



FAS@JUS

E-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho, v. 1, n. 1/2010 ISSN 2179-8222



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

Organizadores:

- . Prof.^ª Msc. Raíssa Neiva Melo Franco
- . Prof. Msc. Richardson Xavier Brant
- . Prof.^ª Msc. Vivian Cristina Maria Santos

Conselho Editorial

- . Msc. Edson Pires da Fonseca
- . Dr. Elton Dias Xavier
- . Msc. Hamilton de Almeida
- . Msc. Liz Helena Silveira do Amaral
- . Msc. Raíssa Neiva Melo Franco
- . Msc. Richardson Xavier Brant
- . Msc. Simone Rosiane Corrêa Araújo
- . Msc. Vivian Cristina Maria Santos
- . Msc. Waldir de Pinho Veloso



e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Editor

Richardson Xavier Brant



**FACULDADES
SANTO AGOSTINHO**

FAS@JUS - e- Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Editor

Richardson Xavier Brant

Organizadores

Raíssa Neiva Melo Franco
Richardson Xavier Brant
Vívian Cristina Maria Santos

Conselho Editorial

Edson Pires da Fonseca
Elton Dias Xavier
Hamilton de Almeida
Liz Helena Silveira do Amaral
Raíssa Neiva Melo Franco
Richardson Xavier Brant
Vívian Cristina Maria Santos
Waldir de Pinho Veloso

Correção Linguística

Nely Rachel Veloso Lauton

Editoração Gráfica

Maria Rodrigues Mendes

Capa

Adriano Magno de Freitas

FAS@JUS : e- revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho / Faculdade de
Direito Santo Agostinho. – Vol. 1, n. 1, 2010 - . - Montes Claros, MG Fundação
Santo Agostinho, 2010-

v. : il. 21 x 29 cm.

Semestral
ISSN 2179-8222

1. Direito. I. Faculdade de Direito Santo Agostinho. II. Título.

CDU: 34 (05)

Ficha catalográfica elaborada por Edmar dos Reis de Deus CRB6 2486.



EDITORIAL

Com satisfação e alegria, fruto de um laborioso esforço, entregamos ao leitor a nossa primeira edição da Revista Eletrônica FAS@JUS da Faculdade de Direito Santo Agostinho. É o resultado de um trabalho conjunto de editores e autores, além de uma equipe de apoio que se mostrou imprescindível ao longo da preparação e construção do formato e conteúdo dos textos.

Como todo início, há ainda muito por fazer, para que alcancemos a qualidade desejada. Por isso, rogamos aos nossos leitores que sejam críticos construtivos e possam fazer sugestões específicas, com o intuito do necessário aperfeiçoamento que toda obra humana reclama.

Reafirmamos o objetivo central de comunicação das linhas de pesquisas e da produção de nossos professores e alunos, de ontem e de hoje, para que o diálogo acadêmico possa propiciar o crivo da crítica plural e saneadora da comunidade científico-jurídica.

O texto de abertura, do Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Antônio Joaquim Fernandez Neto, sobre ***As políticas públicas de saúde e o Poder Judiciário***, reflete sobre a garantia da efetivação de políticas públicas nesse campo. O autor concedeu entrevista à FAS@JUS, compartilhando sua experiência nas ações e programas de proteção e defesa da saúde como Coordenador do Centro de Apoio Operacional às Promotorias da Saúde – CAO-Saúde, no âmbito do Estado de Minas Gerais.

Na coluna de artigos do corpo docente, encontramos quatro publicações.

O artigo da professora Cyntia Mirella Cangussu Fernandes e Sales trata a questão do registro civil do transexual, com o título *Transexualismo e o registro civil: preservação da intimidade ou do direito à informação de terceiros?*

As professoras Janaína Silveira Castro e Silvana Maria de Carvalho Mendes abordam o ***Direito à identidade genética da pessoa gerada por inseminação artificial em uma família monoparental: Princípios da Autonomia da Vontade e da Privacidade X Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Melhor Interesse da criança.***

O professor Hamilton Almeida Ferreira oferece-nos um artigo sobre ***Os tipos fundamentais de dominação política na visão Weberiana.*** O texto é fruto de parte da pesquisa destinada à preparação de sua dissertação de Mestrado na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

O quarto texto aborda a questão da igualdade no Estado democrático de direito, a interpretação constitucional de princípios e os argumentos que justificam o tratamento desigual de pessoas que se encontram em situação fática diferente. É uma leitura da fundamentação de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2649, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, com o destaque de seus principais argumentos. A contribuição do professor Richardson Xavier Brant é assim intitulada: ***Análise do princípio da***

igualdade e a interpretação de princípios em acórdão do Supremo Tribunal Federal – ADI n. 2649.

Na coluna artigos do corpo discente, são ofertados cinco artigos. A maioria deles é resultado das pesquisas do trabalho de conclusão de curso. Alguns trabalhos, pelo nível satisfatório alcançado, são recomendados pela Banca Examinadora à publicação e encontram, agora, espaço próprio e adequado.

O primeiro artigo é da acadêmica Fernanda Matos Ferreira e intitula-se ***O uso indiscriminado de algemas no ordenamento jurídico brasileiro: análise dos princípios da dignidade humana e da presunção de inocência.*** É a publicação parcial do resultado da pesquisa no trabalho de conclusão de curso, na reflexão sobre um tema polêmico e atual. Argumenta a autora a necessidade de ser interpretada a questão do uso de algemas sob a ótica de sua estrita necessidade, considerando que o uso indiscriminado viola a dignidade da pessoa humana, sobretudo quando não se mostra estritamente necessário, como meio de evitar outra violência maior.

O artigo das acadêmicas Fernanda Patrícia Pereira e Geusiani Pereira Silva traz o seguinte título: ***Associação de Proteção e Assistência aos condenados – APAC: nova possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade em observância aos direitos humanos.*** O método APAC de execução de penas privativas de liberdade é abordado sobre o prisma da possibilidade de respeito aos direitos humanos do recuperando.

A acadêmica Luana Caroline Botelho publica o artigo cujo título é ***A responsabilidade civil por perda de uma chance.*** Trata a autora do possível resquício de injustiça em face de situações nas quais o dano, ainda que indenizado material e moralmente, deixa o gravame da oportunidade perdida em razão do evento danoso. Os tribunais pátrios já começam a refletir as lições da doutrina quanto ao tema, com destaque para o acolhimento da tese em julgados do Superior Tribunal de Justiça.

O artigo de Marlice Fonseca de Souza intitula-se ***O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas de Saúde no Ordenamento Jurídico Brasileiro.*** A questão da intervenção do Judiciário, na formulação e aplicação de políticas públicas de saúde, é afirmada como possível e compatível com nosso sistema político-jurídico.

O último artigo do corpo discente é de Pablo Rodrigues de Paula, intitulado ***Dignidade humana e militarismo: uma análise do crime de pederastia como sinal da discriminação sexual.*** É enfocado, com clareza e destemor, o tema da liberdade de orientação sexual. A abordagem específica de um espaço de discriminação do homossexual, no desafio de superação do preconceito, em vias de conquista na sociedade brasileira atual, traz uma contribuição importante.

Na coluna reservada aos acadêmicos egressos das Faculdades Santo Agostinho, encontramos dois artigos de ex-alunas do curso de Direito.

A advogada Luciana Cristina Esteves Pinho oferece-nos o artigo sobre o ***Princípio da Intervenção Mínima e sua efetividade no Direito Penal Brasileiro.*** A autora cuida do tema do excesso legislativo no campo penal e dos exageros decorrentes. Recolhe-se a afirmação político-jurídica de que o sistema penal deve ser compreendido dentro do princípio da intervenção mínima e a violação desta orientação traz sérias consequências.

A advogada Stéfane Veloso Gangana publica o artigo intitulado ***O Poder de Investigação do Ministério Público***. Argumenta a autora que, no âmbito do Estado democrático de direito, deve ser reconhecido o poder de investigação como uma das atribuições constitucionais cometidas ao Ministério Público. Segundo a autora, isso “mostra-se importante no combate à criminalidade e na construção de um Estado socialmente mais justo”.

Na coluna reservada à publicação de resenhas de livros e filmes, encontramos a contribuição da acadêmica Andréia Coutinho Santos. Destacou a autora, em seu texto, o conteúdo da obra do Frei Bartolomé de Las Casas. O próprio título do livro é utilizado, ***O paraíso destruído: A sangrenta história da conquista das Américas***. Pareceu-nos relevante que essa primeira resenha seja sobre uma obra tão importante à compreensão de nossa própria história de genocídios de índios e de violência, comuns à colonização da América portuguesa e espanhola.

Fica a expressão de nossa gratidão pelas várias contribuições a esta primeira edição. Aos nossos leitores, o desejo de proveitosa leitura!

Os editores

SUMÁRIO

ENTREVISTA

POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO – p. 9
Procurador de Justiça Antônio Joaquim Fernandez Neto

ARTIGOS DO CORPO DOCENTE

TRANSEXUALISMO E O REGISTRO CIVIL: preservação da intimidade ou do direito à informação de terceiros? – p. 12
Cynthia Mirella Cangussu Fernandes Sales

DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DA PESSOA GERADA POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL EM UMA FAMÍLIA MONOPARENTAL: Princípios da Autonomia da Vontade e da Privacidade X Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Melhor Interesse da Criança – p. 22
Janaína Silveira Castro
Silvana Maria de Carvalho Mendes

OS TIPOS FUNDAMENTAIS DE DOMINAÇÃO POLÍTICA NA VISÃO WEBERIANA – p. 32
Hamilton Almeida Ferreira

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PRINCÍPIOS EM ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADI N. 2649 – p. 43
Richardson Xavier Brant

ARTIGOS DO CORPO DISCENTE

O USO INDISCRIMINADO DE ALGEMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: análise dos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência – p. 54
Fernanda Matos Ferreira

**ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS – APAC:
nova possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade em observância
aos direitos humanos – p. 67**

Fernanda Patrícia Pereira
Geusiani Pereira Silva

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE – p. 78

Luana Caroline Botelho de Araújo

**O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – p. 88**

Marlice Fonseca de Souza

**DIGNIDADE HUMANA E MILITARISMO: uma análise do crime de pederastia
como sinal da discriminação sexual – p. 103**

Pablo Rodrigues de Paula

ARTIGOS DE EGRESSOS

**PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO E SUA EFETIVIDADE NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO – p. 118**

Luciana Cristina Esteves Pinho

**O PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO
BRASILEIRO – p. 129**

Stefane Veloso Gangana

RESENHA

**RESENHA DE *O Paraíso Destruido: a sangrenta história da conquista da
América*. Frei Bartolomé de Las Casas – p. 142**

Andréia Coutinho Santos

POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO

Antônio Joaquim Fernandez Neto¹

1) Qual a importância, no cenário jurídico atual, da judicialização de políticas públicas de saúde?

A saúde é também um direito fundamental. Assim, é natural que cheguem ao judiciário as violações a esse direito. Trata-se de um direito importantíssimo, tardiamente reconhecido, que é pressuposto necessário para o exercício de outros direitos. Sem saúde não é possível exercer o direito ao trabalho e, sem trabalho, não há vida digna. O constante aperfeiçoamento da jurisprudência produz a consolidação dogmática do direito à saúde a partir dos casos concretos. Cabe ao judiciário definir a extensão e os limites do direito à saúde, tarefa que em que cresce a em relação ao direito mais exigida na medida por outro lado, a evolução consciência do cidadão em oferece novas alternativas individual e coletivo e, das ciências da vida cuperação da saúde. O para a promoção e a re- grande desafio é separar o joio do trigo. Distinguir entre a verdadeira necessidade humana e a falsa necessidade, indústria ou de um setor que mascara o interesse da profissional.

“ O constante aperfeiçoamento da jurisprudência produz a consolidação dogmática do direito à saúde ”

Nota-se, também, que a judicialização tem um impacto muito positivo nas políticas de saúde. A assistência farmacêutica, por exemplo, evoluiu rapidamente nos últimos anos e não se pode negar que as decisões judiciais exerceram forte pressão para que os gestores cuidassem de melhorar o sistema de dispensação de medicamentos. Grande parte das decisões judiciais se limita a determinar que se cumpram políticas públicas que só existem no papel. Ou seja, a judicialização contribui para que as políticas cumpram os objetivos para os quais foram criadas.

2) Sendo o SUS uma rede regionalizada e hierarquizada, cabe a todos os entes federativos, de forma conjunta ou individualizada, a garantia do direito à saúde. Em face da concentração de demandas perante os municípios, não haveria uma sobrecarga deste ente federativo?

As pessoas vivem no Município. E têm direito à assistência onde vivem. Daí a descentralização. Mesmo no caso de serviços de maior complexidade, o Município é

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

responsável pelo encaminhamento do cidadão à instituição de referência e pelo acompanhamento do caso. Há problemas de gestão e de financiamento. Os municípios devem conhecer bem o funcionamento da rede hierarquizada e assumir a responsabilidade pelo usuário do SUS. Transferir a responsabilidade para o Estado ou a União não resolve o problema do cidadão. É importante lutar para que seja garantido o financiamento adequado.

A sobrecarga do Município não é restrita à saúde, nem causada pela saúde. Decorre de uma excessiva concentração de poderes na União, em prejuízo de Estados e Municípios, que devem mobilizar-se para que aconteça uma reforma tributária capaz de corrigir as distorções no pacto federativo.

3) Caso não seja implantado um sistema de compensação imediato no custeio de medicamentos, essa sobrecarga não compromete a execução do orçamento municipal com a assunção de obrigações que deveriam ser repartidas com a União e Estados?

O ideal é que um sistema de compensação seja negociado e pactuado entre os gestores. Há decisões determinando a compensação em casos isolados. O judiciário pode agir, caso a caso, mas a definição de critérios para um sistema de compensação automática deve ser negociado. De qualquer modo, as decisões que determinam a compensação servem como parâmetro para que se aperfeiçoem critérios de justiça que garantam ao cidadão o direito à saúde.

4) Que providências poderiam ser adotadas para uma atuação conjunta entre os vários órgãos e agentes do sistema público de saúde que possam facilitar e viabilizar o atendimento das demandas dos cidadãos?

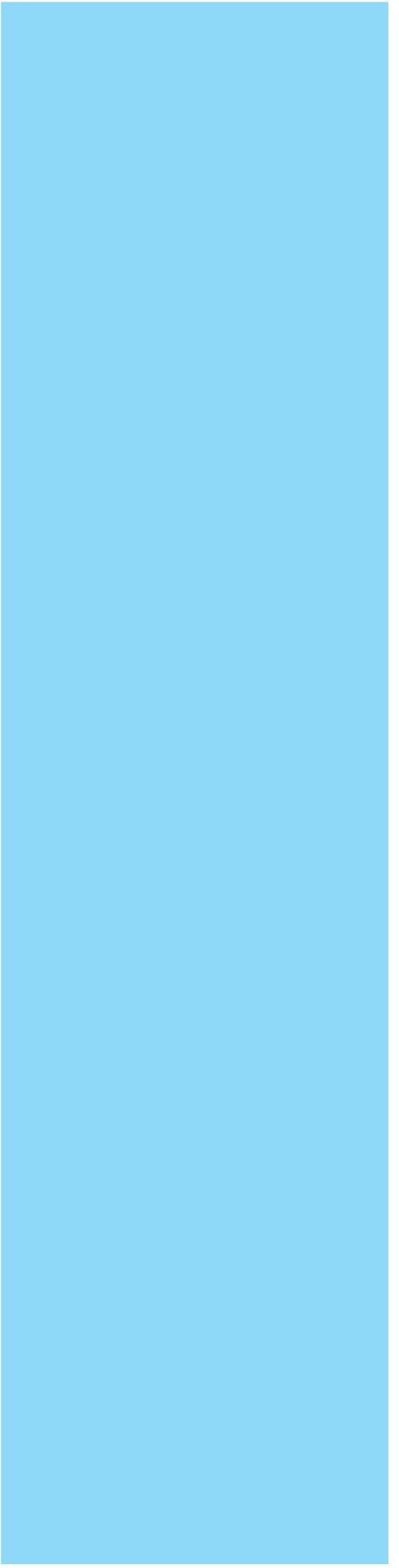
Para que o sistema funcione é necessário que a informação circule livremente e se transforme em conhecimento, em todos os níveis. O cidadão deve ser informado e estimulado a reivindicar seu direito, fiscalizando pessoalmente o trabalho dos gestores, dos prestadores de serviços de saúde e até dos conselheiros, que o representam nos Conselhos de Saúde.

Minas Gerais possui um excelente Código de Saúde. Além de incorporar conceitos de vigilância à saúde, a legislação estadual reforçou a necessidade de educação em saúde e adotou um modelo informativo. São diversas as normas que obrigam a gestão do SUS a manter informação permanente e adequada, tanto para o cidadão quanto para o próprio sistema. Acredito que o simples cumprimento dos deveres de informação e educação em saúde previstos na Lei Estadual n. Lei 13.317, de 24 de setembro de 1999, seria suficiente para melhorar muito a garantia da saúde como direito.

“
O cidadão deve ser informado e estimulado a reivindicar seu direito
”



ARTIGOS DO CORPO DOCENTE



TRANSEXUALISMO E O REGISTRO CIVIL: PRESERVAÇÃO DA INTIMIDADE OU DO DIREITO À INFORMAÇÃO DE TERCEIROS?

Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a situação de conflito que tem vivido o transexual após a cirurgia de transgenitalização no que concerne ao registro da nova situação em que se encontra. Após vencer a barreira da vedação imposta no ordenamento pátrio para a realização da cirurgia reparadora, tida pela medicina como o meio capaz de adequar o transexual ao corpo em que se encontra, este terá que vencer a nova polêmica criada nos tribunais em torno da condução do registro no que diz respeito a seu nome e ao estado de transexual transgenitalizado. Após a efetivação da cirurgia de redesignação sexual, os tribunais devem preservar a intimidade do transexual operado ou devem primar pelo direito à informação de terceiros para que não possam ser induzidos ao erro? Essa questão tormentosa, e sem resposta até aqui, norteará o presente estudo, trazendo à baila a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

Palavras-chave: transexualismo, transgenitalização, registro, intimidade.

ABSTRACT

The present work has as scope demonstrate the conflict which the transsexual after undergoing the trasgenitalization surgery has been living regarding to the registration of the new situation in which it is. After overcoming the barrier imposed in the national legal system to perform the reconstructive surgery regarded by medicine as a means able to adequate the transsexual to the body in which it is. This group of people will have to overcome this new polemic created by the courts about the conduction of the registration regarded to the name and the status of the transgenitalized transsexual. After undergoing the transgenitalization surgery the courts should preserve the privacy of the changed transsexual or should be given priority for the right of information to the others for not being induced to mistake? This tormentor issue and unanswered so far, will guide this study, raising up a doctrinal and jurisprudential discussion on the issue.

Keywords: transsexualism, transgenitalization, registration, privacy.

1 Considerações iniciais

O comportamento sexual das pessoas tem sido tema de investigações atuais. Os denominados desvios desses comportamentos, aquilo que foge ao comportamento

¹ Advogada. Professora da Faculdade de Direito das Faculdades Santo Agostinho. Especialista em Ciências Penais. Inscrita no Doutorado em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires. Email: cynthia.mirella@hotmail.com

regular da maioria, suscitam discussões científicas focadas, principalmente, na tolerância ou aceitação dessas condutas, nas mais diversas áreas do conhecimento, como tem ocorrido na psicologia, sociologia e também no direito.

Dentre os comportamentos sexuais diferenciados, destaca-se a questão do transexualismo, definido por Maria Helena Diniz como sendo “a condição da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto” (Stolze e Pamplona Filho, 2006, p. 159).

No Brasil, o tema ganhou relevância a partir da difusão dos chamados direitos da personalidade. Sustentado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o referido conjunto normativo vem garantindo cada vez mais ao transexual a possibilidade de reconhecimento e proteção de direitos, para um grupo até então ignorado juridicamente.

Discorrendo acerca do transexual, Carlos Roberto Gonçalves (2010) entende tratar-se de pessoas que anatomicamente possuem um sexo; porém, acreditam, indubitavelmente, pertencer ao sexo oposto.

Para o Conselho Federal de Medicina (CFM), o transexualismo é classificado como anomalia de identidade sexual, constando expressamente da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), cujo tratamento indicado é a cirurgia de redesignação sexual, que possibilita a alteração do sexo da pessoa acometida dessa disfunção.

2 Evolução do tratamento jurídico do transexual no Brasil

Na tentativa de adequação do corpo à identidade sexual, a única saída para o transexual, até o momento, é a cirurgia de transgenitalização, proibida no Brasil de forma expressa pelo Código Penal Brasileiro (CPB), que a considera lesão corporal de natureza grave, uma vez que produziria a perda ou inutilização de membro, resultando, dessa forma, uma pena de reclusão de dois a oito anos para os que a praticarem.

Como no Brasil não havia permissão para a referida cirurgia, e diante da proibição penal acima noticiada, as pessoas interessadas na sua adequação sexual efetivavam a redesignação fora do país, e, portanto, chegavam ao Brasil apenas as consequências jurídicas da transformação provocada pelo ato cirúrgico.²

² Em 1989, na Inglaterra, Roberta Close fez uma cirurgia de redesignação sexual. Logo após a intervenção, começou sua luta pelo direito de trocar de nome. Em 1992, conseguiu na 8ª Vara de Família do Rio autorização para trocar de documentos, mas foi negada em 2ª instância pelo (Supremo Tribunal Federal) em 1997. A defesa entrou com outra ação, pedindo o reconhecimento de suas características físicas femininas. Roberta, então, passou por nove especialistas médicos e os laudos mostraram que ela possuía aspectos hormonais femininos. A defesa também argumentou que Roberta não poderia viver psicologicamente bem com um nome que não desejasse e que a levasse a ser vítima de gozações e preconceito, além de que era direito íntimo dela mudar de nome. Sua defesa também mostrou cópias de casos de transexuais que conseguiram mudar de nome na justiça. Ao todo eram 37 casos até então no país, sendo que 36 eram do estado de São Paulo. Em 10 de março de 2005, quinze anos depois de sua primeira tentativa legal,

Com a difusão dos direitos da personalidade, que garantem a proteção integral à pessoa nos seus aspectos físicos, psíquicos e morais, direitos os quais, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009, p. 137) “... estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade”, a mudança de perspectiva no tratamento jurídico dado ao transexual foi facilitada.

Assim, sem legislação específica permissiva, a autorização para a efetivação da transgenitalização chegou ao Brasil a partir de batalhas judiciais, firmadas no reconhecimento dos direitos da personalidade aqui noticiados, nas quais se pleiteava a permissão para a efetivação da cirurgia reparadora.³

Dessa forma, em que pese a proibição penal e a proteção da integridade física disposta no Código Civil vigente, verificou-se que os direitos da personalidade primam não apenas pela integridade física, mas, também, pela manutenção da integridade psíquica da pessoa. Por isso, para a conformação do corpo e da mente, optou-se por permitir a cirurgia de transgenitalização no Brasil – posicionamento confirmado com a expedição da Resolução 1.482/97 pelo Conselho Federal de Medicina(CFM), na qual se considera permitida, de forma expressa, a cirurgia para a mudança de sexo e, atualmente, pode ser feita e custeada até pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Em 1989, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2006), tem-se, no país, a primeira decisão judicial permitindo a alteração do nome de transexual após cirurgia ocorrida no exterior. Porém, a referida decisão trouxe mais transtornos que alento a esse grupo de pessoas, uma vez que alterou o nome, na tentativa de não causar constrangimentos a quem se apresentava na figura física feminina e nome masculino, mas fez constar nos documentos do então autor da ação sob comento um terceiro gênero inexistente no país, qual seja, “transexual”.

Assim, as pessoas que necessitassem relacionar-se juridicamente com o(a) autor(a) da ação saberiam não se tratar de uma mulher, mas de uma pessoa cujo sexo foi alterado por meio de uma cirurgia.

Posteriormente, a partir dos anos 90, com o objetivo de evitar maiores dissabores ao transexual, tem-se notícias de decisões judiciais, inicialmente no sul do

Roberta Close conseguiu, finalmente, ter garantido o direito de mudar o nome de Luís Roberto Gambine Moreira para Roberta Gambine Moreira. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Roberta_Close. Acesso em 13.09.2010.

³ **Rio Grande do Sul** - Jurisdição voluntária. Autorização para operação. A pretensão da postulante de obter autorização para submeter-se à intervenção cirúrgica com o propósito de alteração de sexo com extirpação de glândulas sexuais e modificações genitais é de ser conhecida, pelos evidentes interesses jurídicos em jogo, dados os reflexos não só na sua vida privada como na vida da sociedade, não podendo tal fato ficar a critério exclusivamente das normas ético-científicas da medicina. Apelo provido em parte. (TJRS, 3ª C.Cív., AC 37.023, Rel.Des.GervásioBarcellos,j.11.12.1980)

país, depois em todo o território nacional, que privilegiaram a alteração do nome bem como do estado sexual do transexual operado, fazendo constar no registro civil a sua nova condição. Esse fato pode ser verificado nas decisões que se seguem:

Rio Grande do Sul - Registro público. Retificação do registro de nascimento. Tendo a pessoa portadora de transexualismo se submetido à operação para transmutação de suas características sexuais, de todo precedente o pedido de retificação do assento de nascimento para adequá-lo à realidade. (TJRS, 4.^a C.Cív., AC 591 019 831, Rel. Des. Gervásio Barcellos, j. 05.06.1991).

São Paulo - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – ASSENTO DE NASCIMENTO – TRANSEXUAL – ALTERAÇÃO NA INDICAÇÃO DO SEXO – DEFERIMENTO – Necessidade da cirurgia para a mudança de sexo reconhecida por acompanhamento médico multidisciplinar. Concordância do Estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a manutenção do estado sexual originalmente inserto na certidão de nascimento. Negativa ao portador de disforia do gênero do direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e à conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento que acaba por afrontar a Lei Fundamental. Inexistência de interesse genérico de uma sociedade democrática em impedir a integração do transexual. Alteração que busca obter efetividade aos comandos previstos nos arts. 1º, III, e 3º, IV, da Constituição Federal. Recurso do Ministério Público negado, provido o do autor para o fim de acolher integralmente o pedido inicial, determinando a retificação de seu assento de nascimento não só no que diz respeito ao nome, mas também no que concerne ao sexo. (TJSP – AC 209.101.4/0 – 1ª CDPPriv. – Rel. Des. Elliot Akel – J. 09.04.2002).

Nessa questão, o próprio STJ já se manifestou:

São Paulo - Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. - Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. - a alteração do

designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. - (STJ – Resp 1.008.398 - SP – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/10/2009).

Com a nova conquista alcançada pelo transexual – de ver inseridos no registro o nome e o estado adequados à sua identidade sexual –, resta ainda ao direito resolver duas questões: dar ou não publicidade a essas alterações? E como enfrentar as consequências dessas alterações no que concerne aos interesses de terceiros?

3 Intimidade *versus* Direito à informação de terceiros

Pacificadas as discussões quanto à proteção dada ao transexual, primeiramente, em relação à adequação sexual, pela permissão da cirurgia, e, posteriormente, pela possibilidade de alteração do nome e do estado, com inserção no registro público da nova condição, resta ainda um grande conflito a ser superado: proteger a intimidade do transexual, com a manutenção da alteração no registro público em sigilo, ou manter a publicidade de tal ato, a fim de não fomentar o erro das pessoas que necessitem manter relações jurídicas com o transgenitalizado?

Como acima noticiado, primeiramente, optou-se por proteger a sociedade, já que, inicialmente, permitiu-se a alteração do nome, mas não do estado sexual. Posteriormente, alterou-se o estado, porém fazendo constar o adjetivo transexual nos registros da pessoa transgenitalizada. Já num estágio mais avançado da jurisprudência pátria, mas ainda não ideal, permitiu-se a mudança nos registros, mas resguardando a publicidade do ato, como se depreende da decisão abaixo.

Rio Grande do Sul - REGISTRO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. NOME E SEXO. TRANSEXUALISMO. Sentença acolhendo o pedido de alteração do nome e sexo, mas determinando segredo de justiça e vedando no fornecimento de certidões referencia a situação anterior. Recurso do ministério público se insurgindo contra a mudança de sexo, pretendendo que seja consignado como transexual feminino, e contra a não publicidade do registro. Embora sendo transexual e tendo se submetido à operação para mudança de suas características sexuais, com a extirpação dos órgãos genitais masculinos e a implantação de uma vagina artificial, biológica e somaticamente continua sendo do sexo masculino. Inviabilidade da alteração, sem que seja feita referência a situação anterior, ou para ser consignado como sendo transexual feminino, providência que não encontra embasamento mesmo nas legislações mais evoluídas. Solução alternativa para que, mediante averbação, seja anotado que o requerente modificou o seu prenome e passou a ser considerado como do sexo feminino em virtude de sua condição transexual, sem impedir

que alguém possa tirar informações a respeito. Publicidade do registro preservada. Apelação provida em parte. (TJRS – AC 595178963, 3ª C. Cív., Rel. Des. Tael João Selistre, j. 28/12/1995).

Todavia, há decisões nas quais se preserva a intimidade do transexual operado, uma vez que é um direito constitucional e civilmente protegido, para resguardar a vida privada das pessoas contra intromissões indevidas. Desta feita, tem decidido alguns tribunais:

Minas Gerais – Apelação Cível. Cirurgia de redesignação sexual. Mudança de prenome e sexo. Averbação à margem do registro civil. Necessidade. Forma de processamento da alteração registral. Omissão. Sentença integrada de ofício. Deve ser mantida a sentença que ao acolher o pedido de mudança de prenome e gênero, em razão de cirurgia de redesignação sexual, determina que conste à margem do registro de nascimento a anotação de que as alterações de nome e sexo decorrem de decisão judicial. Cumpre à instância recursal, de ofício, integrar a sentença cujo dispositivo não dispõe sobre a forma de processamento da ordem judicial de retificação do registro civil, de forma a resguardar o sigilo da anotação, evitando-se, por conseguinte, violação à intimidade da parte. (TJMG, AC 1.0024.08.239042-/001(1), rel. Des. Afrânio Vilela, j. 11.08.2009).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), bem como o Código Civil de 2002 (CC/2002) destacam proteção à intimidade e à vida privada, preservando a pessoa natural contra a incursão de terceiros nessa seara da personalidade.

Para alguns autores, como Fábio Ulhoa Coelho (2006), privacidade e intimidade são termos sinônimos, pois a proteção dispensada a ambos os atributos da pessoa obedece ao que chama de “regime geral da proteção da vida privada”, sendo desnecessária, segundo ele, qualquer tentativa de distingui-los.

Outros, porém, traçam elementos distintivos entre um e outro elemento da pessoa. Dentre os que distinguem a privacidade da intimidade, muitos entendem a privacidade como gênero do qual a intimidade seria espécie, e apresentam, então, um direito como sendo decorrente do outro, como é o pensamento exposto por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010).

Nesse mesmo sentido, Kildare Gonçalves Carvalho (2002) considera que privacidade é a relação pessoal que deve ser mantida fora do alcance do público em geral, e cita como exemplo dessas relações a vida familiar, o lazer, os negócios, a vida amorosa de cada um.

Já a intimidade é entendida como sendo a esfera na qual a pessoa deseja manter fatos ou circunstâncias sob segredo, mesmo perante os mais próximos. Intimidade é, portanto, a garantia que se tem de manter informações que dizem respeito apenas ao titular, fora do alcance ou conhecimento de terceiros.

A preservação da intimidade e da vida privada tem como objetivo precípua a manutenção da integridade psíquica da pessoa natural, para que possa conduzir sua vida, digna e tranquilamente, livre das intromissões alheias.

Ao optar pela cirurgia de transgenitalização, o transexual operado deseja a conformação de seu corpo com sua mente, já que o transexualismo é considerado como uma enfermidade, cuja “cura” está na efetivação da cirurgia reparadora.

Portar ou não doença, a menos que seja do interesse público, faz parte da esfera íntima das pessoas, bem como o tratamento correspondente. Cabe somente a elas a escolha das pessoas com quem desejam partilhar tais informações, se e quando desejarem.

Assim, a divulgação ou não de enfermidades ou da respectiva cura é de interesse exclusivo do seu portador, quando não importar em ofensa da integridade da coletividade, como é o caso das doenças infecto-contagiosas que dizem respeito à população em geral que teria, a partir do seu conhecimento e dos meios de prevenção, como se precaver da respectiva infecção.

Como o transexualismo não acarreta riscos para a população em geral, e nem é o seu conhecimento de interesse público, a divulgação de sua existência ou da efetivação da cirurgia reparadora ferem, acintosamente, a proteção integral à intimidade do transexual.

Segundo Alexandre de Moraes (2006), tornar público aspectos da intimidade ou da vida privada da pessoa natural seria uma afronta clara e ostensiva ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Para ele, a dignidade da pessoa humana,

é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (Moraes, 2006, p.16).

E é com esse mesmo pensamento que a jurisprudência brasileira tem-se inclinado no sentido de manter em segredo o registro do transexual transgenitalizado, acreditando que, com a divulgação desse fato, poderia ferir frontalmente a sua dignidade colocando-o exposto ao desprezo e descrédito público.

Por outro lado, há os que primam pela proteção da sociedade, determinando a publicidade da alteração nos registros do transexual, para evitar que relações jurídicas sejam eivadas de vício, ensejando a sua invalidação perante o judiciário.

As primeiras sentenças, e algumas na atualidade, publicavam e publicam a condição do transexual no registro civil, na tentativa de preservar os interesses de terceiros. Afirmavam que, se se mantivesse em segredo a alteração do estado sexual, poder-se-ia induzir ao erro as pessoas que se interessassem em relacionar-se com o transexual.

A lei civil apregoa que o erro ou a ignorância são fatores que levam à invalidação do negócio jurídico, e acentua que o erro quanto à qualidade ou à identidade da pessoa, a quem é destinada a declaração de vontade, é considerado como sendo um erro substancial, já que incidiria sobre circunstâncias ou aspectos relevantes do negócio jurídico.

Paulo Lobo (2008) aponta como a principal causa de anulação do casamento o erro sobre a pessoa do outro cônjuge, aqueles que dizem respeito às qualidades essenciais da pessoa, e indica como exemplo dessas qualidades as características morais, intelectuais, espirituais, físicas, socioprofissionais, capazes de distingui-las das outras pessoas.

Assim, segundo alguns juízes, a não garantia da publicidade no registro civil, quando da mudança do transexual, indicando que os dados ali inscritos se originam de uma sentença judicial, seria a legitimação do erro de terceiros quanto à pessoa do transexual. Tal situação impediria ou, pelo menos, dificultaria a consecução da prova necessária para a invalidação dos atos jurídicos decorrentes do erro sobre a pessoa do transexual, ante a dificuldade de obtenção da informação acerca de sua nova condição.

4 Considerações finais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) fixou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. A partir daí, todos os institutos que tratam da pessoa devem ser analisados sob essa ótica.

O reconhecimento desses direitos, na seara privada, abriu os olhos dos juristas para problema dessa natureza, uma vez que passaram a perceber a pessoa nos seus vários aspectos e nas suas diversas necessidades. Acentuou-se tal discussão com o advento do Código Civil, que passou a tratar de princípios constitucionais que garantem direitos inatos à condição humana.

