que sua atividade ou inatividade proporcionou.

Nesse sentido, qualquer medida que seja eficiente para impedir a concretização de riscos de danos incertos que possuam fundamento científico razoável, em mitigar ou evitar a ocorrência dos danos certos, ou ainda, que tenha por finalidade a reparação de danos ambientais efetivos e de outros danos que sejam consequência da degradação, são manejáveis através de ação popular ambiental. Vale trazer aos autos, pois, alguns ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que a ação popular visa à prestação de tutela jurisdicional *típica* – sua finalidade constitucionalmente marcada delimitaria o âmbito de providências que poderiam ser obtidas mediante seu exercício. É preciso, contudo, *ir além da interpretação meramente gramatical*. É que a *finalidade* da ação popular está em tutelar a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural. Dessa forma, *todas as tutelas do direito que podem ser prestadas a esses bens jurídicos podem ser obtidas mediante ação popular*. É cabível, por exemplo, obtenção de *tutela inibitória* – que é sabidamente *preventiva* e em nada se assemelha à anulação – para tutela da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural mediante ação popular. Uma interpretação mais arejada do sistema processual civil abona semelhante solução (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 781-782).

Relevante frisar, agora, que o direito fundamental à prestação jurisdicional, constante no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, não visa apenas garantir o acesso formal à justiça, mas também a adequação e efetividade da tutela jurídica. No ordenamento jurídico brasileiro a

tutela jurídica é a mais ampla possível, sendo possível a defesa de direitos individuais e coletivos (difusos; coletivos em sentido estrito; individuais homogêneos) (BRASIL, 1988).

Qualquer tutela – seja ela declaratória, inibitória, reparatória ou específica – hábil à preservação e defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser pleiteada em ação popular ambiental, caso contrário não se estará garantindo efetividade ao instrumento processual e ao direito fundamental.

Da interpretação conjunta do artigo 5º, § 1º e artigo 225, §1º e incisos, da Constituição, chega-se à conclusão de que o Poder Público está obrigado em todas suas esferas – executiva; legislativa; judiciária – a promover as medidas legalmente hábeis no intuito de proteger e defender de forma eficiente o meio ambiente.

Nessa perspectiva, como segunda premissa pode-se dizer que uma interpretação ampliativa da ação popular ambiental, reconhecendo-se a possibilidade de seu objeto envolver todo tipo de tutela jurídica que se mostre útil à preservação e defesa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou à efetiva reparação dos danos decorrentes de degradação ambiental, é mais coerente com a Soberania Popular, com o Estado Democrático de Direito e também com os princípios da cidadania, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

A interpretação restritiva – limitando o objeto da ação popular à invalidação de atos comissivos lesivos ao meio ambiente –, viola o direito fundamental à prestação jurisdicional eficiente, importando numa proteção insuficiente. Isso porque retiraria efetividade da ação popular ambiental ao restringir de forma inconveniente o exercício da cidadania, na contramão do ideal de uma democracia participativa. Urge a necessidade, agora, de analisar quais normas legais podem reger a ação popular, tendo em vista sua essencialidade à elucidação da problemática acerca da extensão de seu objeto.

3 TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES E APLICAÇÃO DO MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO À AÇÃO POPULAR AMBIENTAL

Até o momento se evidenciou que de acordo com a jurisprudência a ação popular ambiental deve ser interpretada de forma ampliativa, não podendo seu objeto ficar restrito apenas à anulação de ato lesivo, sendo possível também a impugnação de omissão lesiva ao meio ambiente por meio da tutela jurídica que se revelar eficiente para tanto.

Destacou-se que o entendimento exposto pelo parágrafo anterior confere coerência e integridade ao direito, uma vez que preza pela unidade constitucional, levando em consideração a centralidade do artigo 225 da Constituição no que se refere à tutela do meio ambiente, além de dar ênfase à Soberania Popular e ao Estado Democrático de Direito, efetivando os princípios da cidadania, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Preserva-se, ademais, o núcleo do direito fundamental à prestação jurisdicional.

Nesse momento se faz pertinente demonstrar quais são as fontes normativas que dão sustentação à ação popular ambiental, possibilitando a formulação de pedidos de obrigação de

fazer, de não fazer e de condenação em pagar dinheiro.

Não é incomum, na prática, que diante de um caso concreto o intérprete se depare com lacunas legislativas ou com a convergência de leis capazes de realizar a tutela do bem jurídico ameaçado ou lesado. Compreende-se, atualmente, que quando a situação envolver diversas fontes legislativas – leis especiais e/ou gerais – que possuam campos de aplicação convergentes, as normas serão aplicadas conjuntamente, de forma coerente e coordenada, em conformidade com a Teoria do Diálogo das Fontes. De acordo com Cláudia Lima Marques, somente assim é que se dará coerência ao direito e se preservará sua integridade (MARQUES, 2016, p. 135).

Em relação à aplicabilidade da Teoria do Diálogo das Fontes nas hipóteses de lacunas legislativas ou de convergências de leis, são relevantes as lições dadas pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591/DF, explicitando que as normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às instituições financeiras:

[...] A Emenda Constitucional 40, na medida em que conferiu maior vagueza à disciplina constitucional do sistema financeiro (dando nova redação ao art. 192) tornou ainda maior esse campo que a professora Cláudia Lima Marques denominou “diálogo entre fontes” – no caso, entre a lei ordinária (que disciplina as relações consumeristas) e as leis complementares (que disciplinam o sistema financeiro nacional). Não há, *a priori*, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em “influências recíprocas”, em “aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente”. (BRASIL, 2006, p. 351).

Em relação à Lei 4.717/65, criada para regulamentar a ação popular, é imprescindível ponderar novamente que ela ainda não recebeu as adaptações necessárias para ficar condizente com a ampliação do objeto de tal garantia fundamental promovida pelo artigo 5º, LXXIII, da Constituição, não estando apta à realização de uma tutela jurídica adequada e eficiente contra atos e omissões lesivas ao meio ambiente. Nessa perspectiva, cabe ao intérprete adotar a Teoria do Diálogo das Fontes com a finalidade de garantir a efetividade da ação popular e da proteção aos direitos fundamentais por ela tutelados.

Ao aplicar a Teoria do Diálogo das Fontes, a jurisprudência considera que as ações coletivas são regidas por normas contidas no denominado “Microsistema do Processo Coletivo”, cujo núcleo é formado pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) (BRASIL, 1990) e pela Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública) (BRASIL, 1985). Tal entendimento é exarado em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, tal como o recurso especial 1.221.254/RS (Min. Rel. Arnaldo Esteves Lima); recurso especial 1.177.453/RS (Min. Rel. Mauro Campbel Marques); agravo regimental no agravo de instrumento 1.249.132/SP (Min. Rel. Luiz Fux). Inclusive, no Informativo de Jurisprudência nº 0568 de setembro de 2015, foi publicado o seguinte:

Ademais, ao se fazer uma interpretação sistemática dos diplomas que formam o microsistema do processo coletivo, seguramente pode-se afirmar que, por força do art. 21 da Lei 7.347/1985, aplica-se o Capítulo II do Título III do Código de Defesa do Consumidor (CDC) à hipótese em análise. Com efeito, a tutela coletiva será exercida quando se tratar de interesses/direitos difusos, coletivos e individuais coletivos, nos termos do art. 81, parágrafo único, do CDC. Assim, necessário observar que, no caso, o interesse tutelado referente à liberação do saldo do PIS/PASEP, mesmo se configurando como individual homogêneo (Lei 8.078/1990), mostra-se de relevante interesse à coletividade, tornando legítima a propositura de ação civil pública pelo *Parquet*, visto que se subsume aos seus fins institucionais. (REsp 1.480.250-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/8/2015, DJe 8/9/2015 (BRASIL, 2015).

À ação popular, portanto, devem ser aplicadas, desde que não promovam uma desnaturação do instituto jurídico, quaisquer normas do Microsistema do Processo Coletivo que sirvam para dar maior efetividade àquela garantia fundamental e ao bem jurídico tutelado por ela no caso concreto. Seguindo essa linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já aplicou normas constantes na Lei 4.717/65 à ação civil pública, devendo a recíproca também ser verdadeira.

O referido raciocínio foi aplicado, por exemplo, no julgamento da apelação cível em reexame necessário de número 1.0342.12.013524-5/002, julgada em 22 de janeiro de 2015 pela Desembargadora Heloísa Combat, por meio da qual se reconheceu a viabilidade de se aplicar a regra da remessa necessária à ação civil pública, fundamentando sua decisão no fato de que sua possibilidade foi garantida em dispositivo constante na Lei de ação popular (4.717/65).

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COMARCA DE ITUIUTABA - RAZÕES DO RECURSO - ART. 514, II, DO CPC - CONHECIMENTO - DIÁLOGO DAS FONTES - AÇÃO POPULAR - REEXAME NECESSÁRIO - INOVAÇÃO - DIALETICIDADE - OBSERVÂNCIA - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - TERMINAL RODOVIÁRIO - TARIFA PARA USO DE SANITÁRIOS NAS DEPENDÊNCIAS DO TERMINAL - ILEGALIDADE DA COBRANÇA NÃO DEMONSTRADA - REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO ESPECÍFICO - PREVISÃO CONTRATUAL E LEGAL - RECURSO NÃO PROVIDO

[...]

Em razão da teoria do diálogo das fontes, tem-se entendido que o microsistema processual da tutela coletiva deve ser regido pela influência subsidiária de seus diversos diplomas, de modo que a remessa necessária assegurada na ação popular pode perfeitamente ser aplicada na ação civil pública. [...] (MINAS GERAIS, 2015).

Muitos outros julgados seguiram o mesmo norte, tais como: 1.0188.15.010614-7/001 (Des. Rel. Corrêa Júnior); 1.0672.14.036495-7/001 (Des. Rel. Mariângela Meyer); 1.0024.10.170890-7/007 (Des. Rel. Mariza Porto); 1.0702.13.054159-3/001 (Des. Rel. Oliveira Firmo); 1.0521.12.002272-3/001 (Des. Rel. Yeda Athias); 1.0701.12.031451-6/002 (Des. Rel. Eduardo Andrade).

Para que seja viável ao intérprete a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, inclusive

no que tange ao Microsistema do Processo Coletivo, exige-se apenas que a norma utilizada não seja incompatível com a ação coletiva que realiza a tutela do caso concreto. Jamais haverá tal incompatibilidade quando a norma aplicada tiver o condão de dar maior efetividade aos direitos que se pretende preservar ou defender. Merecem destaque, pois, os ensinamentos de Cláudia Lima Marques, especificando a possibilidade do diálogo entre leis especiais:

Em resumo, também entre leis especiais há diálogo das fontes: diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementariedade ou subsidiariedade e diálogo de adaptação ou coordenação. Note-se que raramente é o legislador quem determina esta aplicação simultânea e coerente das leis especiais (um exemplo de diálogo das fontes ordenado pelo legislador é o art. 117 do CDC, que mandou aplicar o Título III do CDC aos casos da anterior Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985 [...] (MARQUES, 2016, p. 147).