Pode-se, dessa forma, atribuir a essa nova compreensão dos direitos da pessoa a mudança de tratamento no tocante aos transexuais, inclusive com manifestações não apenas jurídicas, mas também sociais.

Em que pese a evolução no tratamento dado aos transexuais, ainda persistem as seguintes dúvidas: a) proteger a intimidade dos transexuais, e por isso não permitir a divulgação da mudança do nome e do estado, quando autorizados judicialmente?; ou b) direcionar a proteção à sociedade para que não incorra em erros quando da necessidade de se relacionar com essas pessoas, exemplificativamente, no caso do casamento com um transexual operado?

Enquanto não houver uma uniformização da jurisprudência ou legislação que regulamente o registro civil do transexual, após a cirurgia de redesignação sexual tanto para resguardar a intimidade do transexual operado quanto para proteger a sociedade sujeita às relações jurídicas com ele, a instabilidade prevalecerá.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003.

BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva: 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol I. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GANGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil:** Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. I. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DA PESSOA GERADA POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL EM UMA FAMÍLIA MONOPARENTAL: Princípios da Autonomia da Vontade e da Privacidade X Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Melhor Interesse da Criança

Janaína Silveira Castro¹

Silvana Maria de Carvalho Mendes²

RESUMO

Direito à identidade genética da pessoa gerada por inseminação artificial em uma família monoparental é uma questão preocupante no Brasil, porque ainda não há lei específica para regulamentar tal procedimento. Tem-se, apenas, uma resolução do Conselho Federal de Medicina – Resolução CFM nº. 1.358/92³, estabelecendo normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Essa resolução expressamente permite que “toda mulher”, incluindo as que não têm companheiro, possa utilizar do recurso da reprodução assistida e que não seja conhecida a identidade do doador. A partir dessa proteção ao sigilo da identidade do doador, algumas inquietações foram surgindo, gerando perguntas ainda sem respostas, inclusive no âmbito jurídico, em decorrência da inexistência de lei sobre a matéria. A primeira das inquietações originou da reflexão sobre o conflito existente entre os princípios, analisando se o princípio da autonomia da vontade no planejamento familiar seria suficiente para permitir que a opção da mãe possa influir na vida de uma criança de forma a definir que o filho já nasça sem pai e sem qualquer possibilidade de vir a conhecê-lo. Outra ponderação foi até que ponto a autonomia da vontade de dois agentes capazes, mãe receptora e “pai” doador, poderia interferir na vida de uma pessoa considerada pela lei como absolutamente incapaz e que, por esse motivo, não poderia manifestar a sua vontade. Considerando a provável existência de problemas emocionais, afetivos, psicológicos causados ao filho, deve-se analisar também se haveria possibilidade de se responsabilizar a mãe por esses danos. O objetivo é analisar o conflito gerado entre os princípios da autonomia da vontade no planejamento familiar e do direito à privacidade, em confronto com os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, se não há hierarquia entre princípios. A metodologia utilizada foi bibliográfica, bem como estudo jurisprudencial.

Palavras-chave: identidade genética, dignidade da pessoa humana, inseminação artificial.

ABSTRACT

The right to genetic identity of the person borne through artificial insemination in a single-parent family is a worrying issue in Brazil because there is no specific law to regulate such

¹ Bacharel em Direito/Professora Universitária. Especialista (Docência do Ensino Superior e Psico-pedagogia Clínica e Institucional) pela Faculdade Ibituruna Montes Claros. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UGF. Doutoranda pela UBA Professora das Faculdades Santo Agostinho e-mail: janacastro@oi.com.br

² Advogada. Professora das Faculdades de Direito Santo Agostinho. Especialista em Direito Administrativo e Docência e Metodologia do Ensino Jurídico pelas Faculdades Santo Agostinho. Graduada em Letras – Português/Francês pela Unimontes.

³ http://www.portamedico.org.br/php/pequisa_resolucoes.php. Acesso em 15.03.2010.

procedure. What we have is just a resolution of the Federal Council of Medicine – Resolution CFM nº 1.358/92³, establishing ethical standards for the use of assisted reproduction techniques. This resolution expressly allows “every woman”, including those who have no partner, to use the resource of assisted reproduction and states that the donor’s identity shall not be known. From that protection of the confidentiality of the donor’s identity some concerns have emerged, raising questions that remain unanswered, in the legal sphere inclusive, due to the nonexistence of law on the subject. The first of those concerns originated from reflection on the existing conflict between the principles, assessing whether the principle of freedom of choice in family planning would be sufficient to allow the mother’s choice to influence on the life of a child so as to define that the child is born fatherless and without any possibility of coming to know him. Another consideration was the extent to which the freedom of choice of two capable agents, recipient mother and donor “father”, could interfere with the life of a person deemed by law as totally helpless and, therefore unable to express his or her will. Considering the probable existence of emotional, affective and psychological problems caused to the child, it must be also assessed whether there would exist the possibility of holding the mother responsible for these damages. The objective is to analyze the resulting conflict between the principles of freedom of choice in family planning and the right to privacy against the principles of human dignity and the child’s best interest since there is no hierarchy of principles. The methodology used was literature as well as jurisprudential study.

Keywords: genetic identity, human dignity, assisted reproduction.

1 Direito à identidade genética da pessoa gerada por inseminação artificial em uma família monoparental

O tema abordado se refere à análise do direito à identidade genética do filho gerado pelo procedimento da inseminação artificial em uma família monoparental, bem como o conflito entre os princípios da autonomia da vontade no planejamento familiar da mãe receptora de material genético de um banco de sêmen. do princípio da privacidade do doador de gameta em manter-se no anonimato, em confronto com os princípios da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança.

O estudo será baseado na análise dos princípios mencionados, bem como nos dispositivos constitucionais que disciplinam o assunto, na Lei nº. 9.293/96 e na Resolução CFM nº. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) no capítulo VII, trata da família, da criança e do adolescente, trazendo os seguintes dispositivos:

Art. 226.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal [...]

Art. 227.

§ 6º Os filho, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações [...]

A Lei nº 9.263/96⁴, ao regulamentar o § 7º do at. 226 da CRFB/88, ampliou o direito ao planejamento familiar a todo cidadão, considerando não mais apenas o casal, mas o homem e a mulher de forma individualizada:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão.

Art. 2º [...] entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade [...] pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os meios e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Observa-se que a CRFB/88, ao mesmo tempo em que reconhece como família aquela formada pelo pai ou mãe e o filho, denominada pela doutrina como família monoparental, estabelece que o planejamento familiar é de autonomia do casal. Considerando também que a Constituição define nos direitos fundamentais que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, pode-se inferir ser legítimo o direito de a mulher sozinha decidir em constituir uma família monoparental, optando pela inseminação artificial. Este direito, no entanto, não pacífico na doutrina.

No entendimento de Leite (1995, p.150/151):

Toda criança tem, normalmente, um pai e uma mãe. Esta é a lei da natureza. É fácil reconhecer nelas uma vocação natural e legítima de ter pai e mãe e, por eles ser educada. Isto fica garantido pelo casamento e, hoje, pela entidade familiar [...] Toda nova instituição tem necessidade de se referir a um modelo. No caso das procriações artificiais, o modelo continua sendo o da família plena que exige a presença do pai e da mãe, [...]. Se a família que o legislador tem interesse de garantir à criança é formada por pai e mãe, a possibilidade de mulheres solteiras recorrerem à procriação artificial fica excluída.

Gama (2003, p.784), ao escrever sobre as relações parentais, com destaque para os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga, destinou um pequeno espaço à família monoparental em que destaca que a ideia do texto constitucional, ao referir-se especificamente à competência do casal para o planejamento familiar, em regra exclui o direito de a mulher sozinha ter filhos, por acreditar que a ausência do pai na relação filial

⁴ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9263.htm>. Acesso em 15.03.2010.

atingiria o princípio do melhor interesse da criança:

Não há como reconhecer, como regra, o direito à reprodução de pessoa sozinha, levando em conta especialmente o princípio do melhor interesse da futura criança que, privada do pai ou da mãe, se sujeitaria à estrutura familiar parcial, pois um dos *trancos da árvore* não se constituiria, tornando-a desigual em relação às demais pessoas desde o momento da concepção.

A seguir, ressalva Gama (2003, p.785) que a CRFB/88, ao reconhecer outras formas de família e ao contemplar a igualdade como direitos de todos, por via indireta, estende à família monoparental a mesma proteção destinada às demais famílias, mas afirma que essa proteção não é irrestrita “contudo, há limites rígidos para a pessoa sozinha procriar com o recurso às técnicas de reprodução assistida, como o melhor interesse da criança associado aos princípios da paternidade responsável e da dignidade da futura pessoa humana.”.

Em relação à conduta de outros países, Gama (2003, p. 784) destaca:

No direito comparado, a tendência tem se delineado no sentido da inadmissibilidade de reprodução assistida em favor da pessoa sozinha, salvo a experiência espanhola – tida como a mais liberal na tradição romano-germânica – que considera perfeitamente legítimo e constitucional o recurso às técnicas concepcionistas por mulher sozinha.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069 de 1994, estabelece no art. 27 “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível [...]” defendendo, dessa forma, a legitimidade do filho em propor ação de investigação de paternidade em qualquer tempo sem nenhum tipo de negociação. Trata o Estatuto do direito à filiação e seus efeitos legais: paternidade, alimentos e direitos sucessórios.

Barroca (2006, p.74/75) argumenta que a possibilidade de identificação do doador poderia causar um esvaziamento dos bancos de material genéticos, em razão do temor de uma possível investigação de paternidade e afirma:

É certo que não se pode admitir que alguém que por altruísmo, deposita seu sêmen em um banco ou permite a retirada de seus óocitos para doação a um desconhecido, possa ser responsabilizado pela paternidade ou maternidade. É evidente que o doador não tem interesse na vinculação e fica claro que este não poderá ser responsabilizado por isso.

Realmente não há intenção do doador em se tornar pai e hoje o conceito é de paternidade socioafetiva e não mais biológica. Pai é aquele que cria, cuida, dá amor, mas a questão a ser discutida vai mais além. No caso da reprodução assistida heteróloga, estão garantidas as figuras da mãe e do pai na relação familiar, porém o mesmo não se

pode dizer quando a família for constituída deliberadamente apenas pela figura materna. Nessa situação, os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana seriam inexistentes, pois não haveria “pai” biológico nem afetivo, além de não haver sequer conhecimento da identidade paterna.

Barroca (2006, p.75) conclui:

É bastante polêmica a questão das técnicas de reprodução assistida em mulher solteira, viúva, divorciada, separada ou homossexual. Se a questão deste tipo de inseminação heteróloga se tratar de Direito, com enfoque no princípio da legalidade, verifica-se que não há lei que proíba à mulher sem marido ou companheiro que se submeta aos tratamentos de fertilização assistida.

O que se busca no tema proposto é a defesa da dignidade da pessoa humana, o direito ao conhecimento da ascendência genética, à identidade, ao histórico da paternidade que lhe foi atribuída, ainda que sem a geração dos efeitos legais.

Sarlet (2007, p.62) assim define o que é dignidade humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Xavier (2004, p.43), ao tratar da dignidade do ser humano, analisando a Fundamentação da Metafísica dos Costumes de Kant, explica: “o homem é um fim-em-si, isto é, a vedação ético-moral da instrumentalização do homem, a afirmação de que o homem nunca pode ser usado para atingir outra finalidade senão a própria realização enquanto ser.”

Em relação ao direito à identidade, Amorim (2003, p.91) afirma: “A identidade é a própria individualidade do ser.”

De Cupis, *apud* Amorim (2003, p.91), enfatiza:

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por conseqüência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais.

A dignidade da pessoa humana, apontada no art. 1º da CRFB/88 como princípio

fundamental, foi também acolhida no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e posto explicitamente no artigo 3º:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes [...] todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Na relação familiar, a efetivação dos direitos mencionados é alcançada quando se observa o respeito e a aplicação dos princípios da paternidade responsável, do melhor interesse da criança, aos direitos da personalidade, da identidade. Essa proteção privilegiada sobrepõe-se aos direitos dos demais integrantes da família sem que isso represente violação de direito dos demais.

Ao analisar a perspectiva dignidade como limite, Sarlet (2007, p.117/118) assim leciona:

[...] cabe lembrar que, no âmbito da indispensável ponderação (e, por conseguinte, também hierarquização) de valores, inerente à tarefa de estabelecer a concordância prática (na acepção de Hesse) na hipótese de conflitos entre princípios (e direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental. Tal constatação assume ainda maior relevância, em não se olvidando a já suficientemente destacada primazia desfrutada pela dignidade da pessoa no âmbito da arquitetura constitucional, sem que, com isto, estejamos – convém frisá-lo para evitar mal-entendidos – a sustentar a existência de uma hierarquia jurídico-formal entre as normas constitucionais, a ponto de justificar uma inviável (e praticamente não mais defendida) inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.

A possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida por uma mulher sozinha traz, em seu bojo, conflitos relevantes de valores, direitos e princípios aos quais o judiciário necessita recorrer já que há uma lacuna no ordenamento jurídico.

A Resolução CFM nº. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, elaborou as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistidas sendo estas, na ausência de lei específica, o único instrumento disciplinador do tema no Brasil até o presente momento.

Interessa a este trabalho mencionar os seguintes itens da Resolução:

II – USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 – Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptadora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira

livre e consciente em documento de consentimento informado.

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

[...]

2 – Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 – Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Observa-se que a Resolução assegura aos doadores e receptores de material genético, envolvidos na reprodução assistida, total anonimato, mesmo no caso da exceção prevista de motivação médica, isto é, havendo necessidade de se conhecer a carga genética do doador em função de tratamento médico, de risco de vida do filho, essa informação será repassada de médico para médico, sem que implique a identificação civil do doador.

Salienta Gama (2003, p.626) que as técnicas de reprodução assistida, em particular, a reprodução heteróloga, trouxeram novos elementos para a compreensão e interpretação para as normas jurídicas no Brasil e por esse motivo requerem a “construção de uma normatização, clara, transparente, coerente e cumpridora dos princípios constitucionais”, ideia ratificada pela afirmação de Leite (1995) de que os conceitos tradicionais de paternidade e maternidade precisam ser revistos pela legislação, uma vez que a utilização dos princípios gerais do direito são recursos temporários para a solução de questões que surgem.

Fica evidente que o avanço tecnológico, o progresso científico ao possibilitarem o aprimoramento de técnicas que permitem às mulheres⁵ gerar um filho recorrendo a um banco de sêmen acabem por evidenciar também sérios problemas que podem advir desse procedimento, principalmente sem a existência de legislação clara, responsável, ética, comprometida com os princípios constitucionais.

Para Sarlet (2007, p.113):

[...] não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares [...] o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos.

⁵ Por uma questão de respeito ao princípio da isonomia, cabe ressaltar que homens sozinhos também podem recorrer ao recurso da reprodução assistida para ter um filho de seu próprio material genético utilizando uma “barriga de aluguel”.

O Estado-legislador não pode, portanto, permanecer omissivo diante de uma realidade latente no país, devendo assumir, de forma urgente e eficaz, sua função de promover e garantir o exercício de um direito fundamental previsto na CRFB/88.

2 Considerações finais

Inegável que o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida é muito valiosa na vida dos casais que não podem ter seus filhos pelo método natural da conjunção carnal, proporcionando a eles realização do sonho da maternidade e da paternidade, independentemente do método.

No caso da fertilização heteróloga, por exemplo, é fato que a opção desse pai em aceitar a introdução de sêmen de outro homem em sua mulher para gerar um filho que ele já ama pela simples idéia de poder tê-lo é, por si só, uma demonstração de amor paterno. A opção de uma mulher sozinha em gerar um filho resultado de inseminação artificial pode, também, demonstrar o quanto o filho é desejado. Esses argumentos talvez sejam os maiores antídotos para os prováveis traumas porventura causados.

Sabe-se ainda que a concepção atual de paternidade já não é mais focada no aspecto biológico; mas na afetividade, no amor gerado pela convivência, na dedicação daquele que é pai independentemente da consanguinidade, a denominada paternidade socioafetiva.

Mas esta não pode ser a única a leitura feita. Não se pode afirmar, com certeza, que o filho gerado por inseminação artificial, em especial por fertilização heteróloga ou de “produção independente” pela mãe que recorre a banco de sêmen, não tenha algum problema de ordem psicológica ou emocional pelo fato de não poder saber quem lhe deu a vida.

A utilização do procedimento não só da inseminação artificial, mas de outros recursos da engenharia genética são uma realidade, assim como também é realidade que nem sempre as leis conseguem acompanhar, no mesmo ritmo, as evoluções decorrentes da modernidade, do desenvolvimento tecnológico e científico.

É preciso um controle para não se permitir que os resultados desse desenvolvimento possam interferir na vida das pessoas, a ponto de atingir seus direitos fundamentais, como o direito à identidade. Por isso torna-se necessária e urgente a criação de leis disciplinadoras do tema, em especial para a reprodução humana assistida.

Importante destacar que as discussões teóricas e doutrinárias até agora apresentadas sobre o direito à identidade genética e o conflito entre os princípios da autonomia da vontade no planejamento familiar e da privacidade em contraponto aos

princípios da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança têm seu foco na reprodução assistida heteróloga por casais. O que se busca analisar e demonstrar, nessa pesquisa, são as consequências que a reprodução assistida pode causar quando a opção é feita por uma mulher que não tem companheiro, estabelecendo em definitivo a não existência de pai na vida desse filho e a regulamentação em lei específica da supressão ou não do direito a conhecer sua origem.