Pode-se afirmar que em razão da aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, aplicam-se à ação popular ambiental normas contidas no Microsistema do Processo Coletivo – cujo núcleo é o CDC e a Lei 7.347/85 –, desde que não sejam incompatíveis e tragam maior efetividade à proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim sendo, faz-se pertinente uma interpretação conjunta do artigo 1º da Lei 4.717/65; artigo 11 da Lei 4.717/65; artigo 3º da Lei 7.347/85; artigo 81, parágrafo único, I, II e III, do CDC; artigo 83 do CDC; e artigo 84, § 1º e § 2º, do CDC.

Importante ressaltar, por fim, que de uma interpretação dos artigos 5º, inciso XXXV e 129, inciso III, da Constituição, associada com o artigo 1º, inciso IV, da Lei 7.347/85, retira-se o Princípio da Não Taxatividade do Objeto Material da Ação Coletiva (OLIVEIRA, 2011, p. 134), o qual impede uma limitação dos pedidos cabíveis em ação coletiva – tal como a ação popular.

A terceira premissa, portanto, tem origem na Teoria do Diálogo das Fontes e na aplicação das normas nucleares do Microsistema do Processo Coletivo, consistindo no entendimento de que em sede de ação popular ambiental será possível formular qualquer demanda hábil à tutela ambiental que seja pertinente à ação civil pública – obrigação de fazer; obrigação de não fazer; condenação em pagar dinheiro –, dando máxima eficácia à garantia constitucional e à proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Constatado que devido ao Microsistema do Processo Coletivo é possível ao cidadão formular em ação popular ambiental todo tipo de pedido pertinente à proteção do meio ambiente, agora, revela-se indispensável definir os tipos de direitos coletivos (*lato sensu*) que podem ser tutelados na hipótese de ato ou omissão que represente lesão ou ameaça de lesão ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

4 DA AÇÃO POPULAR AMBIENTAL E A TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS, DIREITOS COLETIVOS *STRICTO SENSU* E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Apresenta-se neste trabalho a concepção de que a ação popular ambiental pode ser proposta contra ato ou omissão lesiva ao meio ambiente, podendo o cidadão valer-se de qualquer tutela jurídica que se mostre eficaz para proteger e defender o bem jurídico em questão – obrigação de fazer; obrigação de não fazer; condenação em pagar dinheiro –, o qual se caracteriza por ser essencial à sadia qualidade de vida. Nesse contexto, se rechaça a interpretação restritiva da ação popular ambiental, uma vez que seu objeto não pode ser limitado ou vinculado ao pedido de anulação de ato lesivo ao meio ambiente.

Dando continuidade ao raciocínio que se expõe, importa agora frisar quais as espécies de direitos que podem ser abordados na ação popular ambiental, sem que se transponha a noção de possibilidade jurídica do pedido. O ordenamento jurídico brasileiro admite a tutela de direitos classificados como coletivos (*lato sensu*). De acordo com o artigo 81, I, II e III do Código de Defesa do Consumidor, esses direitos se subdividem em difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, 1990).

O tratamento coletivo de tais direitos diminui consideravelmente o risco de decisões contraditórias envolvendo o mesmo fato jurídico, além de propiciar numa redução do volume de processos, promovendo benefícios como a economia processual e a garantia do acesso à justiça.

Considerando as vantagens da tutela coletiva, o Supremo Tribunal Federal reconheceu no julgamento do recurso extraordinário 441.318, julgado em 25 de outubro de 2005 sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, que “[...] tanto quanto possível, considerado o direito posto, deve ser estimulado o surgimento do macroprocesso, evitando-se a proliferação de causas decorrentes da atuação individual”. (BRASIL, 2005)

Agora, faz-se necessário especificar as diferenças entre direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, o que será feito utilizando-se dos ensinamentos de Leonardo Roscoe Bessa. Os primeiros se caracterizam por envolver direitos metaindividuais originários de um mesmo fato jurídico, cuja natureza seja indivisível, envolvendo pessoas indetermináveis (BESSA, 2016, p. 521). Em tal categoria se enquadra a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado – bem difuso –, seja na intenção de prevenir danos ambientais ou para repará-los.

Os segundos se relacionam com direitos transindividuais considerados indivisíveis, concernentes a um grupo de pessoas determináveis que detêm um vínculo jurídico entre si ou com a parte contrária (BESSA, 2016, p. 522). Como exemplo pode-se citar o caso de pescadores cujo trabalho é impossibilitado em razão de empreendimento que causa dano ambiental ao rio que utilizavam para exercer seu labor.

Por fim, o terceiro tipo de direito coletivo *lato sensu* diz respeito a direitos divisíveis pertencentes a um grupo de pessoas determinadas, que só podem (e recomenda-se) ser tratadas coletivamente porque têm origem num fato comum (BESSA, 2016, p. 524). Um bom exemplo de direito individual homogêneo consiste na reunião de diversas pretensões indenizatórias individuais decorrentes de dano moral causado por um mesmo fato jurídico, tal como a poluição de rio que serve como única fonte de água potável utilizada por determinado município, fazendo com que a população fique dias sem acesso à água encanada, que é um serviço público qualificado como essencial.

Em relação aos direitos coletivos (*lato sensu*) supramencionados, é interessante a colocação de Rodolfo Camargo Mancuso, em especial acerca dos individuais homogêneos e seu tratamento via ação coletiva:

Sob o prisma subjetivo, nos três subtipos há um núcleo comum: todos são interesses concernentes a coletividades numericamente expressivas, mas com diferenças sensíveis: os difusos concernem a sujeitos indeterminados e ligados por circunstâncias de fato; os coletivos em sentido estrito, conquanto também sejam referentes a sujeitos indeterminados, esse universo em certa medida relativiza, porque tais interesses se encontram coalizados num grupo, categoria ou classe, coalizados sob uma certa relação jurídica base; já os individuais homogêneos apenas são manejáveis coletivamente pelo fato de terem uma origem comum, que os aglutina e, assim, consente – ou até recomenda – um trato processual unitário; e também, porque, se tais interesses isomórficos fossem conduzidos ao plano da jurisdição singular, ter-se-ia um litisconsórcio ativo facultativo multitudinário, atritando o disposto no parágrafo único do art. 46 do CPC (MANCUSO, 2015, p. 47).

Importante ressaltar neste momento, mais uma vez valendo-se de informações fornecidas por Leonardo Roscoe Bessa, que em razão de uma equivocada interpretação literal do artigo 3º da Lei 7.347/85, no passado se entendia que em ação civil pública não poderia haver cumulação de pedidos, pois de acordo com o citado dispositivo seu objeto deveria consistir na condenação de dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (BESSA, 2016, p. 527). O dispositivo em questão afirma que “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (BRASIL, 1985).

Já há algum tempo, contudo, o Superior Tribunal de Justiça modificou o entendimento mencionado no parágrafo anterior, o que pode ser observado por ocasião do julgamento do recurso especial 105.215, em 24 de junho de 1997, que tramitou sob a relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (BRASIL, 1997). Nele, compreendeu-se que não se poderia interpretar

restritivamente – de forma literal – a ação civil pública, não devendo dar tanta relevância à conjunção coordenativa “ou”, constante no artigo 3º da Lei 7.347/85. Nesse sentido, afirmou-se que o Ministério Público poderia pedir tanto pelo reconhecimento da nulidade de cláusula contratual abusiva quanto pela condenação ao pagamento de indenizações aos consumidores afetados (BRASIL, 1997).

Da mesma forma, como já frisado tantas vezes neste trabalho, também não se deve fazer uma interpretação restritiva do artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição, o que diminuiria a efetividade da ação popular na tutela de bens que o cidadão tem a responsabilidade constitucional de defender e preservar.

Ao se ponderar acerca do conteúdo do artigo 225, § 3º da Constituição e do artigo 14, § 1º da Lei 6.938/81, deve-se concluir que em se tratando de dano ambiental, compete ao agente poluidor, além de recuperar o meio ambiente degradado – direito difuso –, indenizar terceiros afetados por sua atividade – direito coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, 1988).

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL, 1981).

Atente-se que no dispositivo constitucional ficou dito que o poluidor será responsabilizado civilmente pelos danos causados, não tendo o constituinte realizado qualquer restrição quanto ao tipo de dano resultante da poluição. Por sua vez, a legislação infraconstitucional deixou evidente a necessidade do poluidor também ser responsabilizado pelos danos causados a terceiros, estando tal enunciado normativo em plena consonância com o texto constitucional.

Assim sendo, deve-se possibilitar, via ação popular ambiental, o manejo de pedidos relacionados à prevenção contra danos ambientais – obrigação de fazer ou de não fazer –, à recuperação do meio ambiente degradado – obrigação de fazer e condenação em dinheiro –, e também à obrigação de indenizar os danos causados a terceiros e/ou evitar o agravamento dos mesmos – condenação em dinheiro e/ou obrigação de fazer.

Será possível, aliás, questionar a pertinência de atos que representem custo inadequado, desnecessário ou excessivo ao meio ambiente, realizando uma ponderação entre interesses colidentes com base no Princípio da Ecoproporcionalidade, o qual “Ao exigir a exposição de razões para os objetivos humanos e seus meios [...], contribui para um novo paradigma de regras que disciplinam a interação homem-natureza” (WINTER, 2013, p. 76-77).

Nesse sentido, convém trazer à tona o conteúdo do princípio 10 da Conferência Rio 92 – Princípio da Participação Comunitária –, ressaltando a importância de se garantir a todos os cidadãos efetivo acesso a mecanismos administrativos e judiciais, inclusive no que tange à compensação e reparação de danos:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos. (ORGANIZAÇÃO NACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992)

A partir de determinado dano ambiental ou até mesmo de seu risco, decorrente de ato ou omissão lesiva ao meio ambiente, podem advir pretensões relativas a direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Como quarta premissa, portanto, tem-se a concepção de que em se tratando de ação popular ambiental será possível a tutela de qualquer tipo de direito coletivo *lato sensu*, podendo o cidadão formular pedido de obrigação de fazer, de não fazer e/ou condenatório, relacionado a qualquer dano ou perigo de dano que tenha origem na poluição ambiental ou em seu risco.

Ao se aplicar o entendimento que se expõe, estar-se-á prezando pelo bom funcionamento do Poder Judiciário ao se evitar a proliferação de demandas oriundas do mesmo fato jurídico, possuindo muitas vezes objeto idêntico. Com isso, será dada máxima eficácia a direitos fundamentais, em especial ao acesso à justiça e à defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

CONCLUSÃO

Ao se ponderar acerca das premissas estabelecidas nos tópicos anteriores, chega-se à conclusão de que a análise da amplitude do objeto ação popular ambiental tem como ponto de partida o teor do artigo 225 da Constituição. Tal garantia constitucional deve ser interpretada de forma ampliativa na intenção de se preservar e defender de maneira eficaz o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, haja vista sua essencialidade à sadia qualidade de vida.

Sob tal perspectiva o acórdão resultante da apelação cível 1.0672.14.032556-0/001

reforçou a ideia de que a ação popular não poderia ser interpretada restritivamente, sendo possível a impugnação tanto de atos lesivos quanto de omissão lesiva ao meio ambiente. Diante da impossibilidade de se anular omissão lesiva, afirmou-se, por consequência, que o pedido de anulação de determinado ato não é imprescindível à ação popular ambiental.

A referida interpretação, que formará norma jurídica diante de casos concretos, deve prezar pela coerência e integridade do direito, garantindo unidade constitucional, enfatizando o conteúdo da soberania popular e dos valores do Estado Democrático de Direito, de modo a oportunizar uma ampla efetividade dos princípios da cidadania, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana e da prestação jurisdicional adequada.

Ressaltou-se, também, que em se tratando de processo coletivo, deve-se atentar para a Teoria do Diálogo das Fontes, que deu origem ao “Microsistema do Processo Coletivo”, cuja aplicação é reconhecida tanto pela doutrina quanto jurisprudência, e tem como núcleo normativo a Lei 7.347/85 (Lei de ação civil pública) e Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Ademais, da interpretação conjunta dos artigos 5º, inciso XXXV e 129, inciso III da Constituição, e artigo 1º, inciso IV da Lei 7.347/85, retira-se o Princípio da Não Taxatividade do Objeto Material da Ação Coletiva, que impede a limitação do objeto da ação coletiva. Tal princípio reforça a vedação à interpretação restritiva de garantias processuais constitucionais, sendo coerente com os enunciados contidos no artigo 225, § 3º da Constituição e artigo 14, § 1º da Lei 6.938/81.

Dessa forma, tal como ocorre com a ação civil pública, qualquer pedido atinente à prevenção de danos ambientais – mediante obrigação de fazer ou não fazer –, à sua reparação – obrigação de fazer, de não fazer, de pagar dinheiro –, ou à indenização de danos coletivos ou individuais (homogêneos) que tenham origem no dano ambiental – obrigação de dar dinheiro –, pode ser veiculado em ação popular ambiental.

Por se tratar de garantia fundamental essencial à tutela coletiva do risco (ameaça) de dano ou efetivo dano ao meio ambiente, o objeto ação popular ambiental não pode ser limitado ou vinculado ao pedido de anulação de ato lesivo, sendo possível também a tutela omissões lesivas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, nos termos expostos, chega-se à conclusão de que em ação popular ambiental é cabível a formulação de pedidos de obrigação de fazer, de não fazer e de pagar dinheiro. Pode-se buscar a prevenção ou reparação de danos causados a direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, desde que tenham origem em violação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é essencial à sadia qualidade de vida. Tal perspectiva é imprescindível para proporcionar uma máxima efetividade à ação popular (garantia constitucional) e ao direito fundamental envolvido (meio ambiente).

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. Ação coletiva. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 515-557.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recursos repetitivos. **Informativo de Jurisprudência**, Brasília, n. 568, 3 set. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270568%27>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Brasília: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 105215 – DF**. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do Julgamento: 24 de junho de 1997. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199600534551&dt_publicacao=18/08/1997. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 889766 – SP**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Data do Julgamento: 04 de outubro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=889766&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591– DF**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para Acórdão: Ministro Eros Grau. Julgamento: 7 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2591&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 441318 – DF**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 25 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento?numero=441318&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 28 abr. 2017.

CHRISTMANN, Luiza Landerdahl. Democracia deliberativa e participação popular no licenciamento ambiental do OSX-Estaleiro/SC: desafios e possibilidades. **Revista Veredas do Direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 111-145, 2013. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/issue/view/31/showToc>. Acesso em: 14 abr. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ações constitucionais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherm; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 135-153.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0672.14.032556-0/001 – MG**. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Raimundo Messias Júnior. Data de Julgamento: 07 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0672.14.032556-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 28 abr. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0342.12.013524-5/002 – MG**. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Relator: Desembargadora Heloísa Combat. Julgamento: 22 jan. 2015. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0342.12.013524-5%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 28 abr. 2017.

OLIVEIRA, Adauto José de. **Ação popular ambiental**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio ambiente e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: ONU, 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito fundamental ao meio ambiente saudável, adequado e ecologicamente equilibrado. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 89-111.

WINTER, Gerd. Proporcionalidade “eco-lógica”: um princípio emergente para a natureza? **Revista Veredas do Direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 55-79, 2013. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/issue/view/31/showToc>. Acesso em: 14 abr. 2017.

Como citar: GUSMÃO, Leonardo Cordeiro de; COSTA, Beatriz Souza. A extensão do objeto da ação popular ambiental diante do microsistema do processo coletivo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 160-178, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p160.

ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 29/05/2017.

Aprovado em: 14/01/2019.

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O
ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIOS DE CONCREÇÃO DOS
DIREITOS INDIVIDUAIS, SOCIAIS E COLETIVOS**

THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES AND JUDICIAL
ACTIVISM AS A WAY TO GUARANTEE INDIVIDUAL, SOCIAL
AND COLLECTIVE RIGHTS

Carlos Henrique Solimani*
Juvencio Borges Silva**

* Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP. Especialista em Direitos das Obrigações pela UNESP. MBA Executivo pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Advogado. Email: chsolimani@hotmail.com. Direitos Coletivos e Cidadania. E-mail: chsolimani@hotmail.com

** Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutor pela UNESP, Mestre pela UNICAMP, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos, Docente do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. E-mail: juvencioborges@gmail.com

Como citar: SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvencio Borges. A judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p179. ISSN: 1980-511X.

Resumo: O presente artigo tem como objeto o estudo dos fenômenos da Judicialização das Políticas Públicas e o Ativismo Judicial como meios de concreção dos direitos sociais e coletivos. A discussão da temática é empreendida para demonstrar a ineficiência do Estado em tornar efetiva sua atuação como agente fomentador dos direitos fundamentais e sociais, do progresso, da cidadania, do combate à fome, à miséria, melhoria da saúde, educação. O Poder Judiciário tem-se tornado o último refúgio dos indivíduos na defesa da cidadania frente aos Poderes Executivo e Legislativo. Será objeto de avaliação a interferência do Poder Judiciário na divisão dos poderes, sua legitimidade para agir na linha ora suscitada e da interferência administrativa de suas decisões. Apesar das inúmeras decisões Judiciais ativistas os Poderes Legislativo e Executivo têm mantido sua postura de inércia e ineficiência obrigando a atuação do Poder Judiciário. A discussão da temática será empreendida por meio da revisão da literatura pelo método hipotético-dedutivo, além de dados estatísticos concretos a demonstrar o resultado e conclusão das pesquisas. O tema é absolutamente atual e sua contemporaneidade assim permanecerá por longo tempo enquanto os Poderes Executivo e Legislativo não adotarem Políticas Públicas efetivas e necessárias à concreção dos direitos sociais.

Palavras-chave: Ativismo. Concreção. Direitos sociais. Judicialização. Políticas Públicas.

Abstract: This study explores the rising occurrence of the judicialization of public policies and judicial activism as a means of guaranteeing social and collective rights. This paper demonstrates that the inefficiency of the State as an agent for collective wellbeing promotes fundamental and social rights: such as the right to progress, citizenship, food, healthcare, education, and financial means for fighting against poverty. The judiciary system has become the last beacon of hope for people who suffer from the Executive and Legislative Branch's lack of action. The Judiciary's interference in the division of powers, its legitimacy to act along their lines has given rise to administrative interference. Despite the numerous judicial decisions which interfere in the role of other branches of government, there hasn't been any significant progress in derailing their inertia. This research utilizes literature review and the hypothetical-deductive method to better discuss this important theme, while also using concrete statistical data to demonstrate the results of this research. In conclusion, the topic of study is absolutely changing the way Brazil views its judiciary and acknowledges that the other branches of government have, in theory, important roles in guaranteeing legal rights even if they don't fulfill them as they should.

Keywords: Activism; Concretion; Social Rights; Judicialize; Public Policy.

INTRODUÇÃO

O retorno do Brasil ao regime democrático consolidou-se com a edição da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ponto fundamental no processo de redemocratização da nação. O Estado Democrático de Direito foi estabelecido a partir do preâmbulo da Constituição, destinado a 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 de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A separação dos Poderes, conforme artigo 2º, consolida a condição de serem independentes e harmônicos entre si, todavia a mencionada independência está calcada no sistema de freios e contrapesos - *checks and balances* -, garantindo-se a atuação atípica de cada um dos poderes, conforme autorização constitucional. Vale dizer que cada um dos poderes pode, conforme prerrogativa constitucional, atuar de modo típico quando no exercício preponderante de suas funções constitucionais e de modo atípico quando exerce de modo secundário as funções que são típicas a outro Poder (TEMER, 1992, p. 110).

O Poder Judiciário, por meio de suas atuais atividades, em face da omissão legislativa do Poder Legislativo e administrativa do Poder Executivo, vem ganhando cada vez mais importância no cenário político brasileiro, enaltecendo o tema da judicialização das políticas públicas. As decisões do Poder Judiciário têm sido caracterizadas pela sua natureza política, no sentido de impingir a necessária proteção aos direitos fundamentais e sociais ao cidadão, garantindo-lhe usufruir do direito à proteção da vida por meio da assistência à saúde em tratamentos emergenciais e fornecimento de medicamentos especiais, do direito social da educação básica infantil quando determina a realização de matrículas e abertura de vagas em creches, tal qual constam do artigo 6º da Constituição.

Segundo Barroso (2017, p. 6), a “judicialização e o ativismo judicial são primos”, porém não têm as mesmas origens e as mesmas causas imediatas. A judicialização decorre do modelo constitucional adotado que concede o direito subjetivo de ação em face de uma pretensão resistida, cabendo ao Judiciário decidir no caso concreto. O ativismo judicial decorre da “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, resultado de uma inação do Legislativo “impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2017, p. 6).

A obrigação dos poderes constituídos, especialmente dos Poderes Legislativo e Executivo é o de tornarem concretas as premissas constitucionais, programáticas ou não, contidas na Constituição Federal. O conceito de Políticas Públicas se insere neste contexto de tornar concretos os ditames contidos na Constituição Federal, dando-se efetividade aos direitos nela contidos. Com o advento da Constituição democrática de 1988, havia grande expectativa quanto ao desenvolvimento almejado e que os direitos individuais e sociais alcançariam as pretendidas melhorias no nível de emprego, na distribuição de renda, saúde, educação, segurança, moradia, etc., tornando-se efetiva

a cidadania.

No entanto, em razão de questões complexas como adoção de políticas equivocadas na destinação de recursos públicos, influências econômicas externas decorrentes do fenômeno da globalização, inércia na produção legislativa, entre outros motivos, o Poder Judiciário contemplou a colmatação das lacunas deixadas pelo Executivo e Legislativo, por meio da judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial, consolidando sua importância no contexto atual, não havendo sinais no horizonte próximo de que esta tendência seja alterada.

O questionamento que se faz permeia a separação de poderes e o risco que o ativismo judicial possa trazer à democracia. Quais os limites de atuação do Poder Judiciário frente aos demais poderes constituídos? A efetividade da atuação do Poder Judiciário pode ser um fator de concreção dos direitos sociais face às falhas na implantação das políticas públicas?

O Poder Judiciário brasileiro nos últimos anos, face à sua forte atuação no ativismo e na judicialização das políticas públicas, têm alcançado não apenas a solução momentânea daqueles que o acionam, mas também praticado quase uma ingerência nos demais poderes constituídos. A sistemática atuação do Judiciário tem levado a críticas de setores da política e da academia, facilmente observada nos canais de comunicação, alguns a mencionar que estamos a vivenciar a “ditadura do Judiciário”.