REFERÊNCIAS

AMORIM, José Roberto Neves. **Direito ao nome da pessoa física**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROCA, Tatiana. **Bioética no início da vida: dilemas pensados de forma transdisciplinar** in CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (organizadora). Petrópolis: Vozes, 2006.

BRASIL. **Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. D.O.U. de 15/1/96. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9263.htm>. Acesso em 15.03.2010.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.358/92**. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php. Acesso em 15.03.2010.

CURY. Munir (coordenador). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 9ª ed. atual. Por CURY. Maria Júlia Kaial. São Paulo: Malheiros, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: RT, 1995.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2007.

XAVIER, Elton Dias. **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. in LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OS TIPOS FUNDAMENTAIS DE DOMINAÇÃO POLÍTICA NA VISÃO WEBERIANA

Hamilton Almeida Ferreira¹

RESUMO

Este artigo trata das formas de dominação política tipificadas por Max Weber, num âmbito definido de exercício do poder político. *Os tipos fundamentais de dominação política*, conforme o autor em estudo define, proporcionam um enorme espaço, dentro dos diversos exemplos históricos, para que possam ser analisados. As formas de dominação política tipificadas por WEBER apresentam certa relevância do papel desempenhado pela dominação em todos os tipos de formação social, seja ela, economicamente, mais ou menos importante e politicamente, mais ou menos organizada. Weber conceitua três tipos fundamentais de dominação: a *dominação burocrática*, baseada num sistema de regras racionais estatuídas; a *dominação tradicional*, centrada no patriarcalismo e no patrimonialismo e que encontra seu fundamento na autoridade pessoal e na tradição sagrada; e a *dominação carismática*, que se fundamenta na entrega ao extraordinário, na crença no carisma, na revelação ou graça concedida à determinada pessoa, por exemplo, um herói ou um redentor político.

Palavras-chave: Dominação. Política. Poder. Autoridade.

ABSTRACT

This article discusses the forms of political domination typified by Max Weber, a defined scope for the exercise of political power. The basic types of political domination, as the author sets the study, provide a huge space, within the various historical examples, that can be analyzed. The forms of political domination typified by WEBER have some relevance of the role of domination in all types of social formation, be it economically, more or less important and politically, more or less organized. WEBER conceptualizes three basic types of domination: the bureaucratic domination, based on a rational system of rules laid down; traditional domination, focused on patriarchy and the patrimonial and which finds its basis in personal authority and sacred tradition, and the charismatic domination, which is based on delivery to the extraordinary, the belief in charisma, the revelation or grace granted to a particular person, such as a hero or a political redeemer.

Keywords: Domination. Policy. Power. Authority.

¹ Professor do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho e Mestre em Instituições Jurídico-políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. E-mail: hamilton.almeida@yahoo.com.br

1 Introdução

Nas formações sociais de todos os tipos, sejam as economicamente mais relevantes ou menos relevantes, as de formações politicamente mais organizadas ou menos organizadas, a dominação desempenha um papel claro de *poder*², porém nem toda posição de poder manifesta-se como forma de dominação. Mas, em grande parte das formas de dominação, o modo como os meios econômicos são empregados para conservar a dominação influencia, diretamente, na estrutura em que se exerce o poder. Também ajuda na definição da estrutura, aquela função intermediária que possui o interesse em obedecer, para obter ou manter o poder de domínio sobre aqueles em funções inferiores.

Nem sempre a dominação busca alcançar, para seus detentores, uma quantidade expressiva de bens, a simples disposição de bens, ou seja, na mão de quem os bens estiverem, ou como esta pessoa disporá dos bens, ocasionalmente estará exercendo, direta ou indiretamente, uma forma de dominação. Exemplificando, uma determinada pessoa, escolhida para ocupar um cargo de secretário de ação social, cuja uma das funções é a distribuição de alimentos, poderá canalizar esta ação de diversas formas, seja atendendo a interesses pessoais ou de quem o colocou no cargo, vislumbrando para um ou para o outro um cargo público de maior relevância em que poderá exercer o domínio político. A maneira como sua atividade for exercida irá determinar por consequência as atitudes do assistido que, para sua subsistência, se deixará ser influenciado.

As formas com as quais é possível elencar os conceitos de dominação fazem com que não se restrinja a um único significado. A subsistência de toda dominação depende do apelo aos princípios de sua legitimação.

São três as formas de poder, a serem analisadas neste artigo, que podem validar e legitimar a dominação política, conforme a visão de MAX WEBER exposta em sua obra *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. São elas:

a) *Poder Burocrático*: Baseado num sistema de regras racionais estatuídas, pactuadas ou impostas, que encontram obediência quando a pessoa por elas

¹ Em sentido social, o poder pode ir desde a capacidade geral de agir, até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: poder do homem sobre o homem. No campo da política, o poder é considerado como uma das variáveis fundamentais, em todos os setores de estudo da política: na análise das burocracias, das organizações de estruturas hierárquicas, das relações internacionais, dos sistemas políticos nacionais e locais. Desta forma, o poder está ancorado por um lado na institucionalização e na legitimação da autoridade e, por outro na possibilidade efetiva do recurso à ameaça e, como extrema medida, ao uso da violência. (BOBBIO, N. Dicionário de Política).

autorizada as exige. O portador individual do poder de mando está legitimado por aquele sistema de regras racionais, sendo seu poder legítimo, na medida em que é exercido de acordo com aquelas regras. Obedece-se às regras e não à pessoa, ocorre quando a ação social de uma formação de domínio se baseia numa relação associativa racional.

b) *Poder Tradicional*: Encontra seu fundamento na autoridade pessoal, na tradição sagrada, isto é, no habitual, no que tem sido assim desde sempre, tradição que prescreve obediência diante de determinadas pessoas. A ação social, numa visão vinculada a relações de autoridade tradicionais.

c) *Poder Carismático*: A formação de dominação carismática apoia-se na autoridade não racionalmente e nem tradicionalmente fundamentada de personalidades concretas; esta pode encontrar seu fundamento na entrega ao extraordinário, ao novo, na crença no carisma, isto é, na revelação atual ou na graça concedida a determinada pessoa - em redentores, profetas e heróis de qualquer espécie.

Essas formas de poder compõem o que WEBER denomina de tipos fundamentais puros da estrutura da dominação, que serão abordados e analisados no desenvolvimento deste artigo.

2 A dominação burocrática

Alguns fatores, que formam o princípio das competências oficiais fixas, constituem a existência de uma autoridade burocrática, seja na dominação baseada no direito público ou na dominação de uma empresa burocrática de economia privada. São eles:

a) A existência de uma forma de distribuição fixa das atividades regularmente necessárias para realizar os fins do complexo burocraticamente dominado, como deveres oficiais;

b) A necessidade de os poderes de mando, determinados para cumprir esses deveres, estarem expressamente distribuídos, e os meios coativos que eventualmente podem empregar devem estar também expressamente delimitados por regras;

c) A criação de providências planejadas, contratando pessoas com qualificação regulamentada de forma geral, para o cumprimento regular e contínuo dos deveres assim distribuídos e o exercício dos direitos correspondentes.

Outro princípio que constitui o funcionamento do poder burocrático é o da hierarquia dos cargos. Trata-se do sistema devidamente regulamentado de mando e

subordinação das autoridades, com fiscalização das autoridades inferiores pelas superiores, oferecendo ao mesmo tempo, ao dominado a possibilidade de apelar de uma autoridade inferior à instância superior desta.

Para que uma administração seja considerada moderna e organizada, esta tem que se basear na organização dos seus documentos, cujo original sempre se registra e arquiva, e ter um quadro de funcionários subalternos e escrivães de todas as espécies, além de separar, por princípio, o escritório da moradia privada, distinguindo em geral a atividade oficial, como área especial, da esfera da vida privada, e os recursos monetários e outros meios oficiais da propriedade privada do funcionário. Formação que por toda parte é produto de um longo desenvolvimento. Encontra-se esta estrutura tanto nas empresas públicas quanto naquelas de economia privada, estendendo-se nestas últimas, também, ao empresário dirigente ou a profissionais liberais.

O avanço da organização burocrática deve-se a sua superioridade técnica sobre qualquer outro tipo de estrutura.

Com o desenvolvimento em alta escala dos aparatos burocráticos, torna-se mais econômico investir em funcionários qualificados que contribuem para a renovação dos procedimentos e para a busca de resultado mais calculáveis. Nesse sentido, WEBER (1999, p. 212) expõe:

A exigência da realização mais rápida possível das tarefas oficiais, além de inequívoca e contínua, é atualmente dirigida à administração, em primeiro lugar, pela economia capitalista moderna. As modernas empresas capitalistas de grande porte são elas mesmas, em regra, modelos inigualados de uma rigorosa organização burocrática. Suas relações comerciais baseiam-se, sem exceção, em crescente precisão, continuidade e, sobretudo, rapidez das operações. Isto está condicionado, por sua vez, pela natureza peculiar dos modernos meios de transporte e comunicação, dos quais faz parte, entre outras coisas, o serviço de informações da imprensa. (...) A realização conseqüente da dominação burocrática significa o nivelamento da 'honra' estamental e, portanto, quando não se restringe ao mesmo tempo o princípio da liberdade de mercado, a dominação universal da 'situação de classe'. Se esta conseqüência da dominação burocrática não se deu por toda parte paralelamente ao grau de burocratização, isto se deve à diversidade dos possíveis princípios que determinam a cobertura das necessidades nas comunidades políticas. Mas também para a burocracia moderna, o segundo elemento, as 'regras calculáveis', tem importância predominante. A peculiaridade da cultura moderna, especialmente a de sua base técnico-econômica, exige precisamente esta 'calculabilidade' do resultado.

Pode-se entender como estrutura burocrática perfeita aquela que se baseia na desumanização dos seus atos, na eliminação do amor, do ódio e de todos os elementos sentimentais, puramente pessoais e, de modo geral, irracionais, que criam obstáculos na execução das tarefas oficiais. As ordens movidas por simpatia pessoal,

favor, gratidão, dão lugar ao especialista não envolvido pessoalmente e, por isso, rigorosamente objetivo.

Torna-se necessário nos lugares onde existe a democracia de massas, que visa acabar com os privilégios patrimoniais e plutocráticos, ter uma administração que coloca o trabalho profissional remunerado em destaque, respeitando as avaliações técnicas e pareceres devidamente fundamentados.

Uma estrutura burocrática plenamente realizada torna-se um complexo social quase extremamente sólido, como instrumento da transformação em -relações de dominação, ela continua sendo um meio de poder de primeira categoria para aquele que dispõe do aparato burocrático, desde que seja uma estrutura bem organizada, ordenada e dirigida de forma planejada. Onde quer que a burocratização da administração tenha sido levada de maneira consistente, cria-se uma forma praticamente inquebrantável das relações de dominação. O funcionário individual não pode desprender-se do aparato do qual faz parte. Os dominados, por sua vez, não podem nem prescindir de um aparato de dominação burocrático, uma vez existente, nem substituí-lo, porque este se baseia numa síntese bem planejada de instrução específica, especialização técnica com divisão do trabalho e firme preparo para exercer determinadas funções habituais e dominadas com destreza. Se este aparato suspende o trabalho ou é forçado a fazê-lo, a consequência é um caos, sendo difícil a tarefa de improvisar uma instituição substitutiva. Isso se aplica tanto à esfera administrativa pública quanto à de economia privada, tal como se verifica com as greves de funcionários públicos, bem como com as greves e manifestações das categorias pertencentes à economia privada.

Pode-se dizer, com o devido cuidado, que a burocratização é fomentada pelo avanço da democracia, apesar de ser um fundamento particularmente favorável, é prudente deixar presente o fato de que a democracia é também inimiga do domínio burocrático, podendo criar, neste papel, rupturas e obstáculos muito sensíveis para a organização burocrática. Mesmo assim, o poder da burocracia plenamente desenvolvida é sempre muito grande, desde que pactuada com a sociedade no intuito de favorecer a todos de forma isenta na busca do fortalecimento institucional.

3 A dominação tradicional

A estrutura tradicional da dominação se baseia em relações rigorosamente pessoais, superioridade física, dependência patrimonial, convivência, entre outras. Também denominada como dominação patriarcal, quando sua origem encontra-se na autoridade do chefe da comunidade doméstica ou de dominação patrimonial, quando há uma relação de poder em virtude dos bens que o senhor tradicional possui.

Para uma melhor compreensão dos fundamentos básicos que norteiam o poder institucional, apresentado no tópico anterior, e o poder tradicional, WEBER (1999, p. 234) faz um paralelo entre a dominação burocrática e a patriarcal:

(...) ambas encontram seu apoio interior, em última instância, na obediência a 'normas' por parte dos submetidos ao poder. Estas normas, no caso da dominação burocrática, são racionalmente criadas, apelam ao senso da legalidade abstrata e baseiam-se em instrução técnica; na dominação patriarcal, ao contrário, fundamentam-se na 'tradição'; na crença na inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre. E a significação das normas é nas duas fundamentalmente diferente. Na dominação burocrática é a norma estatuída que cria a legitimação do detentor concreto do poder para dar ordens concretas. Na dominação patriarcal é a submissão pessoal ao senhor que garante a legitimidade das regras por este estatuídas, e somente o fato e os limites de seu poder de mando, têm por sua vez, sua origem em 'normas', mas em normas não-estatuídas, sagradas pela tradição.

O poder de domínio patriarcal está inserido, pela tradição, na figura do “senhor” e caso o seu poder não esteja limitado pela tradição ou por poderes concorrentes, ele o exerce de forma ilimitada, arbitrária e sem compromisso com regras. Nesses casos de autoridade doméstica, situações remotas, naturalmente surgidas, é que vai-se construindo a fonte da crença na autoridade, baseada em piedade; na convivência especificamente íntima, pessoal e duradoura no mesmo lar, daqueles que são os dominados submetidos à comunidade doméstica; na superioridade normal da energia física e psíquica do homem para a mulher submetida à autoridade doméstica; na necessidade objetiva de apoio para a criança; no hábito e na influência persistente da educação e lembranças arraigadas da infância e juventude para o filho; e para o servo, baseada na falta de proteção fora da esfera de poder de seu patrão.

O patriarcalismo não se baseia somente em vínculos de sangue, a primitiva concepção patriarcal trata das relações entre procriação e nascimento, é o poder doméstico sob o aspecto de propriedade. Os filhos de todas as mulheres submetidas ao poder doméstico (tradicional) de um homem, tanto da esposa como das escravas, eram considerados, independentemente da paternidade biológica, “seus filhos” ou seus protegidos, assim como são considerados seus gados os animais nascidos de seus rebanhos.

O comunismo primitivo exercido nas comunidades domésticas, tanto na esfera sexual quanto na econômica, foi submetido a limites cada vez mais estreitos, devido ao sucesso de outras formas de dominação, como a da “empresa” racional, tratando-se de uma descentralização da comunidade doméstica.

Essa própria relação de dependência permanece como uma relação de lealdade. Mas uma relação baseada em tal fundamento, por mais que se represente inicialmente uma denominação puramente unilateral, faz surgir a exigência de reciprocidade, por parte dos submetidos ao poder e, essa exigência, em virtude da natureza da relação, adquire reconhecimento social como costume. O senhor detentor do poder tradicional, de acordo com o costume, deve ao submetido a proteção de perigos externos ou algo em troca pela exploração da capacidade de trabalho do dominado. Em contra-partida, o submetido deve ao senhor seu apoio, com todos os meios disponíveis.

Nos casos da estrutura de dominação patriarcal, em que o poder doméstico é descentralizado mediante a cessão de bens aos filhos ou, eventualmente, a outros dependentes da comunidade doméstica, WEBER denomina como “dominação patrimonial”.

A obtenção de um domínio político de um senhor sobre outros, não submetidos ao poder doméstico, significa então a agregação ao poder doméstico de outras relações de dominação. Conforme cita WEBER (1999, p. 246):

O senhor patrimonial político está unido com os dominados numa comunidade consensual, a qual existe também independentemente de um poder militar patrimonial autônomo e se baseia na convicção de que o poder senhorial *tradicionalmente* exercido seja o direito legítimo do senhor. A uma pessoa neste sentido ‘legitimamente’ dominada por um príncipe patrimonial queremos chamar aqui de ‘súdito político’.

Aparentemente na relação de dominação política patrimonial, com a progressiva divisão das funções e racionalização, sobretudo com o aumento das tarefas escritas e o estabelecimento de uma hierarquia ordenada de instâncias, pode assumir traços burocráticos. Porém, falta ao cargo patrimonial a distinção burocrática entre a esfera “privada” e a “oficial”, estas se confundem. A administração política é tratada como assunto puramente pessoal do senhor, e a propriedade e o exercício do seu poder político, como parte integrante de seu patrimônio pessoal. A forma com que ele exerce o poder é objeto de seu livre arbítrio, desde que a santidade da tradição, que interfere por toda parte não lhe imponha limites. Toma decisões puramente pessoais até mesmo sobre a delimitação das competências e atribuições de seus funcionários e protegidos.

Ao contrário da burocracia, o servidor patrimonial tem uma relação, puramente pessoal, de submissão ao senhor. A fidelidade ao cargo do funcionário patrimonial não é uma fidelidade objetiva do servidor perante tarefas objetivas, cuja extensão e conteúdo estão delimitados por determinadas regras, mas, sim, uma fidelidade de criado que se refere de forma rigorosamente pessoal ao senhor e

constitui uma parte integrante de seu dever de princípio universal de piedade e fidelidade. Dessa forma, a estrutura de dominação patrimonial política não conhece o conceito de “competência” nem o de “autoridade administrativa” no sentido conceitual moderno. Vigora uma situação de relação de poder sempre instável, sem garantias expressas.