Mas, será que se trata de uma ditadura do Judiciário ou o resultado de uma crise dos Poderes Legislativo e Executivo, ou seja, uma crise política e social? O princípio *ne procedat judex officio* está presente em nosso ordenamento, sendo que, não haveria decisão alguma sem que a parte interessada acionasse o Poder Judiciário para satisfação de uma pretensão. Se as decisões do Poder Judiciário, seja em que instância for, vem provocando ingerências nos demais poderes, poderia ser em decorrência de uma ampla crise política.

O tema proposto neste trabalho terá como ponto fulcral a referida judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos sociais e da cidadania. Tentaremos analisar suas causas, os limites e a importância da atuação do Poder Judiciário nesta tarefa, que pode ser uma forma de proporcionar ao indivíduo e à sociedade, uma salvaguarda em ambiente de crise, de modo a possibilitar a fruição de seus direitos legítimos.

Inicialmente será tratada de forma breve a questão relacionada à cidadania e concreção dos direitos sociais como necessidade premente da sociedade brasileira; a seguir trataremos das políticas públicas e a sua efetividade; em seguida será objeto de avaliação a judicialização das políticas públicas como meio de concreção da cidadania; por fim trataremos do ativismo judicial e a atuação do Poder Judiciário.

O texto será desenvolvido por meio de revisão da literatura e utilização do método analítico-dedutivo e aspectos doutrinários sobre o tema proposto, com referencial teórico fundado na posição de Luís Roberto Barroso, Ronald Dworkin, Mauro Cappelletti e outros autores que contribuem para a análise político-jurídica complexa destes fenômenos.

1 A CIDADANIA E A CONCREÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A expectativa de qualquer indivíduo é ser reconhecidamente um sujeito de direitos concretos, não aquele fragmentado em sonho da desesperança, como uma utopia presente nos contos magníficos do poeta. Nascer, crescer, estudar, trabalhar, conquistar a tão almejada qualidade de vida e digna, em favor da qual lutam todos, até mesmo os Estados organizados politicamente, porém, sua concretude é usufruída por poucos.

Os Estados mais organizados, principalmente na Europa, Japão, Canadá e Estados Unidos, contemplam uns mais outros nem tanto o viver dos cidadãos conforme seja prudente aos anseios esperados e usufruídos de uma cidadania plena. Nesses países o índice de GINI¹ de desigualdade está abaixo de 0,4, chegando a 0,276 na Noruega, como exemplo de melhor distribuição de renda entre os países desenvolvidos, segundo dados da - Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico - OCDE.

A distribuição de renda é um dos fatores de garantia de usufruição de uma cidadania digna. Os fatores que determinam a distribuição de renda são complexos e decorrem de inúmeras variáveis econômicas, históricas, sociais e políticas, dentre elas a globalização. Milton Santos (2011), severo crítico da globalização, a coloca na condição de “fábula” em que o mercado avassalador global é apresentado a todos como

[...] capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas. Há uma busca de uniformidade, ao serviço dos atores hegemônicos, mas o mundo se torna menos unido, tornando-se mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal. [...] De fato, para a maior parte da humanidade a globalização está se impondo como uma fábrica de perversidades. O desemprego crescente torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes. Novas enfermidades como a AIDS se instalam e velhas doenças, supostamente extirpadas, fazem o seu retorno triunfal. A mortalidade infantil permanece, a despeito dos progressos médicos e da informação. A educação de qualidade é cada vez mais inacessível. Alastram-se e aprofundam-se males espirituais e morais, como os egoísmos, os cinismos, a corrupção (SANTOS, 2011, p.12-13).

Eros Grau (2008, p. 271) enfatiza que a globalização atual foi impulsionada pelas transformações oriundas de uma chamada terceira revolução industrial, decorrente da evolução da informática, computadores em rede mundial, auxiliada por uma rede de telecomunicações, gerando uma globalização financeira. Esta por sua vez, é responsável pelo trânsito monetário entre diversos países, de modo rápido, quase instantâneo, ao sabor dos interesses dos donos do capital, que utilizam o dinheiro como forma de multiplicação da riqueza, dinheiro pelo dinheiro e não apenas pela produção e circulação de bens. “A globalização financeira conduz, no entanto, ao esgarçamento, à deterioração da capacidade estatal de pôr o direito (direito posto). Os mercados

1 O índice de GINI do matemático italiano Conrado Gini: método para medir a concentração de renda em determinada população, apontando a diferença entre a renda dos mais pobres e dos mais ricos. Varia de 0 a 1, quanto mais próximo de 0 menos desigualdade, mais próximo de 1 maior desigualdade. (Cf. COUTINHO, 2013, p. 38).

financeiros globalizados passam a ser regulados por outros sujeitos que não o Estado” (GRAU, 2008, p. 275).

De modo empírico é possível concluir, inequivocamente, que a qualidade de vida dos países mais desenvolvidos está ligada à melhor distribuição de renda o que traz por consequência melhores condições de vida e de cidadania.

De acordo com os dados da OCDE (2012), o nível de desigualdade de renda por países em 2005, medidos pelo índice de GINI, correspondia à média variável de 0,272 da Noruega a 0,72 da África do Sul, estando o Brasil com índice de 0,566, atrás de Índia, Chile e Rússia.²

Mas enfim, o que é cidadania? Cidadania é palavra derivada do latim *civis, civitas e activa civitatis* e que designa as ligações de determinado cidadão a uma organização política, “dotando-o de prerrogativas de influir nas decisões políticas e obrigando-o a seguir o que fora decidido pelas instâncias legais”. [...] “Ela se configura na participação dos cidadãos nas decisões políticas da sociedade.” (MOURA AGRA, 2013, p. 244).

Apenas a participação do cidadão na escolha de seus representantes e a possibilidade de ser escolhido basta para que o indivíduo tenha e usufrua da cidadania? Entendemos que não.

A concreção dos direitos fundamentais e sociais emanados da Constituição de 1988 significa conceder ao indivíduo o efetivo exercício desses direitos e não basta apenas a sua previsão jurídica. Prever e não conceder é verdadeiramente mitigar a concreção dos direitos sociais e coletivos. “Cidadania é o direito a ter direitos, como já afirmara Hannah Arendt. A cidadania só é plena na medida em que os direitos fundamentais são assegurados” (SIQUEIRA; ALVES, 2011, p. 170).

De acordo com Marshall (1967, p. 84) o desenvolvimento da cidadania passou pela evolução de três direitos, a saber, o direito civil, o direito político e o direito social. Para Marshall (1967)

[...] A cidadania exige um elo de natureza diferente, um sentimento direto de participação numa comunidade baseado numa lealdade e uma civilização que é patrimônio comum. Compreende lealdade de homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum. Seu desenvolvimento é estimulado tanto pela luta para adquirir tais direitos quanto pelo gozo dos mesmos, uma vez adquiridos (MARSHALL, 1967, p. 84).

Como se infere, o desenvolvimento deve ser estimulado pela luta em adquirir os direitos como também, uma vez adquiridos tais direitos, primar pela usufruição de tais direitos. No Brasil, a aquisição dos direitos fundamentais e sociais está consolidada na Constituição de 1988, porém a sua fruição ainda demanda a luta da sociedade para a sua concreção no aspecto individual e coletivo.

“A Constituição de 1988, documento jurídico e político que traduz os anseios de transformação da sociedade, reconhece que a realidade que pretende transformar é desigual e marcada pela pobreza e pela marginalidade.” (COUTINHO, 2013, p. 72).

Coutinho assevera ainda que

2 Os dados da OCDE - Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico. L’Observatoire des inégalités-, contempla amostras de índices de países localizados nos cinco continentes.

[...] Dito de outra forma, pode-se dizer, que no caso brasileiro, está em vigor uma constituição de pretensão transformativa que parte da suposição de que o *status quo* deve ser alterado em função da existência – explicitamente reconhecida – de desigualdades e outras mazelas sociais a ela preexistentes.

Isso significa, praticamente falando, que o Estado brasileiro, para implementar os objetivos constitucionais, tem de observar diretrizes bastante claras – embora não inteiramente precisas – que norteiam suas ações distributivas. Disso se pode concluir que mesmo que o texto constitucional não seja minucioso e exato a ponto de definir, por exemplo, o que seja pobreza ou determinar qual nível de igualdade ou de desigualdade (o coeficiente Gini, por exemplo) a ser alcançado, ele, sem sombra de dúvida, reconhece que as desigualdades sociais e regionais existem de fato e devem ser reduzidas. Reconhece ainda que há pobreza e determina que ela deve ser – aqui não há espaço para meio termo – erradicada. ” (COUTINHO, 2013, p. 72).

Importante para a consolidação da cidadania plena é a implantação de Políticas Públicas eficazes e que sejam capazes de trazer o desenvolvimento no sentido de diminuir a ponto de erradicar a pobreza no Brasil. Este é o objetivo determinado pela Constituição de 1988, conforme prenuncia o artigo 3º, pelo qual, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No entanto, o Estado brasileiro tem se mostrado reticente quanto à implementação das políticas públicas para o atingimento dos objetivos traçados pela Constituição. Seja pela omissão, negligência, incapacidade política de dar a solução devida aos problemas nacionais, ou ainda pela utilização da cláusula da reserva do possível, a sociedade vem sofrendo pela falta de gerenciamento estatal por parte do Poder Executivo e, pelo lado do Poder Legislativo, uma ineficiência em priorizar a edição de normas que efetivamente conduzam as políticas públicas no sentido de dar efetividade aos direitos individuais, sociais e coletivos.

Observa-se que paradoxalmente estamos diante de um dilema social e constitucional. De um lado uma constituição que garante ao indivíduo e à sociedade direitos e garantias fundamentais e sociais; de outro um sistema político e administrativo de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo que deixam de cumprir sua tarefa fundamental de concretizar os direitos e garantias previstos na constituição. No vácuo destes poderes, resta apenas o Poder Judiciário a possibilitar ao indivíduo uma forma de exercício de uma cidadania mitigada.

O objeto deste artigo não é o de defender o Poder Judiciário na sua atuação por meio do ativismo judicial ou da judicialização das políticas públicas, nem o de criticar esta atuação até em possíveis ingerências sobre os demais poderes, mas o de trazer à discussão as consequências de uma crise política e econômica que conduzem a dissonâncias institucionais.

André Karam Trindade e Rafael Tomaz de Oliveira (2016) enumeram várias decisões

do Supremo Tribunal Federal que exemplificam a atuação do Poder Judiciário que, segundo estes autores, “o recurso sistemático à intervenção judicial parece ter atingido seu paroxismo” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 752).

[...] ADPF n. 378, que, a pretexto de discutir a legitimidade constitucional do rito do processo de impeachment, acabou por interferir na interpretação do regimento interno de uma das casas legislativas (no caso, a Câmara dos Deputados), bem como determinar atribuições prelibatórias ao Senado Federal que parecem não se ajustar ao que determina o artigo 86 da Constituição Federal de 1988. [...] ADPF 347, ao reconhecer um propalado “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, acabou por determinar regras de estruturação de políticas públicas que interferiram no modo como a União gerencia/gerenciava os recursos do fundo penitenciário.