Nessa estrutura de dominação política, a capacidade pessoal do senhor de impor a sua vontade é, em alto grau, decisiva para a proporção em que este realiza na prática seu poder nominal, assegurando a qualquer custo a unidade de seu domínio para que suas pretensões sejam garantidas.

4 A dominação carismática

Na estrutura de poder tradicional, que tem como qualidade importante a continuidade, o patriarca é o líder natural da vida cotidiana. Na estrutura burocrática, que também possui caráter cotidiano, mas dentro da esfera racional, tem-se uma relação permanente com seu sistema de regras racionais e de satisfação de necessidades constantes e quase sempre previsíveis. Em oposição a toda espécie de organização administrativa, a estrutura de dominação carismática não conhece nenhuma forma e nenhum procedimento ordenado de nomeação ou demissão, nem de carreira ou promoção; não conhece nenhum salário, nenhuma instrução especializada, regulamentada do portador do carisma ou de seus ajudantes e nenhuma instância controladora ou à qual se possa apelar; não lhe estão atribuídos determinados distritos ou competências objetivas exclusivas e, por fim, não há nenhuma instituição permanente e independente das pessoas e da existência de seu carisma pessoal, à maneira das autoridades burocráticas.

Ao contrário, o detentor do poder carismático conhece apenas determinações e limites imanentes. O portador do carisma assume tarefas que considera adequadas e exige obediência e adesão em virtude de sua missão. Seu sucesso dependerá do êxito em sua missão. Caso esta não seja reconhecida por aqueles aos quais ele se sente enviado, sua exigência fracassa. A satisfação de todas as necessidades que transcendem as exigências da vida econômica cotidiana tem fundamentos carismáticos. Enfatiza WEBER (1999, p. 326)

O herói carismático não deriva sua autoridade de ordens e estatutos, como o faz a ‘competência’ burocrática, nem de costumes tradicionais ou promessas de fidelidade feudais como o poder patrimonial, mas sim consegue e a conserva apenas por *provas* de seus poderes na vida. Deve fazer milagres se pretende ser um profeta, e realizar atos heróicos, se pretende ser um líder guerreiro. Mas, sobretudo deve ‘provar’ sua missão divina no *bem estar*

daqueles que a ele devotamente se entregam. Caso contrário, ele evidentemente não é o senhor enviado pelos deuses.

O fundamento do poder carismático está no reconhecimento puramente efetivo da missão pessoal do senhor carismático pelos domina-dos e tem sua origem na entrega fiel ao extraordinário, alheio a toda regra e tradição e por isso considerado “divino”, e que pode nascer do desespero ou do entusiasmo. A dominação carismática genuína desconhece disposições jurídicas, regulamentos abstratos e a jurisdição formal. Seu direito concentra-se no resultado concreto da vivência extremamente pessoal de graça celestial e força heróica, significa renúncia ao compromisso com toda ordem externa em favor da glorificação exclusiva do autêntico espírito profético e heroico. E principalmente, comporta-se de maneira revolucionária, podendo inverter valores e romper soberanamente com todas as normas tradicionais ou racionais instituídas.

A dominação política carismática, contraria a afirmação de que a racionalização e a ordem racional revolucionam “de fora para dentro”, exercendo seus efeitos e manifestando seu poder revolucionário “de dentro para fora” a partir de uma reação central homogênea do modo de pensar dos dominados, quase sempre de forma cega.

Enquanto a ordem burocrática se limita a substituir a crença na santidade por normas racionais, pelo fortalecimento das instituições e a dominação tradicional, fundamentada no poder patriarcal, patrimonial, na dependência pelo costume, o poder carismático, em sua forma de manifestação suprema, rompe todas as regras e tradição, em vez do respeito diante dos costumes, exige o carismático sujeição íntima ao nunca visto, devoção absolutamente singular.

5 Considerações Finais

A dominação política, num sentido mais amplo, é um dos elementos mais importantes da ação social. Isso não representa que toda ação social possui uma estrutura direcionada a uma forma de dominação, mas, em sua maioria, há uma correlação entre uma e outra.

Como foi possível observar, no artigo apresentado, em diversas estruturas, sejam elas públicas ou privadas, há como detectar ações que apontam para uma determinada forma de dominação. Os fins são distintos assim como suas ações e, por conseguinte, a maneira de exercer a dominação é diferente. Nesse sentido, MAX WEBER (1999, p. 187) é bem contundente: *“todas as áreas da ação social, sem exceção, mostram-se profundamente influenciadas por complexos de dominação.”*

Para que ocorra a relação entre dominador e dominado, não apenas diretamente na esfera das relações ou dos mercados privados, mas também em outras situações de dominação, é necessário que haja a obediência. A obediência pode ser refletida no cumprimento do mandado por convicção de sua conformidade, por um sentimento de obrigação, por medo, por mero costume, por causa de vantagens pessoais ou por devoção. Quem exerce a dominação política está administrando um poder de domínio. O poder de comando pode assumir várias aparências, até mesmo aquela em que o dominador está “a serviço” dos dominados.

O estudo da teoria weberiana, que tipifica as várias formas de dominação política, identifica de forma delimitada os princípios fundamentais que alicerçam a base das três formas de poder dominador: a burocrática, a tradicional e a carismática.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de Política**. Coord. da tradução João Ferreira. 7. ed. Brasília: UnB, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência e Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS. **Manual para normalização de publicações técnico-científicas**. 8. ed. Rev. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009.
- IANNI, Octavio. **A Formação do Estado Populista na América Latina**. 2. ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Ática, 1989.
- LEAL, Vítor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- LIMA JR., Olavo Brasil de. **Democracia e Instituições Políticas no Brasil dos anos 80**. São Paulo: Loyola, 1993.
- RODRIGUES, Marly. **A Década de 50: Populismo e metas desenvolvimentistas no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1996.
- TABAK, Fanny (org.). **Ideologias - Populismo**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1973.
- WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações**. Trad. Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1999.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999.

WEFFORT, Francisco Correia. **O Populismo na Política Brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DE PRINCÍPIOS EM ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADI N. 2649

Richardson Xavier Brant¹

RESUMO

Este estudo busca analisar os argumentos de decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade - ADI n. 2649, em que se postulou a inconstitucionalidade da Lei que estabeleceu passe livre às pessoas portadoras de necessidades especiais. O objetivo é a compreensão do princípio da igualdade e da interpretação constitucional revelada na construção da fundamentação. Aborda-se, brevemente, antes de proceder à análise do acórdão, o papel do Judiciário no Estado democrático de direito e a afirmação da solidariedade de todos, indivíduos e coletividades, como pressuposto de legitimidade de políticas afirmativas inclusivas e de promoção da igualdade material.

Palavras-chave: Interpretação constitucional; princípio da igualdade; pessoas portadoras de necessidades especiais; princípio da solidariedade.

ABSTRACT

This study assesses the arguments for a decision of the Brazilian Supreme Court, in adjudicating a direct low suit of unconstitutionality of the law that established a free pass for people with disabilities. The goal is to understand the principle of equality and constitutional interpretation revealed in the reasons used to support the decision. Before analyzing the decision itself, this study analyzes briefly the role of the Judiciary in a Democratic Constitutional State and the affirmation of solidarity of all individuals and communities, as a condition of legitimacy of affirmative action policies to promote inclusive and substantive equality.

Keywords: constitutional interpretation, principle of equality, disabilities, principle of solidarity.

1 Introdução: exposição da questão

Este artigo tem o objetivo de analisar os argumentos de uma decisão judicial, para identificar, no confronto dialético e argumentativo que precede à enunciação dos

¹ O autor é professor do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho, professor da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros, Juiz de Direito em Minas Gerais e doutorando pela Universidade de Buenos Aires. E-mail: richardson.Brant@fasa.edu.br

fundamentos e à motivação da decisão judicial, discussões de Teoria do Direito. Parte-se da compreensão de que toda leitura do mundo, objetivo ou normativo, pressupõe, necessariamente, um aporte teórico que define o foco, o contraste e o filtro para clarear as preferências da investigação, suas pré-compreensões e seu contexto específico.

A intenção deliberada da pesquisa é a de encontrar um acórdão que pudesse servir de mote à discussão sobre a igualdade no Estado democrático de direito e também à questão, correlata à primeira, da aplicação de princípios jurídicos. Essa correlação evidencia-se quando a análise se faz a partir da compreensão de que nossas vivências e convivências se entrecruzam em um estágio de moral pós-convencional próprio às modernas sociedades ocidentais. Nesse sentido, a solidariedade nacional se constrói entre pessoas e grupos que permanecem estranhos entre si, mas que projetam uma convivência justa e solidária como objetivo de uma comunidade abrangente.

Esse tema inscreve-se na área de Hermenêutica Constitucional e investiga a operação de interpretação da Constituição em um Estado nacional. Constituição que se compreende, normativamente, como projeto ético-político abrangente de um Estado de direito e democrático caracterizado pela solidariedade e compromisso de cooperação recíproca entre indivíduos e coletividades.

O acórdão selecionado trata da polêmica questão, no Brasil, do reconhecimento e proteção do direito ao tratamento diferenciado em razão de desigualdade fática. O julgamento do Supremo Tribunal Federal, no caso em estudo, versa sobre a constitucionalidade da política pública de concessão de passe livre, no transporte coletivo interestadual, às pessoas portadoras de deficiência. O objetivo político e jurídico-constitucional é o tratamento diverso às pessoas com desigualdades materiais, para que seja alcançado o respeito ao direito à igualdade, para além do plano formal.

No caso em estudo, houve propositura de ação direta de inconstitucionalidade – ADI - por associação de classe de nível nacional, Associação Brasileira de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional – ABRATI, com a sustentação de que a concessão do passe livre às pessoas portadoras de deficiência malferia os princípios da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de não indicar a fonte de custeio do benefício instituído pela Lei n. 8899/1994. Esse seria o vício que a macularia de inconstitucionalidade por incompatibilidade com os dispositivos constitucionais que estatuem os referidos princípios.

A ADI – ação direta de inconstitucionalidade é de competência originária do Supremo Tribunal Federal – (STF) e foi julgada improcedente, aos seguintes argumentos: a) o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e comprometeu-se, perante as Nações Unidas, em 30/03/2007, a implementar medidas que tornem efetivas as normas ajustadas; b) as medidas de proteção às pessoas portadoras de deficiência concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana; e c) as referidas normas, em aparente rota de colisão, devem ser harmonizadas, para

resguardar, maximamente, o conteúdo dos princípios aplicáveis ao caso.

Sobre esta última parte teceremos nossos comentários, abordando as seguintes questões teóricas: 1) Qual o tratamento das pessoas que se encontram em situações diferentes, na perspectiva fática, e que permite aplicação não isonômica de normas jurídicas a situações específicas? 2) Como se desenvolve o processo de interpretação, para a conciliação de princípios aparentemente contraditórios, tornando-os coerentes, quando de sua aplicação a situações específicas de modo que se obtenha o máximo de eficácia de cada um deles?

Antes de abordar, propriamente, as questões destacadas, tratar-se-á da função do Judiciário no Estado Democrático de Direito, como uma compreensão inicial necessária ao melhor desenvolvimento dos fundamentos do estudo.

Examinaremos os argumentos utilizados na decisão, sob o foco explicitado, procurando identificar a implicação de cada um deles na realização simétrica dos objetivos da República que constam do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, constituintes de uma comunidade político-jurídica que busca, na realização de princípios éticos comuns, a preservação de seus compromissos, integradores de uma solidariedade entre estranhos que se abrigam em uma identidade coletiva mais abrangente: o Estado-nação.

2 O papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito e as minorias

Tenha-se em conta a discussão, muito polêmica e em curso no Brasil atual, sobre os limites postos à atuação do Poder Judiciário e sobre o papel dos juízes em um Estado democrático de direito. A indagação que se coloca versa sobre o caráter democrático de um sistema político-jurídico em que os juízes, embora não sejam eleitos, possam fazer escolhas políticas ao aplicar o direito. Essa passagem revela o teor desse debate:

Não sendo os magistrados portadores de verdades transcendentais, estes devem se limitar – e já estarão fazendo muito – a preservar o sistema político daquelas decisões que sejam fruto de uma vontade distorcida pela não realização do sistema democrático; de decisões que ponham em risco a continuidade da democracia; ou ainda, de decisões discriminatórias (VILHENA VIEIRA, 2005, p. 244).

Esse debate, por sua amplitude considerável, não é possível nos limites deste trabalho. No entanto, permanece como pano de fundo a compreensão de que, na atuação do Judiciário em um Estado democrático cujo direito deve ser produzido com a mais ampla participação do soberano popular, “fundamental é se buscar a construção de procedimentos éticos de deliberação e não valores éticos *a priori*” e também que “os

tribunais devem policiar o processo democrático, para verificar se os interesses das minorias também foram adequadamente protegidos” (VILHENA VIEIRA, 2005, p. 245-246).

Os princípios constitucionais fundamentais apresentam-se, não raro, em rota de colisão. Há de se ter em conta, nessa linha de argumentação, o caráter compromissário da Constituição Brasileira de 1988 (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008). Sendo assim, os tribunais, no julgamento de situações concretas, enfrentam a dificuldade de conciliação de valores e interesses que se afiguram aparentemente contraditórios. Nessa tarefa, busca-se como princípio orientador da interpretação a preservação, tanto quanto possível, da eficácia normativa dos princípios aplicáveis (BARROSO, 2002).

Destaca-se como foco principal deste estudo esse exercício de harmonização dos princípios constitucionais que consagram valores de segmentos sociais diversos. A orientação por uma racionalidade que se assenta no princípio da proporcionalidade revela um método específico que se explicitará adiante e que tem como balizas a necessidade e adequação que devem ser encontradas na aproximação entre programa e âmbito normativo (MÜLLER, 2005).

3 O Estado Nacional: a solidariedade entre estranhos como pressuposto da legitimidade de políticas afirmativas e de promoção da igualdade material

O projeto de construção de uma comunidade nacional não se esgota no processo constituinte e na promulgação de uma Constituição. O programa definido para a realização desse projeto está em permanente processo de construção e aprendizado depois da edição de uma Constituição. Por mais tenha sido legítima a mobilização e ampliada a participação em sua formação pela sociedade que a promulga, a convivência justa marcada por relações simétricas é um desafio permanente (HABERMAS, 2003).

A Constituição de um Estado-nação é, desse modo, o ponto de partida de um projeto aberto de convivência social equitativa. Necessariamente, essa projeção normativa está sujeita a adequações e a aperfeiçoamentos, no caso de uma comunidade formada por membros que cultivam a autocompreensão de que são coautores das normas que regem sua convivência e que buscam fazê-lo em observância de princípios mínimos de convivência desenvolvidos de maneira histórica e gradual por uma comunidade política.

Vislumbra-se, na Constituição de um Estado-nação, o objetivo de alcançar a projeção de justiça social percebida como uma possibilidade na realidade social contingente e resistente a intervenções. Esse horizonte de perspectivas comuns somente se torna possível pela fusão de planos de vida diversos, conciliados pela aproximação e pelo diálogo entre atores e entre coletividades que se propõem ajustar sua convivência tendo como parâmetro a projeção normativa veiculada na Constituição.

Esses ajustamentos mostram-se viáveis quando a comunicação dentro da

sociedade permanecer aberta a todos aqueles que desejam contestar situações, atitudes e valores que não estejam adequados a uma convivência justa. E justa deve ser a convivência que promove e estimula a construção de condições simétricas para todos aqueles que possam ser afetados pelas normas jurídicas, em consonância com as desigualdades do mundo do ser (ontológico) e também com as múltiplas identidades que nele se tornam possíveis.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram assumidos como objetivos fundamentais da República, dentre outras, as seguintes metas coletivas: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, art. 3º, incisos I a IV).

Esses objetivos fundamentais são amplos e demandam uma atuação do Estado consistente em políticas públicas de promoção dos objetivos que fundamentam a existência institucional do Estado. Os cidadãos do Estado, estando ligados por uma solidariedade entre estranhos, estabelecem vínculos em razão dos objetivos comuns que os fazem cooperar e contribuir para sua consecução.

O princípio que estabelece a integridade do sistema normativo é a dignidade da pessoa humana, o fim em si mesmo kantiano, que exige a consideração da pessoa pelo simples fato de ser humano. Isso institucionaliza o reconhecimento de todos e de cada um – repita-se – pelo simples fato de ser humano. Abriga o ser humano, em seu modo específico de ser, viver e conviver, um valor intrínseco, próprio e inalienável. Por isso, independe de critério de utilidade ou da contribuição que cada um individualmente considerado possa dar à consecução das metas comuns da comunidade política nacional.

Essa dimensão do reconhecimento da dignidade humana faz com que sua relativização somente seja possível quando há comparação com o direito de outros seres humanos de igual valor. À sociedade política constituída em Estado democrático e de direito incumbe promover, estimular e garantir esse tratamento digno fundante do próprio modo de ser, viver e conviver em sociedade (CANOTILHO, 2003).

Nesse prumo, valorizam-se as contribuições aos interesses e valores da sociedade política incentivando condutas e desestimulando outras que não se compatibilizam com as metas sociais estabelecidas. Para além desse utilitarismo social, a par dele inclusive, cada ser humano merece um tratamento digno, em respeito à liberdade de cada um de escolher seus próprios fins e de buscar realizá-los da melhor maneira, unindo seus esforços aos de todos os demais com os quais se vinculam a partir destas escolhas.

Esse tratamento digno somente se realiza quando é garantido o respeito à condição específica e particular em que se encontra cada pessoa. Esse respeito às condições específicas exige um tratamento diferenciado para que seja propiciada essa

contribuição aos objetivos sociais, mas que também justifique um reconhecimento, um sentimento de pertencimento afirmado e tornado efetivo em situações concretas.