[...] Recurso Extraordinário (RE) n. 635.659, iniciado no segundo semestre de 2015 sobre a descriminalização do porte de drogas, no qual um dos ministros que já proferiu voto (Luís Roberto Barroso) chegou a sugerir a quantia de droga que deveria ser tolerada pela lei penal a título de porte, com a finalidade de criar um critério objetivo para distingui-lo das hipóteses de tráfico (nesse caso, parece nítido que, mais além de discutir que tipo de comportamento deve ser tolerado pela lei penal, o ministro Barroso avançou na análise de uma questão cujo locus adequado seria/é o Congresso Nacional). [...] Outro ponto que está contido nesse âmbito de análise – e que merece igual destaque – diz respeito às interpretações que o Supremo Tribunal fixou recentemente a respeito de alguns dos “direitos abstratos” (para usar uma expressão de Ronald Dworkin), previstos na Constituição de 1988. Nesse particular, o caso de maior impacto certamente diz respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5o. LVII da Constituição de 1988) e a decisão exarada no Habeas Corpus (HC) 126.292. Sem embargo das inúmeras discussões jurídicas que podem ser entabuladas a partir desse HC, o fato que importa para estas reflexões diz respeito à contradição que existe entre o entendimento assentado pela Corte e o texto constitucional. A garantia constitucional da presunção de inocência exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o condenado possa ser recolhido à prisão. No HC 126.292, o Supremo Tribunal entendeu que o julgamento em segunda instância já satisfazia as exigências desse princípio constitucional, permitindo a execução provisória da pena. No caso, o Tribunal parece ter agido com atribuições mais fortes do ponto de vista jurídico do que o próprio poder de reforma, uma vez que sua interpretação implicou abolir parte da garantia constitucional, contrariando o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição de 1988 (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 752).

Além dos exemplos mencionados há centenas de julgados na primeira e segunda instância da Justiça obrigando os Municípios, o Estado e a União a fornecerem medicamentos e formas de tratamento médico, o que expressa sua função ativista e de judicialização de políticas públicas com propósitos eminentemente humanitários de defesa da vida e da saúde. Na falta de medicamentos essenciais à população, como garantia de manutenção da vida de certos pacientes, a atuação do Judiciário é criticável ou louvável? A omissão seria do Poder Executivo ou do Poder Legislativo? Qual Poder seria passível de sofrer uma sanção moral pela incapacidade de gerar meios a viabilizar

as Políticas Públicas?

Se em determinadas ações judiciais, ordinárias ou constitucionais, o Poder Judiciário poderia ser menos interventor é uma discussão crítica que não será levada a termo neste artigo. Há questões ligadas à cidadania e à concreção dos direitos sociais e coletivos que se destacam das questões político-judiciárias que ressaltam a importante função do Poder Judiciário permeando os caminhos que seriam naturais aos Poderes Executivo e Legislativo, todavia, sem que haja, em nosso entender, qualquer interferência na separação montesquiana de poderes, mas absolutamente necessárias na atualidade.

2 ENTENDENDO AS POLÍTICAS PÚBLICAS: O QUE SÃO

O exercício dos direitos sociais, individuais e coletivos está preconizado na Constituição de 1988, que instituiu um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, prevendo os direitos e garantias fundamentais no artigo 5º e os direitos sociais no artigo 6º. Apesar de a implantação das Políticas Públicas serem fundamentais para tornar tais direitos uma realidade e não uma utopia, uma simples letra morta no papel, o termo Políticas Públicas aparece apenas duas vezes no texto da Constituição. No artigo 216-A, inserido pela Emenda Constitucional nº 71 de 2012, que estabelece o Sistema Nacional de Cultura; e no inciso II do § 8º do artigo 227, incluído pela Emenda Constitucional nº 65 de 2010, relacionado à implantação do estatuto da juventude.

Necessário mencionar que políticas públicas, conforme observa Elenaldo Celso Teixeira (2017)

[...] são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. As políticas públicas traduzem, no seu processo de elaboração e implantação e, sobretudo, em seus resultados, formas de exercício do poder político, envolvendo a distribuição e redistribuição de poder, o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais. Como o poder é uma relação social que envolve vários atores com projetos e interesses diferenciados e até contraditórios, há necessidade de mediações sociais e institucionais, para que se possa obter um mínimo de consenso e, assim, as políticas públicas possam ser legitimadas e obter eficácia. (TEIXEIRA, 2002, p. 2).

Celina Souza (2006, p. 20-45) esclarece ainda que não existe uma única definição do que seja política pública, mas enfatiza que é a soma das atividades dos governos que são realizadas de forma direta ou indireta por meio de delegações e que acabam por refletir direta ou indiretamente na vida dos cidadãos. Menciona, ademais

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real” (SOUZA, 2006, p. 24).

De acordo com o posicionamento de Juvêncio Borges Silva e Ricardo dos Reis Silveira (2014),

[...] as políticas públicas consistem em ações governamentais, previamente planejadas (programa), que se realizam no contexto de um processo ou conjunto de processos levados a efeito segundo leis previamente fixadas, judicialmente definidas e administrativamente realizadas, com objetivos sociais relevantes e determinados politicamente. Tais objetivos devem ser orientados axiologicamente, segundo uma escala valorativa de prioridades, bem como o provimento de meios para sua realização, e a previsão temporal de sua efetivação. As políticas públicas, segundo esta definição contempla os elementos previsão, programação, planejamento, sistematização, coordenação, definição, objetivação, provisão, ação, realização, execução. (SILVA; SILVEIRA, 2014, p. 76-101).

No entanto, de acordo com Meksenas (apud GONÇALVES, 2011, p. 55) em posição antagônica, interpreta o conceito de políticas públicas como “formas de exclusão da população na participação das decisões do Estado de forma que o governo usa o capital para manter-se em ascensão e não ter protesto pela sociedade.” (GONÇALVES, 2011, p. 55). Entrementes,

[...] o Estado apregoa algo que não irá ocorrer com relação à elevação social. O governo possui uma falsa imagem de Estado-democrático quando na verdade esconde sua face de Estado extremamente capitalista que cria impostos abusivos e que, normalmente, a distribuição não é direcionada a melhoria da população (GONÇALVES, 2011, p. 56.).

Na observação de Celina Souza (2006), o papel dos governos na implementação das políticas públicas não passa pelos caminhos daqueles que acreditam que os governos apenas realizam as políticas públicas em razão de pressões de grupos de interesses, ou que o Estado opta por políticas definidas exclusivamente pelos que estão no poder ou que sirvam aos interesses de determinadas classes sociais. Na realidade o mundo contemporâneo está permeado por Estados cada vez mais complexos e que estão muito mais próximos da ideia daqueles que defendem que há uma autonomia relativa do Estado, pois atuam dentro de seu espaço próprio, muito embora sofram as influências internas e externas. (SOUZA, 2006, p. 27).

No dizer de Cappelletti (1999, p. 41) a ação dos governos “não pode se limitar a ser um ‘gendarme’ ou ‘night watchman’; ao contrário, o estado social – o ‘État providence’” na forma

como é colocada pelos franceses, mas deve se perscrutar por meio uma forma de controle social “que os cientistas políticos chamam de *promocional*.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 41). Cappelletti (1999) ainda argumenta que a mencionada técnica

[...] consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre “certo” e “errado”, ou seja, entre o caso “justo” e o “injusto”, *right and wrong*. E mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de *direitos sociais* do que meramente individuais. Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção *ativa* do estado, frequentemente *prolongada no tempo*. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas. (CAPPELLETTI, 1999, p. 41)

De qualquer modo, tenha ou não independência na sua atuação, sofra ou não influência de grupos de poder internos ou externos, políticos, econômicos, o importante é observarmos que a atuação do Estado brasileiro está a merecer mudanças de rumos, pois os resultados sociais vivenciados pela população vêm demonstrando que as políticas públicas adotadas estão, no mínimo, equivocadas, distorcidas de suas finalidades.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A conquista da cidadania e da expressão contida na Constituição acerca da dignidade da pessoa humana são valores decorrentes da democracia que sobrelevam o respeito aos direitos humanos, em primeiro lugar. Se o Estado tem a obrigação de fazer valer as conquistas republicanas e democráticas estabelecidas e sintetizadas na Constituição Federal de 1988, evidentemente que tais iniciativas devem ser provenientes das atitudes políticas dos Poderes constituídos. O sistema de freios e contrapesos foi criado para o perfeito equilíbrio e harmonia entre os três poderes, na máxima contida no artigo 2º da Constituição.

O fato do Poder Judiciário ser chamado a estabelecer este equilíbrio, tal faceta de sua atuação está contemplada na Constituição, querendo isto dizer que na ocorrência da chamada judicialização da política e no ativismo judicial não estará ocorrendo qualquer interferência na separação de poderes concebida por Montesquieu e absorvida pelos países democráticos.

A judicialização das políticas públicas tem em sua concepção o significado de que as questões postas para serem conhecidas pelo Poder Judiciário, e que tenham grande repercussão política ou social, serão efetivamente decididas pelos seus órgãos em verdadeira substituição das instâncias políticas tradicionais, no caso o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Barroso (2017,

p. 41) entende que:

[...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Evidente que a atuação do Poder Judiciário não permeia as questões de natureza eminentemente política de formação, criação e estabelecimento das políticas públicas; ou na própria condução do Estado na esfera administrativa, própria do executivo; ou de produção normativa e fiscalizadora, próprias do Legislativo, sob pena de interferência direta na autonomia dos Poderes constituídos.

Conforme observa Cappelletti (1999) na Itália, tal qual ocorre no Brasil, há uma “constatação de crescente sentimento de desilusão e desconfiança, não apenas em face dos parlamentos, mas também em relação ao poder executivo, à administração pública e suas inumeráveis agências.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 44).

Esta realidade quase generalizada impulsiona o Poder Judiciário a ser demandado cada vez mais face à inoperância dos demais poderes constituídos, exigindo uma atuação mais proativa e participativa dos membros do Judiciário no sentido de dar solução aos conflitos potencializados pela carência de políticas públicas adequadas. Judicialização das políticas públicas, portanto, são “as decisões do Poder Judiciário determinando que o Poder Executivo adote medidas para tornar eficazes os direitos constitucionalmente assegurados” (SILVA; SILVEIRA, 2014, p. 13) tendo como fundamento, como já asseverado anteriormente, a eficácia do sistema de freios e contrapesos, que traduz a harmonia e equilíbrio que deve haver entre os três poderes.

Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2017, p. 3).

De acordo com Barroso (2017), como mencionado, a primeira causa da Judicialização foi a redemocratização do Brasil com a edição da Constituição de 1988 que transformou o Poder Judiciário em um verdadeiro poder político diferentemente daquele então existente durante o regime militar. A democracia, os ditames constitucionais, a elevação da cidadania e dignidade da pessoa humana como fundamentos constitucionais, a população mais bem informada e em busca de maior proteção aos seus direitos, sem esquecer-se de pontuar o crescimento da atuação do Ministério Público, são pontos a destacar nesta nova etapa republicana que fortaleceu o Poder Judiciário, hoje visto como última instância a ser perscrutada pelo cidadão.

Barroso (2017) assevera ainda que a segunda causa foi uma constitucionalização abrangente

“que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”; e a terceira causa “o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo”. (BARROSO, 2017).