Nesse prumo, passamos a abordar os argumentos postos na decisão que justificam um tratamento diferente em razão do reconhecimento de situações específicas existentes na sociedade. A isonomia formal, prevista constitucionalmente, foi elevada à categoria de norma exatamente em razão da identificação de situações, no mundo do ser, que marcam a desigualdade e que exigem uma projeção futura de correção destas situações. A desigualdade material somente assim poderá ser reduzida.

4 Argumentação favorável ao tratamento diferenciado e a igualdade

A Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha funcionou como relatora no julgamento do caso sob análise. O primeiro argumento lançado consistiu na assertiva de que o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência e que se comprometeu a implementar medidas para dar efetividade ao que fora ajustado. A Lei n. 8899/1994 é parte das políticas públicas que devem ser implementadas pelo Estado Brasileiro para “objetivar a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais” (BRASIL, STF, ADI 2649)².

Em complemento ao argumento anterior, continuou a Ministra Relatora que a política pública veiculada na Lei n. 8899/1994 está em conformidade com os fundamentos da República, mais especificamente com a garantia do exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Argumentou a ABRATI que as empresas e os usuários do serviço de transporte coletivo rodoviário que pagam as tarifas ficariam sobrecarregados, pois seria dever de todos suportar o custeio da política pública adotada. Sustentou a Ministra Relatora, na decisão em análise, que o passe livre é um compromisso de todos, Governo e empresas, com o respeito à dignidade das pessoas portadoras de deficiência.

Não há, assim, “discrímen incompatível com a equidade que fundamenta o princípio da isonomia positivada no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal”. A equidade consubstancia-se, segundo a Relatora, na solidariedade de todos com as pessoas portadoras de necessidades especiais.

No mesmo compasso, desenvolveu a Relatora, Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha, o reconhecimento de uma desigualdade substancial ou “real” que justifica o tratamento diferenciado. Nesse passo, transcrevem-se as seguintes passagens do voto da Relatora na ADI 2649, deste teor:

² <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em 28/06/2009.

As desvantagens física, mental, intelectual e sensorial limitam as capacidades de seus portadores para a interação e execução das atividades cotidianas, donde a sua dificuldade de efetiva participação na vida da sociedade.

A busca da igualdade de oportunidades e possibilidades de humanização das relações sociais, uma das inegáveis tendências da sociedade contemporânea, acolhida pelo sistema constitucional vigente, determina a adoção de políticas públicas que propiciem condições para que se amenizem os efeitos das carências especiais de seus portadores e toda a sociedade atue para os incluir no que seja compatível com a sua condição.

Destaque-se a informação que consta no voto da Ministra Relatora, colhida no sítio da Organização das Nações Unidas, no sentido de que 10% (dez por cento) da população mundial porta algum tipo de deficiência, o que significa 650 milhões de portadores de necessidades especiais em todo o mundo. Oitenta por cento deste total moram em países em desenvolvimento. Enfatiza a Ministra Cármem Lúcia, então, que “na população economicamente carente é que se concentram os maiores índices de marginalidade e exclusão desses cidadãos” (BRASIL, STF, ADI 2649).

Uma última passagem do voto da Ministra Relatora merece transcrição:

Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se afirme uma sociedade fraterna, solidária e sem preconceitos (...) E a responsabilidade pela produção desses efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão de toda a sociedade. (BRASIL, STF, ADI 2649).

Claramente afirmado, no voto da Ministra Relatora, o princípio jurídico da solidariedade. A igualdade no Direito, argumenta a Relatora, é arte de homens, não é heterônoma. A igualdade é o que a sociedade quer que ela seja. E arremata: “O princípio jurídico da igualdade é tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver o seu conteúdo da idéia de justiça que a sociedade acredita na pauta da história e do tempo”. (BRASIL, STF, ADI 2649).

Cabível a transcrição também da passagem do voto do Ministro Carlos Britto:

Essa lei é um ponto de confluência muito interessante entre ação distributivista e ação afirmativa. Vale dizer, a lei promove ao mesmo tempo inclusão social, quando fala do carente econômico, e integração social ou comunitária, quando fala do portador de deficiência, sabido

que são, hoje, objetivos constitucionais diferentes. (BRASIL, STF, ADI 2649).

A interpretação do princípio constitucional da igualdade, no acórdão em análise, buscou harmonizar esse princípio com o direito de propriedade também constitucionalmente garantido. A ponderação para harmonização dos princípios aplicáveis foi a técnica utilizada no julgamento em questão.

5 Considerações Finais

A título de conclusão, reconstroem-se os passos segundo a lógica argumentativa do voto condutor do acórdão. Consigne-se, de partida, que não se trata de subsunção, com enquadramento dos fatos à norma, mas de harmonização de princípios, com ponderação de valores, buscando alcançar, na interpretação levada a efeito, a máxima normatividade dos princípios aplicáveis ao caso.

Na exegese tradicional, pelo silogismo clássico, seria considerada a norma constitucional (premissa maior) em cotejo com o fato (premissa menor), para se chegar à conclusão e à solução do caso. Em caso de conflitos de princípios, no entanto, a interpretação clássica, mostra-se insuficiente.

A Relatora do acórdão, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, identificou – em primeiro lugar – os bens em conflito. Em tópico intitulado “contexto social”, a Relatora foca a situação das pessoas com deficiência e as circunstâncias concretas que envolvem o caso sob julgamento. Versou a argumentação sobre a situação das pessoas portadoras de necessidades especiais e a desigualdade fática que justifica um tratamento diferente.

Considerou-se, em seguida, as normas aplicáveis. Argumentou-se que a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência tem plena consonância com a Constituição da República, sobretudo com os princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Esse é o fundamento da compatibilidade vertical da Lei n. 8899/1994 com a Constituição da República Federativa de 1988. O direito de propriedade, a igualdade material e a afirmação da cidadania e da humanização das relações sociais também constituíram-se em fundamento da decisão.

Na seqüência da argumentação, foram sopesados os princípios e atribuídos a cada um dos bens disputados um significado. Nota-se, nessa etapa, a busca do resguardo da máxima eficácia de cada um dos princípios a serem harmonizados. Essa é uma exigência do princípio da proporcionalidade. A busca de harmonização de princípios em conflito, no exercício da ponderação da eficácia possível de cada um deles, fez-se em um juízo de ponderação dos bens em conflito. Somente é possível essa ponderação diante do caso concreto. O campo de incidência dos princípios, em virtude da

generalidade e abstração que o caracteriza, é flexível. Essa flexibilidade permite, então, a “cedência recíproca” e a atualização do sistema constitucional.

A escolha da norma que deve preponderar é a etapa final do processo argumentativo. O resultado foi o reconhecimento da compatibilidade da Lei n. 8899/1994, que concede passe livre aos deficientes no transporte coletivo interestadual, com os princípios e valores consagrados na Constituição Federal de 1988.

Essa tendência de estabelecer solidariedade, para a redistribuição e integração social, com a assunção da responsabilidade de todos, governo, empresas e cidadãos, já fora afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, desde o reconhecimento da constitucionalidade do direito dos idosos ao transporte coletivo urbano gratuito (BRASIL, STF, Suspensão da Segurança n. 3052, Relator Ministro Gilmar Mendes).

Oxalá possa essa orientação se afirmar cada vez!

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?Incidente=2018332
Acórdão na ADI 2649. Acesso em: 06 out 2010.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** : entre faticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

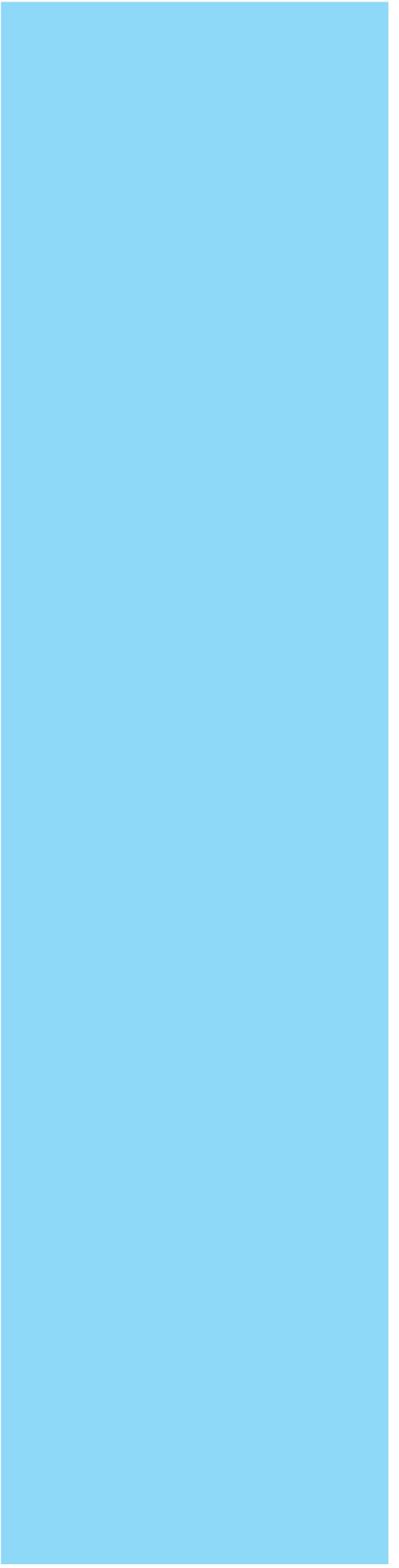
MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Tradução: Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. COIMBRA (Portugal): Almedina, 2003.

VILHENA VIEIRA, Oscar. **A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein.** *In* **Interpretação Constitucional.** SILVA, Vírgilio Afonso (organizador). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.



ARTIGOS DO CORPO DISCENTE



O USO INDISCRIMINADO DE ALGEMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: análise dos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência

Fernanda Matos Ferreira¹

RESUMO

O presente artigo tem como tema o uso indiscriminado de algemas no ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e presunção de inocência. Tem como objetivo analisar o emprego de algemas após a edição da Súmula Vinculante nº 11 pelo STF, principalmente no que diz respeito a não observação dos princípios constitucionais citados. Ao final, conclui-se que o que se busca com a edição dessa súmula é assegurar os direitos inerentes a todo cidadão, observando-se que o uso de algemas deve sempre estar pautado dentro dos limites estabelecidos na lei, para que não configure ofensa aos princípios constitucionais nem abuso de autoridade.

Palavras-chave: Algemas, Súmula Vinculante nº 11 do STF, Dignidade da Pessoa Humana, Presunção de Inocência.

ABSTRACT

The present article has as subject the indiscriminate use of handcuffs in the Brazilian legal system, analyzing the principles constitutional of the dignity of the person human being and presumption of innocence. Aims to analyze the use of handcuffs after the issue of stare decisis No. 11 by the Supreme Court, especially as regards the non-observance of the principles constitutional cited. To an end, one concludes that what searches with the edition of this abridgement, is to assure the inherent rights the all citizen, observing itself that the use of handcuffs must always be guided inside of the limits established in the law, so that does not configure offence to the principles constitutional and nor abuse of authority.

Keywords: Handcuffs, Binding Precedent No. 11 of the STF, Human Dignity, Presumption of Innocence.

1 Introdução

Sabe-se que, atualmente, grassa polêmica discussão quanto à possibilidade do uso de algemas. O Supremo Tribunal Federal, quando editou Súmula vinculante sobre

¹ A autora é acadêmica do 10º período do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho. E-mail: fernandamferreira@hotmail.com

a matéria, resolveu informar ao Ministro da Justiça e aos 27 Secretários de Segurança Pública de que o uso de algemas somente é legítimo quando houver risco de fuga ou quando colocar em risco a segurança da própria pessoa sob custódia ou de outras pessoas. A decisão fora tomada no julgamento de um recurso de um preso de São Paulo que alegou que o uso de algemas prejudicava sua imagem perante o Tribunal do Júri.

O objetivo deste artigo é a análise do uso indiscriminado desse instrumento no ordenamento jurídico brasileiro, dos princípios constitucionais que conflitam com essa prática, como o da dignidade da pessoa humana e o da presunção de inocência, bem como do teor da Súmula Vinculante nº 11 do STF.

Na primeira parte, tratarei do princípio da dignidade da pessoa humana, sobre seu conteúdo e aplicação, bem como do princípio da presunção de inocência.

Em seguida, abordarei a utilização de algemas como meio vexatório, explicitando as consequências desse ato e exemplificando-o com casos concretos.

Após, tratarei do uso de algemas no Tribunal do Júri, abordando a sua estrutura e a íntima convicção dos jurados.

Na sequência, abordarei a Súmula Vinculante Nº 11 do STF, demonstrando seu teor, sua finalidade e o motivo da sua criação.

Por fim, demonstrarei o motivo pelo qual os princípios constitucionais citados restariam violados por meio do uso indiscriminado de algemas.

Nesse contexto, é importante ressaltar que o uso de algemas deve ser de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade, pois o uso indiscriminado e sem fundamentação pode trazer sérias consequências, e significar afronta aos princípios constitucionais que constituem o Estado Democrático de Direito no Brasil.

2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Os princípios constitucionais são os valores que servem de base para a interpretação do direito e refletem sobre todo o sistema jurídico, já que deixaram de ser fontes inspiradoras, para passarem a ter juridicidade e conteúdo normativo.

Nas palavras de Espíndola (2002, p. 53):

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Além disso, os princípios servem como limite para a atuação do jurista, porque estabelecem contornos para sua vontade subjetiva, fazendo com que este faça justiça no caso concreto que analisa, pois os princípios irão legitimar sua decisão.

A Constituição da República traz em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Pode-se notar que, se a Constituição da República Federativa do Brasil traz a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, o Estado deve existir em função das pessoas e não as pessoas em função do Estado.

Observa-se que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade irrenunciável dos cidadãos, devendo ser reconhecida e respeitada por todos. Será, então, um valor supremo para a aplicação da ordem constitucional.

É, portanto, um atributo do ser humano, independentemente de sua raça, cor, religião, sexo, idade ou condição social.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um direito irrenunciável e inalienável, do qual decorrem todos os outros princípios do ordenamento jurídico, que devem ser interpretados com base nele.

Nesse sentido, pode-se dizer que “a dignidade da pessoa humana é valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. (SILVA, 2007, p.105).

Assim, esse princípio coloca o homem como o centro de todo ordenamento, implicando, portanto, em um tratamento igualitário para todos, uma vez que, a partir dele, deve-se embasar toda a atuação do Estado como garantidor da justiça.

Deve-se considerar que, a partir do momento em que se reconhece o valor do homem, surgem prerrogativas indestrutíveis que o Estado deve reconhecer e criar condições para que estas sejam respeitadas.

Portanto, sendo o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana um dever do Estado, cabe à sociedade a exigência para que ele seja cumprido, e ao Direito, através dos meios que lhe são próprios, primar pela sua efetivação.

Por fim, deve-se considerar que a dignidade humana nasce com o indivíduo e deve caminhar com ele durante toda sua existência.

3 Princípio da presunção de inocência

Em relação ao princípio da presunção de inocência, é importante dizer que o indivíduo deve ter sua culpabilidade comprovada pelo Estado, pois é presumido inocente até que se prove o contrário, de acordo com o artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

Segundo Moraes (2006), ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência,

que é estabelecida pela Constituição da República como um dos princípios basilares do Estado de Direito e como uma garantia processual penal, visando à tutela da liberdade.

Desse modo, o indivíduo não deve ser tratado como criminoso, até que seja reconhecido pelo judiciário como tal. Portanto, as autoridades não podem considerar como culpado aquele cidadão que ainda não foi submetido à atuação jurisdicional.

O investigado não tem o dever de provar a sua inocência, é função da acusação demonstrar sua culpa, pois ele deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo esta decorrer de um processo constituído dentro dos limites legais. Portanto, deve existir o contraditório e a proibição de provas ilícitas, além de que esse processo seja baseado em elementos sérios de convicção. Desse modo, só depois disso, o suspeito será considerado culpado.

Nesse sentido, Mirabete (2006, p. 23) afirma que:

Em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: a) a restrição a liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*).

Esse princípio não deve ser aplicado apenas ao campo probatório, devendo inexistir, ainda, qualquer tipo de constrangimento para o acusado no curso do processo. Em razão disso, as medidas coercitivas só devem ser aplicadas a ele de acordo com suas necessidades, devendo ser adotadas as que tragam menores restrições aos seus direitos, e que sejam precedidas de decisão judicial fundamentada.

Portanto, sendo a liberdade a regra do sistema punitivo e prevalecendo sobre a atividade repressiva do Estado, o princípio da presunção de inocência deve atuar como conteúdo normativo e ter força vinculante no ordenamento jurídico, havendo todas as garantias para o acusado em relação à atividade punitiva estatal.

4 A utilização de algemas como meio vexatório

Atualmente, vê-se na mídia a frequente exposição de acusados sendo conduzidos mediante o uso de algemas. É certo que, em muitos casos, o que se busca é a indevida exposição do preso, por se tratar de políticos e pessoas conhecidas nacionalmente.

O artigo 5º, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) prevê que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Segundo Herbella (2008), percebe-se que os direitos inerentes à própria personalidade da pessoa são tão especiais que influenciam diretamente em seu íntimo e seu psicológico, sendo um dano de difícil reparação, pois não se trata de lesão patrimonial.

Por esse motivo, a utilização de algemas deve acontecer em casos restritos e previstos em lei, pois as consequências de um constrangimento podem ser muito graves.

Nas palavras de Herbella (2008, p. 102):

Ocorre, porém, que por autopromoção, em verdadeiro marketing institucional, as polícias têm batizado operações com nomes significativos e exibido, na mídia, a prisão de pessoas renomadas e, em tais casos de repercussão, a imagem de pessoas algemadas.

Entende-se, assim, que essa ridicularização faz com que o acusado se sinta envergonhado, sendo submetido a meio vexatório, como se o ato de ser algemado, por si só, configurasse uma causa suficiente para pagar pelos erros que cometeu e que o fizeram passar pela situação.

Conforme Herbella (2008), basta lembrar os últimos acontecimentos, para encontrar casos que geraram polêmica, como o uso de algemas nos senadores Luiz Estevão, Jáder Barbalho, a dona da grife Daslu, Eliana Tranchesi, o banqueiro Daniel Dantas e o ex-prefeito de São Paulo, Celso Pitta, por exemplo.

Ressalta-se, porém, que não se trata de dar tratamento desigual a essas pessoas por serem conhecidas nacionalmente. O que de fato deve acontecer é a utilização dos critérios legais, pois a figura da pessoa algemada causa um enorme constrangimento e associa-se à imagem degradante.

Por esse motivo, é frequente vermos na televisão os presos escondendo as suas mãos algemadas.

Nesse sentido, Herbella (2008, p. 103) salienta:

Já o ex-prefeito de São Paulo, Celso Pitta, estampou a capa do Jornal “o Estado de São Paulo”, em 9 de julho de 2008, escondendo as algemas, através de uma malha de lã jogada sobre elas, quando de sua prisão pela Polícia Federal. Para completar, foi exposto quando ainda vestia pijamas.

O que se constata é que, mesmo entendendo que o direito à informação deve ser respeitado, não se pode admitir que haja ofensa aos princípios previstos em lei, já

que ninguém deve ser humilhado e exposto de modo que cause danos irreparáveis à sua honra e imagem.

Herbella (2008, p. 134) afirma que:

O uso devido, legítimo e necessário de algemas não avilta esta dignidade, mas o excesso, bem como sua injusta colocação, inegavelmente sim. A exposição desnecessária e exagerada à mídia, com o uso de algemas, inegavelmente atenta contra tal direito fundamental.

Conclui-se, portanto, que deve ocorrer uma maior conscientização tanto da imprensa quanto dos policiais em relação ao direito à honra de cada cidadão, pois ninguém deve ser obrigado a suportar exposição vexatória.

5 A utilização de algemas no Tribunal do Júri

Atualmente, muito se tem discutido quanto à possibilidade de o réu ser mantido algemado durante o julgamento no Tribunal do Júri. Essa discussão diz respeito ao impacto que a imagem da pessoa algemada pode causar nos jurados, pelo fato de estes serem pessoas leigas.

Além disso, manter o réu com as mãos imobilizadas poderia influenciar no seu direito de defesa no momento do interrogatório, pois estaria impedido de expor, com gestos, a maneira como os fatos aconteceram.

5.1 A estrutura do Tribunal do Júri

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII prevê que:

É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O Tribunal do Júri é composto, de acordo com o artigo 447, do Código de Processo Penal, por um juiz de direito, que é o seu presidente e por vinte e cinco jurados, que serão sorteados dentre os alistados.

Quanto aos jurados, Marrey salienta que (2000, p. 139):

Não significa deva distingui-los pela posição social, nem por seu destaque na sociedade, mas apenas pela idoneidade. Recomenda-se

a diversificação, quanto possível, de funções sociais, de modo que a sociedade seja presente em todas as suas camadas.

Dos vinte e cinco sorteados, sete jurados são escolhidos, também por sorteio, para constituir o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

Após a publicação definitiva da lista dos jurados, os nomes serão colocados em cartões iguais, contendo os endereços, e, após serem verificados pelo Ministério Público e advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil, permanecerão guardados em urna fechada à chave, sob responsabilidade do juiz presidente. (artigo 426, §3º do Código de Processo Penal).

Se não houver um quorum mínimo de quinze jurados na abertura dos trabalhos, o juiz sorteará os suplentes e marcará nova data para julgamento. (artigo 464 do Código de Processo Penal).

Havendo o julgamento, e cumpridas todas as fases, os jurados decidirão na sala especial, respondendo aos quesitos que lhes são impostos.

Por fim, caberá ao juiz presidente proferir a sentença e a fixação da pena, de modo que os jurados decidem sobre o crime e sua autoria.

5.2 A íntima convicção dos jurados

Os julgamentos no Tribunal do Júri são feitos pelos concidadãos do acusado, de modo que as decisões não são tomadas por juízes togados e sim por representantes do povo.

Para isso, os jurados utilizam da sua íntima convicção, ou seja, julgam o crime de acordo com aquilo que pensam, pois não há necessidade de que fundamentem sua decisão. Assim, eles apenas condenam ou absolvem, sem qualquer fundamentação.

Além disso, o veredicto dado por eles é a última palavra e não deve ser contestado pelos tribunais no que diz respeito ao mérito da decisão, em razão da soberania dos veredictos, inserta na Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII.

Marrey salienta que (2000, p. 139):

E nisto consiste a “soberania dos veredictos” – na faculdade dos jurados decidirem por íntimo convencimento, acerca da existência do crime e da responsabilidade do acusado (matéria de fato), sem o dever de fundamentar suas conclusões. Ou, em termos diversos, na impossibilidade de os magistrados se substituírem aos jurados, na decisão das questões por eles já decididas.

Infere-se que, para que os jurados decidam, não utilizarão a lei e sim sua consciência, empregando para isso os padrões morais existentes na sociedade em que

se inserem, a fim de que decidam com seu próprio sentido de justiça.

A questão que se coloca é a possibilidade de os jurados serem influenciados pela imagem do réu algemado, fazendo-se um prejulgamento, já que são pessoas leigas que decidirão apenas de acordo com a sua consciência.

Portanto, é preciso analisar o fato de que a utilização de algemas no Tribunal do Júri pode causar má impressão do acusado em relação aos jurados, fazendo com que estes emitam um juízo de valor desfavorável a ele, pois as algemas estão diretamente ligadas à ideia da periculosidade do cidadão.

Percebe-se, pois, que os jurados poderão ficar impressionados com a imagem do acusado algemado, atribuindo-lhe uma característica – a de periculosidade – que não necessariamente deva possuir.

6 A Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal

O instituto da Súmula Vinculante é previsto no artigo 103-A da Constituição da República, tendo a sua redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e sendo regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

Para Novelino (2008), a finalidade da súmula vinculante, cujo objetivo é a eficácia, validade ou interpretação de determinada norma, é colocar fim em discussões entre órgãos judiciais e administrativos, que possam acarretar insegurança jurídica e o aumento dos processos sobre questões idênticas.

Novelino (2008) ainda ensina que, para que seja conferido o efeito vinculante a um enunciado de súmula, deve haver a aprovação do STF por dois terços de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matérias constitucionais. Em relação às súmulas já existentes, para que obtenham esse efeito, deverá haver a observância desse mesmo procedimento. Os efeitos das súmulas serão contados a partir de sua publicação na imprensa oficial.

A Súmula Vinculante nº 11 do STF foi editada em 13 de agosto de 2008, visando regulamentar o uso de algemas para que não existam abusos, a partir de um julgamento em que o acusado permaneceu algemado durante toda sua duração.

Trata-se do *Habeas Corpus* 91.952-SP que decidiu sobre o fato de o pedreiro Antônio Sérgio da Silva, condenado por homicídio triplamente qualificado, ter sido mantido algemado durante toda uma sessão do Tribunal do Júri da cidade de Laranjal Paulista – SP, cuja ementa dispõe que:

ALGEMAS - UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO - ACUSADO ALGEMADO - TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado

na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório.²

Por esse motivo, em votação unânime, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, o STF decidiu anular esse julgamento pelo fato de que a imagem do acusado algemado possa ter influenciado na decisão dos jurados, violando, desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana, já que não houve fundamentação do presidente do Tribunal do Júri para manter o réu algemado.

Apenas seis dias após o julgamento, a Súmula Vinculante nº 11 foi editada pelo STF, com o seguinte teor:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.³

Além disso, a referida Súmula é dotada de caráter impeditivo de recursos, sendo que para as decisões que a tomam por base não caberá recurso.

Percebe-se que, com a edição dessa Súmula, busca-se que a utilização das algemas se dê apenas em casos excepcionais, para que não haja agressão à dignidade da pessoa humana, por meio de abuso de poder utilizado pelos policiais e nem a exposição vexatória do algemado.

Nesse sentido, Herbella (2008, p. 93) salienta que:

Assim sendo, o uso de algemas para o preso deixou de ser regra e passou a ser exceção, restringindo-se às hipóteses nas quais a autoridade, mediante fundamentação escrita, considerar que tenha havido resistência, haja fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia.

Termos em que, apenas em tais casos estaria, para o STF, legitimado o uso de algemas, sob pena de o agente ou a autoridade responderem nas esferas disciplinar, penal e civil. Previu-se, também, a responsabilização civil do Estado, sem prejuízo do reconhecimento de nulidade da prisão ou do ato processual a que ela se refere.

² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em 03/08/2010. E-mail:

³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acesso em 03/08/2010.

Insta considerar que a edição da referida Súmula serviu para que fossem sanadas as omissões existentes em relação ao uso de algemas, fazendo com que, após sua edição, estas só possam ser utilizadas em conformidade com critérios previstos em lei.

7 A efetiva violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência

Muito se tem discutido a respeito do uso de algemas e se sua utilização é pautada nos estritos limites legais.

O que se vê atualmente é um constante abuso de direito pelos policiais e a exposição midiática das pessoas algemadas.

Com a edição da Súmula Vinculante nº 11 pelo STF, o uso desse instrumento só pode acontecer nos casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física alheia e do próprio policial.

Ocorre que isso não está sendo respeitado, caracterizando ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.

Observa-se que, estando o cidadão acusado de um crime, não significa que ele seja o maior dos criminosos. Deve-se ressaltar que todo ser humano deve ter a sua dignidade preservada, já que esta é inerente a todos, pois é uma garantia prevista na Constituição da República em seu artigo 1º, inciso III.

Nota-se que o ato de algemar por si só já é humilhante e, quando feito fora dos limites previstos em lei, traz sérios prejuízos ao cidadão.

A dignidade da pessoa, sendo um valor soberano, uma qualidade intrínseca de todo ser humano, deve ser respeitada, pois, como a própria Constituição da República prevê em seu artigo 5º, inciso III, ninguém será submetido a tratamento degradante.

Quanto ao princípio da presunção de inocência, percebe-se que há previsão na Constituição da República (artigo 5º, inciso LVII) de que todo cidadão é presumido inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E é evidente que, mesmo após a sua condenação, o indivíduo ainda deve ter os seus direitos assegurados pela Constituição da República.

Visualiza-se que o uso indiscriminado de algemas no Tribunal do Júri fere a aplicação desse princípio. Primeiro, porque a imagem do acusado algemado atribui a ele uma enorme periculosidade perante os jurados, já que estes são pessoas leigas quanto ao direito, escolhidas entre os concidadãos do réu, que não julgam com base em leis e jurisprudências, e sim em seu próprio sentido de justiça. Segundo, porque a partir do momento em que há o requerimento do advogado do acusado para que as algemas sejam retiradas e esse pedido não é atendido, majora-se a opinião dos jurados quanto à periculosidade do cidadão acusado. O que não necessariamente possa ser verdade, já

que antes do julgamento deve ser garantida a presunção de inocência.

Além disso, a dignidade humana, como um valor supremo deve ser assegurada a todo cidadão.

Percebe-se, pois, que o *Habeas Corpus* 91.952-SP do pedreiro de Laranjal Paulista ilustra muito bem essa situação, já que seu julgamento foi anulado, por unanimidade no STF, porque permaneceu algemado em toda sua duração. Os ministros concordaram que esse fato influenciou a decisão dos jurados, uma vez que não houve decisão fundamentada do presidente da sessão para que as algemas fossem mantidas.

Conclui-se, pois, que a edição da Súmula Vinculante nº 11 do STF veio para tentar garantir os direitos do acusado que, como qualquer outro cidadão, deve tê-los assegurados.

Assim, o que se pretende é que o uso de algemas não seja regra e passe a se tornar exceção, devendo ser concretizado dentro dos limites impostos pela lei, e não de forma indiscriminada e arbitrária. Esse uso não deve ter, então, o objetivo de ressaltar o trabalho dos policiais com a apresentação do acusado algemado, como se fosse um troféu, expondo-o na mídia perante todos os outros cidadãos, de uma forma extremamente vexatória.

Herbella (2008, p. 142) salienta que:

De fato, os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados impõem o absoluto respeito à imagem e à dignidade da pessoa humana.

Definitivamente, não se pode admitir espetáculos midiáticos de execração pública e linchamento moral, constituindo verdadeiro prejulgamento fora da sede própria e ao arripio do devido processo legal.

Deve-se evitar o sensacionalismo estimulado pela imprensa durante a cobertura da prisão dos cidadãos, uma vez que o direito à livre informação não deve ultrapassar os direitos previstos na Constituição da República, como a intimidade, a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana.

Quando não se justifica o uso, as algemas não devem ser utilizadas, pois, em um Estado Democrático de Direito, as restrições sem justificativas não devem existir, já que deve haver uma organização com base na razão, para que as decisões sejam fundamentadas.

Assim, se não há tais motivos, o ato de algemar serviria apenas como humilhação para o cidadão.

O que deve acontecer, de fato, é a garantia dos direitos previstos na Constituição da República para todos os cidadãos, já que vivemos em um Estado Democrático de Direito.

8 Considerações Finais

Nos dias atuais, o que se vê constantemente é a notícia de pessoas algemadas sendo expostas na mídia, mesmo quando não representam nenhum perigo de violência ou ameaça, ficando clara que a intenção do ato de algemar seria apenas para degradar a imagem do acusado e lhe causar humilhação.

Ressalta-se, porém, que a utilização das algemas em certas ocasiões é necessária, contudo não pode ser feita de forma indiscriminada e sem qualquer critério, pois estaria violando claramente os princípios constitucionais estudados, bem como a Súmula Vinculante nº 11 do STF. Além de violar o artigo 284 do Código de Processo Penal, que dispõe que não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso, cumulado com o artigo 292, que diz que apenas se houver resistência à prisão poderão ser usados os meios necessários para defesa ou vencer a resistência.

Assim, o uso desse instrumento deve estar dentro dos limites da determinação legal, pois mesmo os criminosos devem ser respeitados, uma vez que não perdem sua característica de ser humano possuidor de direitos.

Percebe-se, pois, que a Súmula Vinculante 11 veio para resguardar tanto os interesses do acusado quanto do agente policial, pois prescreve as hipóteses em que as algemas podem ser utilizadas e traz a possibilidade de o policial justificar seu uso, caso seja necessário.

Por fim, deve-se considerar que o uso indiscriminado de algemas poderá causar ofensa à dignidade da pessoa humana, visto que os representantes da segurança pública não estão tendo um mínimo de cautela com os acusados, submetendo-os a constrangimento, quando deveriam pautar-se nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Além de restar configurada a afronta ao princípio da presunção de inocência, quando o uso de algemas no Tribunal do Júri se dá sem qualquer fundamentação.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código de Processo Penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 91.952-SP**. Ministro Marco Aurélio. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 19 de dezembro de

2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 03 ago 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 11**, de 13 de agosto de 2008. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Diário da Justiça, 12 de novembro de 2008, p. 13. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acesso em: 03 ago 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas**. São Paulo: Lex Editora, 2008.

MARREY, Adriano. **Teoria e Prática do Júri**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS – APAC: nova possibilidade na aplicação da pena privativa de liberdade em observância aos direitos humanos.

Fernanda Patrícia Pereira¹
Geusiani Pereira Silva²

RESUMO

Problematiza-se, na contemporaneidade, a ineficácia das ações de ressocialização dos apenados desenvolvidas no sistema prisional tradicional. No intuito de refletir tais questões, este artigo aponta práticas que violam direitos e que estão em desacordo com a Lei de Execução Penal e a Constituição Federal de 1988. Analisa-se a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados-APAC, como uma nova alternativa ao sistema tradicional, justamente porque centra suas ações no cidadão preso e na possibilidade de sua recuperação, independentemente do delito cometido. Ao atentar-se para tais questões, ressaltam-se os desafios e a relevância da intervenção do Assistente Social nesse espaço sócio-ocupacional.

Palavras - Chave: Pena Privativa de Liberdade, Reincidência Criminal, Reintegração Social, Direitos Humanos, APAC.

ABSTRACT

It questions in the contemporary times, the ineffectiveness of the actions of resocialization of convicts in the prison system developed traditionally. In order to reflect these issues, this article suggests practices that violate rights and that are at variance with the Law of Penal Execution and the Constitution of 1988. Analyze the Association of Protection and Assistance for the Damned-APAC, as a new alternative to the traditional system, precisely because it focuses its actions on the citizen arrested and the possibility of their recovery, regardless of the crime committed. To pay attention to these issues, we emphasize the challenges and relevance of the intervention of socio-occupational social worker in this space.

Keywords: deprivation of liberty, Criminal Recidivism, Social Reintegration, Human Rights, APAC.

¹ Assistente Social egressa do curso de Serviço Social das Faculdades Santo Agostinho. nandinhajanu@yahoo.com.br

² Mestranda em Desenvolvimento Social/Unimontes e professora/orientadora do Curso de Serviço Social das Faculdades Santo Agostinho.

1 INTRODUÇÃO

A pena privativa de liberdade é uma medida judicial imposta ao cidadão que cometeu algum delito, ou seja, alguém que transgrediu a lei. O Estado, frente a essa perspectiva, penaliza o indivíduo por ter violado regras que foram regulamentadas e legitimadas na sociedade. No entanto, essa penalização, que tem por finalidade a retribuição pelo ato delituoso e, sobretudo, a ressocialização do sujeito que cumpre pena, não tem alcançado tal fim. Entende-se que, para além da punição, está a premissa de fazer com que este sujeito retorne à sociedade de forma diferente, disposto a não cometer mais crimes, com novas possibilidades de vida e não de reincidência criminal.