A judicialização das políticas públicas tem sido objeto de inúmeras decisões judiciais, desde o primeiro grau de jurisdição até o Supremo Tribunal Federal, em que destacamos inicialmente a decisão proferida no Agravo Regimental na suspensão de Liminar nº 47, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2010), cujo voto contempla a importância da defesa dos direitos fundamentais, a saúde entre eles:

Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Decisão O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), negou provimento ao recurso de agravo. Plenário, 17.03.2010 (BRASIL, 2010).

Destacamos ainda o Acórdão proferido em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 393175, de relatoria do Ministro Celso de Mello,

RE 393175 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator (a): Min. CELSO DE MELLO.
E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - 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. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - 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 impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. **MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER.** - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. Decisão. A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo e, por considerá-lo manifestamente infundado, impôs, à parte agravante, multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. 2ª Turma, 12.12.2006. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Sobreleva observar nesta decisão o reconhecido direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição contra decisões administrativas que privilegiam a teoria da reserva do possível em detrimento do mínimo existencial. No dizer do Ministro Celso Mello, no embate entre um interesse financeiro e secundário do Estado e o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas, este deve ser privilegiado por razões de ordem ético-jurídica e por haver proteção constitucional ao direito inalienável assegurado a todos, como prerrogativa fundamental, da vida e da saúde.

Vislumbra-se ainda a preocupação do Supremo Tribunal Federal em abrigar a tese de que deve incidir em desfavor do Poder Público a obrigação de se tornar efetiva a prestação de saúde

pública, bem como a de promover em benefício das pessoas e da sociedade em geral medidas preventivas e de recuperação, fundadas em Políticas Públicas idôneas com a finalidade fundamental de viabilizar e dar concreção ao comando estatuído na Constituição Federal.

Robert Alexy (2015, p. 176) notabiliza que o direito fundamental social mais importante é o direito a um mínimo existencial, um direito considerado definitivo, e por esta razão, tem caráter de uma regra. Neste aspecto é obrigação do Estado garantir o mínimo existencial pela aplicação da precedência da dignidade da pessoa humana sobre as possibilidades financeiras.

A ideia do mínimo existencial traz em si as balizas a serem observadas como condições mínimas para uma existência digna de acordo com os preceitos da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a teoria da “reserva do possível representa os obstáculos para a execução de políticas públicas, inclusive as de efetivação de direitos sociais, direitos entendidos como essenciais” (SILVA; MASSON, 2015, p. 205), considerando-se nesta hipótese as questões relacionadas à lei de responsabilidade fiscal, à disponibilidade de recursos públicos que estão diretamente relacionadas às questões orçamentárias e financeiras do Estado. (SILVA; MASSON, 2015).

Na prevalência dos direitos fundamentais inalienáveis sobre questões de ordem financeira estatal, aparece o Poder Judiciário, chamado a decidir o conflito, do qual não pode se omitir. Observa Cappelletti (1999) que:

[...] a dura realidade da história moderna demonstrou que os Tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato, escolher uma das duas possibilidades seguinte: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviantesco administrador. a) Recaindo a escolha na primeira alternativa, a autoridade judiciária ficará confinada ao tranquilo, embora apertado, campo das funções “protetoras” e “repressivas”. A sua escolha não superará os que podem ser considerados, em sentido lato, conflitos privados (sejam civis ou penais), dado tratar-se sempre de conflitos que não envolvem novas tarefas promocionais, agudas e usualmente direcionadas ao “Poder político” do estado. [...] b) Recaindo a escolha, pelo contrário, na segunda alternativa – como aconteceu, sempre em linha de princípio e com muitas alternativas e variantes, em vários sistemas de “Common Law”, especialmente nos Estados Unidos – assistir-se-á então o emergir do judiciário como um “terceiro gigante” na coreografia do estado moderno (CAPPELLETTI, 1999, p. 47).

A observação de Cappelletti (1999), no caso da segunda escolha, os juízes se tornarão os controladores não apenas da atividade civil e penal dos cidadãos, como também dos “poderes políticos”, coincidindo assim com o crescimento do estado moderno, observando-se que sua obra foi escrita em 1991. A Judicialização das Políticas Públicas, portanto, como atividade jurisdicional é condição de equilíbrio e aplicação efetiva das garantias e direitos fundamentais, como salvaguarda da sociedade em lhe assegurar o mínimo existencial em desfavor da teoria da

reserva do possível, uma justificativa muitas vezes perniciosa na fruição pelo cidadão dos direitos garantidos constitucionalmente.

4 O ATIVISMO JUDICIAL

De acordo com Barroso judicialização das políticas públicas e ativismo judicial são expressões que pertencem ao mesmo ideário democrático. Se a judicialização das políticas públicas representa a atuação do Poder Judiciário quando acionado, ou seja, assim que uma determinada controvérsia lhe é posta, obrigando-o a uma decisão, com base na discussão já referida no item anterior, o ativismo, por sua vez, que teve origem na jurisprudência norte americana, inicialmente de natureza mais conservadora, passando a uma postura progressista em matéria de direitos fundamentais na década de 50 do século XX, ocorre “em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” (BARROSO, 2017. p. 6).

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2017, p. 6).

A atuação do Poder Judiciário tem relevante importância no mundo contemporâneo não em razão de que se possa imaginar o ativismo como forma de substituição do Legislativo, mas como forma de balancear a mencionada retração mencionada por Barroso. Se o Poder Legislativo historicamente tem a prerrogativa de se deslocar da sociedade civil, as demandas sociais não podem aguardar o momento futuro em que esta inação saia de sua inércia natural.

A sociedade civil, os indivíduos, as comunidades carentes e suas vidas cotidianas, se arvoram na necessidade da atuação do Poder Público, na medida em que as políticas públicas precisam sair do universo, às vezes intangível, das questões programáticas, para se concretizar na vida das pessoas de modo efetivo. O ativismo é um mote a movimentar as políticas públicas, a retirar das prateleiras das estantes e colocá-las no balcão para serem usufruídas pela sociedade.

Relativamente ao Poder Legislativo Cappelletti (1999) analisa a atuação do Parlamento italiano, porém suas observações podem muito bem serem transpostas ao universo cotidiano do Congresso brasileiro,

De um lado, os parlamentos demonstraram o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social. Demasiadas leis

foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraproduativas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir, e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei. Nem se esqueça que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupo. Como escrevi em outro lugar, estes políticos na formação de suas decisões não se empenham usualmente na valoração objetiva e desinteressada de custos e benefícios.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 47).

Para que o ativismo seja efetivamente um ponto de equilíbrio na movimentação do dispositivo *check and balances* é necessário que o Poder Judiciário tenha em sua atuação Juízes comprometidos com a Justiça e dotados de sensibilidade social. Ronald Dworkin ao tratar da equidade menciona que a Justiça, ao contrário da política,

[...] se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. Se aceitamos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável (DWORKIN, 1999, p. 200).

Dworkin (1999) ao se referir à interpretação da Constituição analisa uma forma denominada “passivismo” cujos defensores, segundo ele, diferenciam duas abordagens diferentes, uma denominada “abordagem ativa” e outra denominada “abordagem passiva” da Constituição. Os juízes que utilizam a abordagem “passiva”, dizem os defensores do passivismo, mostram grande acatamento “para com as decisões de outros poderes do Estado, o que é uma qualidade do estadista, enquanto os “ativos” declaram essas decisões inconstitucionais sempre que a desaprovam, o que é tirania.” (DWORKIN, 1999, p. 442)

Argumenta ainda que a:

[...] alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania (DWORKIN, 1999, p. 452).

A avaliação de Dworkin (1999) para a função judiciária está atrelada à questão de o Poder Judiciário atuar de modo a possibilitar em sua atuação efetividade aos direitos fundamentais, dentre eles os individuais, por que não os coletivos. Para ele “o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos.” (DWORKIN, 1999, p. 465).

Para Habermas (1997, p. 343) quando se refere ao ativismo constitucional, assevera que

esta é uma forma de compensação do desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional.

Ao discorrer sobre o direito como integridade, Dworkin (1999) enfatiza que as decisões judiciais devem ser embasadas nos princípios éticos, dos ideais de justiça e na equidade, “porém, essa inusitada intrusão judicial nas funções administrativas é apenas a consequência, em circunstâncias extremamente especiais e conturbadas, de uma visão perfeitamente tradicional do cargo de juiz.” (DWORKIN, 1999, p. 467)

A justiça, como dissemos, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. (DWORKIN, 1999, p. 483). [...]. O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial (BARROSO, 2017, p. 17).

Barroso observa que o ativismo judicial tem em sua gênese “uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.” (BARROSO, 2017, p. 17).

Quer isto dizer que o ativismo, bastante presente no cotidiano jurídico brasileiro, é uma forma de sobrepujar a inércia legislativa, exemplificando Barroso o caso da fidelidade partidária em que o Supremo Tribunal Federal declarou que a vaga no Congresso é do partido e não do candidato; a criação da Súmula Vinculante sobre o nepotismo; no âmbito da saúde, de máxima importância, o caso da distribuição de medicamentos e realização de tratamentos por meio de decisões judiciais estampadas em todo o Brasil por meio das Justiças Estadual e Federal.

Muito se discute se a atuação do Poder Judiciário estaria interferindo na divisão de poderes especialmente na função legislativa. Para Cappelletti (1999) os juízes em sua atividade são constrangidos a serem “*law makers*”, ou seja, criadores do direito, no entanto, ao serem instados a julgar passam a interpretar o que invariavelmente leva ao esclarecimento, integração, transformação, “e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam ‘legisladores’, pois há diferenças substanciais “entre os processos legislativo e jurisdicional”:

Certamente, do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são “*law-making processes*”. Mas diverso é o modo, ou se se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de perigosos. O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz (CAPPELLETTI, 1999, p. 74).

Como bem observa Dworkin (1999), o juiz orienta-se em suas decisões por princípios jurídicos e não princípios políticos.

A atividade jurisdicional deriva do impulso iniciado pelo indivíduo que, ao ver seu direito mitigado, seja pelos seus pares ou pelo Estado, este por ação ou inatividade, manifesta-se frente ao Estado Juiz na defesa de seu interesse. Habermas (1997) sobressalta que o ato de iniciar uma ação judicial é resultado da substituição do uso da força pelo Estado a partir do momento em que o direito positivo sucedeu ao natural. O monopólio do uso da força é do Estado, porém defere e autoriza o indivíduo a se utilizar do seu legítimo direito de ação na defesa de seus interesses. Convém mencionar que desde

[...] a época de Hobbes, as regras do direito privado, apoiadas na liberdade de contratos e na propriedade, valem como protótipo para o direito em geral. Ao formular sua doutrina do direito, Kant tomara como ponto de partida direitos naturais subjetivos, que concediam a cada pessoa o direito de usar a força quando suas liberdades subjetivas de ação, juridicamente asseguradas, fossem feridas (HABERMAS, 1997, p. 48).

Deste modo, cabe ao Poder Judiciário o atendimento das necessidades sociais quando instado a se pronunciar, especialmente em situações em que a inatividade legislativa é responsável pelo descumprimento ao atender os anseios sociais. No entanto, o ativismo judicial sofre algumas objeções, no entender de Barroso, face à crescente intervenção judicial na vida brasileira, são elas: os riscos para a legitimidade democrática; o risco de politização indevida da Justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

A primeira das três objeções refere-se aos riscos para a legitimidade democrática, na medida em que os agentes do Poder Judiciário, por não serem eleitos publicamente, por exercerem um poder político, podem até mesmo invalidar atos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Segundo Barroso há duas justificativas, sendo uma de natureza normativa advinda da Constituição, pois esta atribui o poder de atuação, em especial dirigida ao Supremo Tribunal Federal e outra de natureza filosófica, justificada pelo fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito e os princípios basilares da defesa dos direitos fundamentais e das garantias individuais. (BARROSO, 2017, p. 14).

Quanto à segunda objeção, de risco de uma politização indevida da justiça, infere Barroso (2017) que nos dias atuais “o Direito se aproxima da Ética, é um instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. ” Apesar de o Direito não ser Política, há uma linha divisória às vezes não muito nítida, cabendo ao juiz observar em sua atuação:

[...] (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i. e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém,

há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia (BARROSO, 2017, p. 14).

A terceira objeção, referente aos limites da capacidade institucional do Judiciário, Barroso sustenta que a Constituição organiza os poderes de modo que sua atuação seja harmônica, para que não haja instância hegemônica, com riscos para a democracia e os direitos fundamentais. Há sempre o respeito aos valores e promoção dos fins de cada Poder conforme previsão constitucional.

No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. [...] o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui (BARROSO, 2017, p. 16).

O ativismo judicial no Brasil, em razão de sua realidade política e institucional, fluindo “na esteira do neoconstitucionalismo, - em face da fluidez da fronteira entre política e direito -, ele exsurge como um problema, complexo e perigoso, na medida em que envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites estabelecidos” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 765) na Constituição.

Dito de outro modo: no Brasil, o ativismo resulta de todo ato decisório fundado na vontade do juiz e, portanto, a partir de convicções pessoais, escolhas políticas, argumentos morais, enfim, elementos metajurídicos. É por isso que todo ativismo pressupõe certo grau de solipsismo e, portanto, não pode ser classificado em bom, ou positivo, e mau, ou nocivo. Tudo isso conduz, mais uma vez, ao problema – já presente em Kelsen – da discricionariedade judicial e, conseqüentemente, da diferença existente entre os atos de “escolher” e “decidir”: enquanto o primeiro depende da subjetividade, isto é, das preferências do sujeito, o segundo se dá na intersubjetividade, uma vez que toda decisão é antecipada por algo, que é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito.” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2016, p. 765).

De todo modo, tanto a judicialização das políticas públicas quanto o ativismo judicial, apesar das críticas que sobressaem no mundo jurídico, é uma realidade sem perspectivas de mudanças no futuro próximo, em razão das condições políticas e institucionais que vivenciamos até que os Poderes constituídos deem efetiva implementação às Políticas Públicas necessárias à concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos.

CONCLUSÃO

Com o retorno do Brasil ao regime democrático a consolidação da democracia com a edição da Constituição Federal de 1988 foi ponto fundamental neste processo. A separação dos Poderes consolida a condição de serem independentes e harmônicos entre si, todavia a mencionada independência está calcada no sistema de freios e contrapesos - *checks and balances*-, garantindo-se a atuação atípica de cada um dos poderes, conforme autorização constitucional.

Todavia, apesar do conceito garantista da nossa Constituição, o Brasil ainda não conseguiu atingir o nível de distribuição de renda necessário a possibilitar o exercício pleno da cidadania e da efetiva concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos. A péssima distribuição de renda atrelada a adoção de políticas públicas criticáveis tem levado a sociedade a sofrer as consequências desta crise institucional, econômica e política que vem assolando o país há décadas, mais profundamente nos últimos anos.

A ineficiência estatal é responsável pela omissão governamental e política, cuja salvaguarda do cidadão tem sido a atuação do Poder Judiciário, por meio de suas atuais atividades. Sua atuação vem ganhando cada vez mais importância no cenário político brasileiro, enaltecendo o tema da judicialização das políticas públicas. As decisões do Poder Judiciário têm sido caracterizadas pela sua natureza política, no sentido de impingir a necessária proteção aos direitos fundamentais e sociais ao cidadão, garantindo-lhe usufruir, pelo menos de modo emergencial e pontual, do direito à proteção da vida por meio da assistência à saúde e fornecimento de medicamentos aos doentes, do direito social da educação básica infantil quando determina a matrícula de alunos carentes em escolas públicas e abertura de vagas em creches, tal qual constam do artigo 6º da Constituição.

A judicialização e o ativismo judicial decorrem do mesmo ideário democrático, porém, não têm as mesmas origens e as mesmas causas imediatas. A judicialização decorre do modelo constitucional adotado que concede o direito subjetivo de ação em face de uma pretensão resistida, cabendo ao Judiciário decidir. O ativismo judicial decorre da escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, resultado de uma inação do Legislativo impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A distribuição de renda é fator de garantia de fruição de uma cidadania digna. Os fatores que determinam a distribuição de renda são complexos e decorrem de inúmeras variáveis econômicas, históricas, sociais e políticas, dentre elas a globalização. O desenvolvimento deve ser estimulado pela luta em adquirir os direitos como também, uma vez adquiridos tais direitos, primar pela usufruição de tais direitos.

O Estado brasileiro tem se mostrado reticente quanto a implementação das políticas públicas para o atingimento dos objetivos traçados pela Constituição. Seja pela omissão, negligência, incapacidade política de dar a solução devida aos problemas nacionais ou ainda pela utilização da cláusula da reserva do possível a sociedade vem sofrendo pela falta de gerenciamento estatal por parte do Poder Executivo e, pelo lado do Poder Legislativo, uma ineficiência em priorizar a

edição de normas que efetivamente conduzam as políticas públicas no sentido de dar efetividade aos direitos sociais.

Daí a importante função do Poder Judiciário por meio da Judicialização das Políticas Públicas e na atuação no Ativismo Judicial, permeando os caminhos que seriam naturais aos Poderes Executivo e Legislativo, todavia, sem que haja, em nosso entender, qualquer interferência na separação montesquiana da separação de poderes

O papel dos governos na implementação das políticas públicas não passa pelos caminhos daqueles que acreditam que os governos apenas realizam as políticas públicas em razão de pressões de grupos de interesses, ou que o Estado opta por políticas definidas exclusivamente pelos que estão no poder ou que sirvam aos interesses de determinadas classes sociais.

A judicialização das políticas públicas tem em sua concepção o significado de que as questões postas para serem conhecidas pelo Poder Judiciário e que tenham grande repercussão política ou social, serão efetivamente decididas pelos seus órgãos em verdadeira substituição das instâncias políticas tradicionais, no caso o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

A atuação do Poder Judiciário não se conduz nas questões de natureza eminentemente política de formação, criação e estabelecimento das políticas públicas e na própria condução do Estado nas esferas administrativa, próprias do executivo, e de produção normativa e fiscalizadora, próprias do Legislativo, sob pena de interferência direta na autonomia dos Poderes constituídos.

O direito fundamental social mais importante é o direito a um mínimo existencial, um direito considerado definitivo e por esta razão tem caráter de uma regra. Neste aspecto é obrigação do Estado garantir o mínimo existencial pela aplicação da precedência da dignidade da pessoa humana sobre as possibilidades financeiras. A ideia do mínimo existencial traz em si as balizas a serem observadas como condições mínimas a para uma existência digna de acordo com os preceitos da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a teoria da reserva do possível representa os obstáculos para a execução de políticas públicas, inclusive as de efetivação de direitos sociais direitos entendidos como essenciais, considerando-se nesta hipótese as questões relacionadas à lei de responsabilidade fiscal, à disponibilidade de recursos públicos que estão diretamente relacionadas às questões orçamentárias e financeiras do Estado.

O ativismo judicial tem em sua gênese uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Quer isto dizer que o ativismo, bastante presente no cotidiano jurídico brasileiro, é uma forma de sobrepujar a inércia legislativa, exemplificando Barroso o caso da fidelidade partidária, em que o Supremo Tribunal Federal declarou que a vaga no Congresso é do partido e não do candidato; a criação da Súmula Vinculante sobre o nepotismo; no âmbito da saúde, de máxima importância, o caso da distribuição de medicamentos e realização de tratamentos por meio de decisões judiciais estampadas em todo o Brasil por meio das Justiças Estadual e Federal.

Cabe ao Poder Judiciário o atendimento das necessidades sociais quando instado a se pronunciar, especialmente em situações em que a inatividade legislativa é responsável pelo descumprimento ao atender os anseios sociais. No entanto, o ativismo judicial sofre algumas

objeções, face à crescente intervenção judicial na vida brasileira, são elas: os riscos para a legitimidade democrática; o risco de politização indevida da Justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

Assim, se a judicialização das políticas públicas decorre do modelo político-jurídico adotado pelo Estado brasileiro, o mesmo não se pode dizer do ativismo judicial, onde se manifesta a vontade política do juiz, o que deve ser considerado com cautela.

De todo modo, tanto a judicialização das políticas públicas quanto o ativismo judicial, apesar das críticas que sobressaem no mundo jurídico, se nos afiguram como fenômenos que deverão persistir na seara jurídico-política na medida em que persistirem as mazelas sociais, as desigualdades sociais, e de igual forma a omissão por parte do legislador e práticas políticas totalmente ineficientes por parte da Administração Pública com vistas a mitigar as desigualdades, a efetivar os direitos sociais e promover a vida em toda a sua pujança, até o dia em que os Poderes constituídos deem efetiva implementação às Políticas Públicas necessárias à concreção dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 26 jan. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental 47**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 17 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.C7%C3O+DAS+POL%C3A9+CDTICAS+P%C3A9+DABLICAS%2A%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hsl23tj>. Acesso em: 28 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 393175**. AgR, Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aphd9kd>. Acesso em: 30 jan. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

COUTINHO, Diogo R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. Políticas públicas: atividade exclusivamente estatal x participação de empresas privadas. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (org.). **Políticas públicas, da previsibilidade a obrigatoriedade**: uma análise do estado social de direitos. Birigui: Boreal, 2011.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MOURA AGRA, Walber de. Comentário ao artigo 1º, inciso II. *In*: CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013.

OCDE - ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Les inégalités augmentent en Chine**. 2012. Disponível em: http://www.inegalites.fr/spip.php?page=article&id_article=1028. Acesso em 28 jan. 2017.

SANTOS, Milton. **Por uma nova globalização**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A judicialização das políticas públicas no Brasil e sua legitimidade como instrumento de efetivação dos direitos sociais e concreção da cidadania. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 76-101. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=374b03a72295954c>. Acesso em: 28 jan. 2017.

SILVA, Rogério Luiz Nery; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (org.). **Políticas públicas, da previsibilidade a obrigatoriedade**: uma análise do Estado Social de direitos. Birigui: Boreal, 2011.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade**. 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 28 jan. 2017.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débacle

do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 11, n. 2, p. 751-772, ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>. Acesso em: 24 abr. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369422912>.

Como citar: SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvencio Borges. A judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p179. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 29/05/2017.

Aprovado em: 14/01/2019.

RESENHAS / REVIEWS

EICHMANN EM JERUSALÉM: UM RELATO SOBRE A BANALIDADE DO MAL

EICHMANN IN JERUSALEM: A REPORT ON THE BANALITY OF EVIL

Luiz Gustavo Campana Martins¹

ARENDR, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. - tradução: José Rubens Siqueira. São Paul: Companhia das Letras, 2014.

Eichmann em Jerusalém é fruto da análise do julgamento do nazista Adolf Eichmann em 1961. Hannah Arendt fora enviada pelo jornal New Yorker para cobrir o julgamento que, ao final, resultou na sua obra mais polêmica e que mais tarde levou à própria decadência da aceitação da autora nas comunidades judaicas, na Europa e nos Estados Unidos.

Para discutir a temática da banalidade do mal, na visão de Hannah Arendt, faz-se necessário entender, antes, um breve histórico sobre a vida e luta da autora. Judia, nascida na Alemanha em 1906, encontra no exílio sua única saída ao nazismo. As obras da autora são inteiramente influenciadas pela sua própria experiência no regime totalitário e pelos acontecimentos políticos marcantes do século XX.

Eichmann era um dos funcionários mais importantes do regime nazista. Embora fosse de baixo escalão, ajudava no planejamento, deportações e transportes dos judeus. Pessoalmente ele afirmava nunca haver maltratado ou matado um judeu, mas foi um dos responsáveis pelo planejamento da *solução final*, que consistia na eliminação completa de toda a população judia dos territórios alemães. Ele disse por vezes em seu julgamento que não era o monstro que estavam tentando fazer dele.

Condenado à morte, o caso de Eichmann foi acompanhado de perto por Hannah Arendt, sendo que a maior lição que a autora tirou desse caso foi sobre *a banalidade do mal*. A princípio, é importante esclarecer que o intuito da autora jamais foi defender Eichmann ou qualquer outro nazista dos crimes cometidos, até porque a autora não os exime de culpa pelos atos cometidos. Entender que a autora produz uma defesa de Eichmann é uma interpretação equivocada, muitas vezes levada pelo sentimentalismo que envolve a questão. Hannah Arendt critica qualquer governo que prejudique a liberdade dos homens em nome quaisquer valores. Ela defende a preservação da dignidade, liberdade e consciência acima de tudo.

¹ Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL/PR. Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela UEL. E-mail: gus.campana@hotmail.com.

Hannah Arendt, para a decepção de muitos, vai dizer que não era possível enxergar qualquer traço diabólico ou demoníaco em Eichmann, nenhuma maldade intrínseca ou vontade de praticar o mal pelo mal, nenhum ódio profundo contra os judeus, mas sim, pelo contrário, ele se mostrava um sujeito absolutamente comum, inclusive com traço amoroso e cuidadoso na família, perfil de razoável tranquilidade e perspectiva de vida calcada no trabalho digno, no respeito e na família. Diversos exames psicológicos atestaram também a normalidade da personalidade do réu, sendo que, a partir disso, surge a indagação de como poderia ele ter cometido tamanha atrocidade contra toda uma população.

Justamente nesse contexto é que ela vai criar o conceito da banalidade do mal, ou seja, dizer que o mal não é extraordinário, o mal não está inteiramente fora das pessoas, o mal não é um monstro. Por outro lado, o mal é banal, o mal é comum, o mal é presente, o mal está em muitos lugares e todos são capazes de cometer as piores atrocidades.

Um dos pontos-chave para entender a conclusão da autora, é entender a passividade burocrática de Eichmann. Ele era um homem qualquer, um homem normal que obedecia a qualquer comando, a qualquer voz imperativa que lhe dissesse o que fazer. Mais do que isso, Hannah Arendt percebeu que quando não havia uma ordem, ou um regulamento que orientasse Eichmann, ele mal sabia o que fazer, ele se sentia desorientado. Ela também percebeu que ele utilizava de um vocabulário administrativo como *economia*, *rotina*, *administração* e *evacuação* ao tratar dos campos de concentração, das execuções e do extermínio.

Com isso, a autora vai chegar à conclusão de que Eichmann era um homem incapaz de pensamento, isto é, de um diálogo consigo mesmo rumo a independência. Ele era incapaz de se colocar do ponto de vista de outra pessoa, de refletir, a partir de um senso crítico, sobre os atos que realizava. Ela vai concluir, portanto, que Eichmann era um mero cumpridor de ordens, que seguia à risca o regime e as ordens provenientes do Estado Nazista e de seu líder genocida Adolf Hitler, sem ao menos pensar sobre o que fazia.

Assim, os atos de maldade cometidos por Eichmann, segundo Hannah Arendt, são fruto da irreflexão, da incapacidade de pensar e refletir. Apesar disso, ele tinha plena consciência do que estava fazendo e de todo o massacre ocasionado pelo regime e, ainda sim, o fazia. Para ele, não importava a moral ou a honra, mas sim seu sucesso pessoal e crescimento na carreira enquanto trabalhador. O que para os judeus era o extermínio de uma população, para Eichmann era o sucesso profissional que tanto sonhava.

O mal de Eichmann não provém do sobrenatural, mas sim de um homem assustadoramente normal. Esse é o mal moderno, um mal que, por não ter um motivo especial – um vilão, um pecado, um trauma, um demônio – pode ser um mal infinito, um mal cometido por qualquer pessoa normal: aquela que tem família, paga seus impostos, vai à igreja, realiza festas com amigos e familiares e, inclusive, por aquela que se elege presidente da república.

Esse é justamente o ponto chocante – e polêmico – que resultou da análise de Hannah Arendt, o fato de que, na verdade, todos estão sujeitos a praticar qualquer ato de maldade ou crueldade, por pior que seja. Tal como Eichmann e grande parte dos alemães que concordaram ou

consentiram com as atrocidades e com o genocídio do regime Nazista, muitos seriam capazes de reproduzi-las, nos dias de hoje, em condições semelhantes.

RESENHA/ REVIEW

PROBLEMAS DE FILOSOFIA DO DIREITO.

PROBLEMS OF PHILOSOPHY OF THE RIGHT.

Luciano do Nascimento Costa¹

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 476-526

Antes de adentrarmos ao cerne da questão, faz-se necessário o esclarecimento, ainda que de maneira singela, de dois conceitos que serão essenciais para a compreensão do tema proposto: o que seria pragmatismo jurídico e a ideia de maximização de riquezas colocada por Richard Posner. O Pragmatismo jurídico consiste num método de argumentação que pode ou não, ser adotado pelos operadores do direito. Tal método prescreve que, deparando-se ao caso concreto, seja feita a análise do contexto de normas gerais e precedentes válidos; seja definido com clareza as consequências que a comunidade política deseja; que princípios jurídicos, éticos ou morais sejam mobilizados apenas como instrumentos heurísticos² no processo de fazer juízo.

É interessante dizer que Richard Posner é juiz do Tribunal de Apelação do Sétimo Circuito da justiça federal dos EUA e professor na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, daí é possível entender o porquê de seu posicionamento focado na tomada de decisões judiciais situando-as em bases objetivas.

Posner em sua teoria tenta demonstrar que os problemas do direito não podem ser resolvidos exclusivamente pelo direito, mas que deve (o direito) ser associado a outras disciplinas para que se tenha a melhor prestação jurisdicional possível. E nesse ponto, Richard Posner defende que o Direito deve andar de mãos dadas com a Economia. Nesse contexto, é possível verificar que o ponto nevrálgico de sua teoria reside na maximização de riquezas como critério de custo-benefício a orientar toda decisão judicial. Na lição de Posner, os juízes devem tomar decisões exercendo sua ampla discricionariedade de modo que seja possível produzir resultados eficientes, no sentido de se evitar desperdício social (POSNER, 2009).

¹ Advogado formado no Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Bahia-UFBA (2017), e no Bacharel Interdisciplinar em Humanidades com ênfase em Estudos Jurídicos pelo Instituto de Humanidades, Artes e Ciências da Universidade Federal da Bahia- UFBA (2014). Aprovado nas Especializações Gestão de Projetos, pela Universidade Estadual de São Paulo- USP, pela ESAQ e na Especialização em Direito Público pela Universidade Católica de Minas Gerais-PUC-MG. Integrante permanente do Grupo de Pesquisa, Controle de Constitucionalidade da Universidade Federal da Bahia. Coordenador de Informações Fiscais da Prefeitura Municipal de Camaçari e Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Salvador-BA, 2019.Email: lucianocostasefaz@gmail.com

²

A Lei 9.099/95 veio como instrumento de pacificação social, de modo que representou para a sociedade, um mecanismo democrático de solução dos litígios, com uma proposta mais acessível aos jurisdicionados de parcas condições econômicas, ou seja, possibilitando a estes cidadãos o acesso à justiça preconizado na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV. A Lei 9.099/95 ao instituir os Juizados Especiais, primou pela celeridade e economia processual, conforme se depreende do seu art. 2º. Traduzindo: Os formalismos estabelecidos no rito ordinário não se aplicam aos juizados e com isso, tem-se um rito processual mais rápido, o que resulta numa conta matemática “perfeita”, onde todos os atos processuais devem ser proferidos com o menor dispêndio de recursos possível, o que acarreta na redução de tempo e dinheiro (POSNER, 2009). Sem dúvidas os Juizados especiais representam um marco na história do ordenamento jurídico brasileiro, por diversos motivos, principalmente por romper com os moldes do processo tradicionalista.

Podemos dizer que os juizados especiais surgiram como proposta inovadora de simplificação e racionalização da prestação jurisdicional a fim de propiciar um modelo processual menos formal, mais ágil e acessível, rompendo com a cultura da litigiosidade, promovendo o diálogo e a conciliação. Sendo assim, este tem por objetivo facilitar o acesso à justiça por parte dos menos favorecidos na sociedade, tornando-o mais célere e eficaz, bem como funcionando como mecanismo de pacificação social.

Nesse sentido, o que se visualiza com o surgimento dos Juizados Especiais e seu novo método processual, é que, para atender uma sociedade de consumo que cresce desenfreadamente e com isso, traz como acessório novos conflitos às relações sociais, buscou-se, para se proporcionar uma resposta rápida ao jurisdicionado, o processo passa a virar número, quantitativo, estatística, e muitas vezes, se fecharão os olhos para uma resposta dentro dos padrões constitucionais outrora estabelecidos, para se priorizar pela resposta economicamente viável do ponto de vista político. A exemplo disso, visualiza-se um pleito de financiamento por parte do Estado, para tratamento médico para um indivíduo, e nesse caso, ao se aplicar a teoria defendida por Posner, se aquele valor destinado ao tratamento de 1 (um) for o suficiente para tratar centenas de indivíduos, a resposta judicial será negativa, apenas porque sopesado o custo-benefício da decisão, talvez em detrimento de regras legais imperiosas.

Nesse sentido, o processo de promoção de políticas públicas e de produção normativa deve levar em consideração o impacto econômico de suas medidas para a sociedade, sua aplicação sempre terá como consequência um ônus a ser arcado pelo Estado ou por terceiros. Nesse sentido, é preciso questionar se a adoção de dado modelo de implementação de política pública está se dando do modo eficiente ou mais eficaz, ou ainda se o comportamento social almejado por determinada norma está sendo alcançado.