Verifica-se, no decorrer da última década, o aumento acentuado da violência e criminalidade no Brasil, com crescimento do número de prisões e reincidências criminais em todo o país. A maioria dos estabelecimentos penais convencionais não oferece ao cumpridor de pena privativa de liberdade condições dignas para seu cumprimento. Prevalece, muitas vezes, a atitude desumana nas formas de tratamento ao preso, que é submetido a situações vexatórias, de violência física, moral e psíquica. E, por mais que se constatem esforços por parte do Direito Penitenciário, que objetiva a proteção do condenado com exigências éticas quanto a respeitar a dignidade do homem como pessoa moral, constatam-se falhas relacionadas aos Direitos Humanos e sua observância nesse sistema. Portanto, a metodologia utilizada nos estabelecimentos prisionais tradicionais dificilmente tem contribuído para a “humanização do sistema” e para a ressocialização desse sujeito.

Nesse sentido, é importante também pontuar que, grande parte da sociedade ainda trata com descaso a condição do condenado, pois desconhece a cultura prisional interna e, assim, não se mobiliza para exigir o cumprimento da Lei. Muito menos se permite abrir mão de certos preconceitos, o que conseqüentemente colabora para a reprodução da criminalidade e violência. Nessa direção, acaba sendo evidente a ineficácia da metodologia prisional atual. Sendo assim, tem-se como objetivo conhecer e compreender melhor uma nova filosofia na execução penal, cujos princípios sustentados pelo chamado método APAC são a humanização do sistema penitenciário, a valorização humana, a regeneração do detento e sua reintegração social.

2 ANÁLISES DÍSPARES SOBRE A PRISÃO E A PERSPECTIVA DE DIREITOS

Assim como a história das leis e de suas aplicações, a história do cárcere é bastante remota e possui indícios de sua existência desde a antiguidade (525 a.C). A forma-prisão foi instituída mesmo antes que a lei a deliberasse como pena propriamente dita. Foi a partir das exigências e demandas geradas por transformações históricas, políticas, econômicas, culturais e sociais, que a pena privativa de liberdade passou a ser

utilizada como forma de punição e adotou a prisão como espaço de execução penal.

De acordo com Bitencourt (2001, p.157), “a prisão, em vez de frear a delinqüência, parece estimulá-la, convertendo em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado, ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações”. Outrora, na França do século XVI, vários estudiosos e filósofos do direito já se opunham ao absolutismo do Estado e, conseqüentemente, as formas desumanas de punição. Marca essa época a obra de Jean Jacques Rousseau, o Contrato Social, que se opunha ao absolutismo do Estado e defendia a libertação do indivíduo, e a doutrina de Cesare Beccaria Bonesana³, no século XVIII.

A doutrina de Beccaria, de acordo com Fregadolli (2010, s/p), influenciou sobremaneira com sua teoria clássica no intuito de “limitar o direito de punir, de proporcionar os castigos aos delitos, de suprimir os suplícios bárbaros, de prevenir o crime antes de reprimi-lo e, sobretudo, de abstrair a justiça de qualquer espécie de laço com as teologias opressivas”. Assim, sob essas influências, a Europa entendeu a necessidade de uma reforma no direito penal. E foi na França, em 1789, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão apresentou uma nova legislação criminal. Nesse alvoroço de reformas, Portugal também sofreu influências dos ideais liberais de Beccaria, porém não se materializou em lei neste país. Apesar disso, as ideias Humanitárias do século XVIII⁴ conseguiram amenizar o rigor das penalidades das Ordenanças Filipinas que se centravam na tortura e pena de morte. Diante disso, pode-se dizer que a privação da liberdade em contextos de violação e privação de direitos contribui muito mais para a desumanização dos indivíduos do que para a sua efetiva reabilitação.

De acordo com Oliveira (1997, p.08-09), o preso é inserido num sistema que nada mais é do que “um aparelho destruidor de sua personalidade”. Seguindo a sua linha de pensamento, enfatiza-se que esse modelo, até então proposto e defendido:

Não serve para o que diz servir; neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores; estigmatiza o ser humano; funciona como máquina de reprodução da carreira no crime; introduz na personalidade a prisionalização da nefasta cultura carcerária; estimula o processo de despersonalização; legitima o desrespeito aos Direitos Humanos.

Constatam-se, também, nesse ambiente carcerário, a superlotação, a precariedade das instalações, a negligência quanto aos atendimentos médico, jurídico, odontológico, psicológico e social, o que corrobora para a existência e manutenção de ciclos de risco e vulnerabilidades sociais, bem como para a deficiência da saúde física e

³ Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria, foi um conceituado jurista, filósofo, economista e literato até os dias atuais. É considerado como um clássico do Direito Penal que contrariou a legislação penal de seu tempo, pois era contrário aos suplícios daquela época.

⁴ Pode-se afirmar, de acordo com LEMOS (2007), que “A doutrina de Cesar Beccaria estava imbuída dos pensamentos iluministas, modificou toda base das condutas impostas para o cumprimento da pena, exigindo principalmente a presença da legalidade e da anterioridade como princípios basilares na tipificação penal. Com a Publicação de sua obra “Dos Delitos e das Penas”, começou o período humanitário da pena, despertando a

psíquica no detento. Além disso, há uma prática de violência vivenciada nesse espaço, como o abuso das autoridades policiais e agentes penitenciários; abuso sexual entre presos, doenças, ociosidade e falta de assistência em todos os sentidos.

Esse pensamento vai ao encontro do que pontua Bitencourt (2001, p. 209), ao explicar que:

As deficiências prisionais compreendem maus tratos verbais ou de fato; superlotação carcerária, o que também leva a uma drástica redução de desfrute de outras atividades que deve proporcionar o centro penal; falta de higiene; condições deficientes de trabalho, o que pode significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo; deficiências no serviço médico, que pode chegar em muitos casos, a sua absoluta inexistência; regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários que permitem e até realizam o tráfico; reiterados abusos sexuais; ambiente propício à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte.

Diante do exposto, diz-se que, apesar dos avanços, o sistema prisional brasileiro do século XXI mantém características latentes do século passado. Se não bastasse, têm-se o aumento da construção de presídios e penitenciárias, bem como a sua superlotação. A população carcerária cresce consideravelmente, e esse aumento está diretamente ligado ao alto índice de criminalidade e violência nos centros urbanos e, principalmente, às falhas do sistema que intervém desumanamente e não proporciona a reintegração social do preso, o que corrobora para a reincidência criminal.

Segundo o Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Estado de Minas Gerais – PDSP – MG (2007), no ano de 2006, registraram-se 59 óbitos de presos do sexo masculino, destes, 47,46% morreram por causa natural, e 52,54% por causa criminal, suicídio ou acidente. E, em 2007, segundo o Ministério de Justiça, dentre 11.490 reclusos analisados 34,31% eram reincidentes. Tais considerações apontam um sistema que não dispõe de condições favoráveis para a recuperação do detento, mas coloca em risco a sua integridade física e psíquica. Como visto acima, os dados são indicações da falência de um sistema que ao invés de preservar a vida e resgatar os valores humanos dos detentos, outrora perdidos, contribui para que estes desvalorizem sua própria existência, culminando com o suicídio de alguns.

Não obstante, de acordo com os dados fornecidos pelo Ministério da Justiça do Brasil – MJ, por meio do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), pode-se constatar, no período de 2006 a 2009, o crescente número da população carcerária no sistema prisional brasileiro. Segundo dados divulgados por esse órgão, houve, desde dezembro de 2006 até dezembro de 2009, um considerável aumento da população carcerária brasileira, que passou de crescimento anual de 401.236 para 473.626, respectivamente. Em suma, o

percentual de acréscimo em 2009, em relação a 2006, foi de 18%. De dezembro de 2008 a dezembro de 2009, o crescimento foi de 4,92%, o menor nestes últimos quatro anos; porém, de acordo com a Comissão de Monitoramento e Avaliação do DEPEN, por meio do relatório da População Carcerária Brasileira (2009), constata que, se considerada a taxa média de crescimento anual da população prisional, 8,12%, no próximo quinquênio (2012), ter-se-á uma população carcerária de aproximadamente 626.083 detentos.

Por conta desses problemas e números expressivos é que a Política em vigor passou, então, a focar a repressão ao crime e o aumento das penitenciárias que evocam e põem em voga os poucos investimentos na verdadeira prevenção dos crimes e na efetiva ressocialização dos presos no Brasil. Nesse ambiente, onde o preso se encontra privado de liberdade, muitas vezes impera a ausência dos demais direitos inerentes à pessoa humana, e o não cumprimento da Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210 de 11/07/1984, que legitima os direitos do cidadão preso, a qual se reporta a um conjunto de medidas de cunho interventivo e assistencial. Essa Lei, conhecida também como Carta Magna dos Presos, estabeleceu uma reforma na parte geral do Código de 1940. “É uma lei específica para regular a execução das penas e medidas de segurança”, e rege-se por uma filosofia ressocializadora no cumprimento de pena privativa de liberdade. Além disso, a LEP provoca novas reflexões sobre a imprescindibilidade de se garantir melhores condições de vida para esse público que está privado de liberdade, mas que deve ser considerado, acima de tudo, como cidadão de direitos.

Posteriormente, tem-se uma conquista muito relevante para o povo brasileiro: a promulgação da Constituição Federal do Brasil em 1988, destinada a “assegurar o exercício dos direitos sociais e civis, 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”. A Constituição Federal/1988, em seu artigo 5º, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, inciso XLVII, alíneas “d” e “e” trata, em específico, da questão do cumprimento de pena, a qual determina “que não haverá penas de banimento e cruéis”. E, além disso, versa em seu inciso XLIX “que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. A soma dessas duas conquistas veio colaborar para que, de fato, os deveres e principalmente direitos inerentes ao cidadão brasileiro, que está em cumprimento de pena privativa de liberdade, sejam respeitados e cumpridos como determina a lei.

Um dos grandes desafios percebidos atualmente é que, apesar da LEP ser moderna e avançada, ainda não está sendo efetivada como de fato determina a legislação. Ainda fazendo menção à questão de direitos do apenado, a perspectiva de direitos humanos pressupõe a proteção da pessoa humana através de um regime de direitos estabelecidos nos seus trinta artigos, contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, para que o cidadão não seja lesado ou negligenciado no seu percurso de

vida. Nessa perspectiva, entende-se que é necessário viabilizar melhores condições para que o detento cumpra sua pena em condições dignas, alicerçadas em uma política criminal humanizadora, sobretudo que proporcione ao detento um processo real de recuperação e ressocialização em observância aos direitos humanos.

3 O MÉTODO APAC COMO POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) surge como alternativa ao sistema comum, na execução da pena privativa de liberdade, pois apresenta respostas favoráveis à recuperação e reintegração social do apenado. Os resultados positivos da metodologia apaqueana se devem à forma singular e humana de tratar os apenados como pessoas de direito, que possuem uma identidade e uma história de vida. História essa que, muitas vezes, comprova as desigualdade e injustiças sociais vividas no percurso de vida, em que as oportunidades foram escassas e as condições dignas de sobrevivência foram, na maioria das vezes, destituídas e/ou não asseguradas.

Desse modo, muitos dos apenados, que cumprem pena privativa de liberdade, tiveram suas histórias marcadas pelas ausências. Certamente, não se pretende justificar o crime pelas condições econômicas e sociais do sujeito, pois há aqueles não excluídos socialmente e economicamente e que, mesmo assim, praticaram atos ilícitos e criminosos. Mas, como destaca Silva (2007, p. 136), “[...] a pobreza e a desigualdade social não devem servir de explicação direta e imediata à violência objetivada nos espaços urbanos, mas, ao mesmo tempo as relações promíscuas entre elas não devem ser descartadas”. Isso quer dizer que há possibilidade de se questionar a criminalização da pobreza, visto que as mais diversas desigualdades sociais têm sim se tornado presentes frente ao possível aumento da criminalidade no Brasil.

Tal pensamento é também referendado por autores como Ottoboni (1997, p. 69, 70), segundo o qual o preso é “um doente gerado no ventre da ausência de afeto e de amor, do desemprego, da falta de moradia, do desequilíbrio social, da fome, da injustiça, da péssima assistência previdenciária, dos preconceitos que, no estabelecimento penal, vê agravada essa situação”. Em virtude das tensões originadas pelas expressões da questão social, muitos indivíduos entram para o crime, mais precisamente para o tráfico ou atos ilícitos, e terminam presos ou mortos. É, então, nesse momento, que a lei e o Estado entram em cena para punir e, ao que parece, ao deixar de intervir e investir no social e na prevenção, conseqüentemente é obrigado a agir para punir e gasta muito mais com o cidadão preso que, outrora, foi negligenciado socialmente.

De acordo com Trindade (2003, p.58), aspectos negativos podem ser verificados após a criação das prisões, visto que essa estrutura “[...] criminaliza e mancheia as condutas das categorias inferiores da sociedade [...] reproduz e reconfirma a estrutura

burguesa, com suas desigualdades sociais e o seu cortejo de horrores”. Isso porque, cada vez mais, o Estado se preocupa em investir em estrutura carcerária, em construção de presídios, e muito menos nos apenados que precisam urgentemente ser engajados em uma metodologia que os valorize como ser humano, que seja capaz de proporcionar-lhes condições reais de recuperação.

Assim, para compreender a nova proposta ressocializadora na execução da pena privativa de liberdade foi oportuno conhecer, a partir da vivência dos detentos, o método da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), na cidade de Itaúna – MG, uma das primeiras iniciativas brasileiras e que propõe a humanização do sistema prisional e o rompimento do paradigma punitivo que permeia as prisões, as quais ainda se reportam à lógica do Vigiar e Punir de Foucault (1987). Em suma, pode-se dizer que essa instituição e entidade foi fundada em 1986, é a pioneira no Estado de Minas Gerais. Têm-se duas etapas de origem do método: primeiro, a espiritual, relacionada a Deus “amando ao próximo amarás a si mesmo”; segundo, a jurídica, de forma estatutária, pela resolução nº 433/2004 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG no dia 01 de maio de 2004.

AAPAC é uma ação conjunta da execução penal, sociedade civil e parceiros, com o intuito de despertar em toda a sociedade um sentimento de corresponsabilidade, de coparticipação na ressocialização do detento. Trabalha a integralidade do sujeito, o resgate da autoestima, dos vínculos familiares, capacita-os com cursos educacionais e profissionalizantes e, a partir dessas ações, há uma interação entre condenados, sociedade e condenados. A dimensão religiosa foi considerada e se baseava em princípios bíblicos de perdão, compaixão, amor ao próximo. Inspirados por esses princípios, cidadãos cristãos se sensibilizaram com a situação degradante em que viviam os “presos” e se mobilizaram para adentrar esse universo prisional, com o intuito de humanizar o tratamento dispensado a eles.

Nessa Associação, funcionam os três regimes: fechado, semi-aberto e aberto. Nunca houve rebeliões e os detentos são tratados como recuperandos, são chamados pelo nome e não usam uniforme padrão como nos presídios convencionais; são corresponsáveis pela recuperação e ressocialização. Eles recebem assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica com a participação da comunidade, e ainda frequentam cursos supletivos e profissionalizantes, praticam atividades diferenciadas evitando a ociosidade. A instituição fundamenta-se por uma disciplina rígida, caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do sentenciado. Há de se ressaltar que o método apresenta um baixo índice de reincidência criminal em relação ao sistema prisional comum. (BRASIL/MINAS GERAIS/Cartilha Novos Rumos na Execução Penal, 2004, p.7 -18). Sendo assim, a APAC é definida por Ottoboni (2004, p. 29) como “[...] uma entidade que dispõe de um método de valorização humana, portanto de

evangelização, para oferecer ao condenado condições de recuperar-se, logrando, dessa forma, o propósito de proteger a sociedade e promover a justiça”.

Desse modo, o método APAC contempla doze elementos fundamentais que devem funcionar harmoniosamente, para que sejam alcançados os objetivos de humanização do sistema prisional e a ressocialização do recuperando. Os elementos fundamentais que legitimam o trabalho dessa instituição relacionam-se às seguintes dimensões: 1) participação da comunidade que visa permitir o conhecimento e a divulgação do método; 2) a perspectiva do apoio mútuo entre recuperandos; 3) a realização de trabalhos em que o apenado/recuperando deixa de ficar a maior parte do seu tempo de reclusão de forma ociosa, se qualifica e se profissionaliza, enquanto cumpre sua pena; 4) a religião que permite que os recuperandos façam a experiência com Deus, independentemente de sua orientação religiosa; 5) o acesso à Assistência Jurídica gratuita; 6) o acesso à Assistência à Saúde, a partir do atendimento de demandas odontológicas, psicológicas e médicas; 7) a realização de atividades e ações reflexivas que visam promover a valorização da pessoa Humana, bem como trabalhar a sua autoestima; 8) o desenvolvimento de ações e o trabalho interativo com as famílias dos apenados/recuperandos, no sentido de contribuir para o fortalecimento dos vínculos familiares; 9) a promoção de ações e atividades com apoio de pessoas voluntárias da própria sociedade, que corroboram para minimizar a revolta gerada no “detento”, pela imagem negativa do pai, da mãe, ou da própria sociedade que muitas vezes o exclui e o discrimina; 10) a valorização da própria estrutura e centro de Reintegração Social que respeita a condição diferenciada que há entre os regimes de privação de liberdade; 11) a perspectiva do mérito, em que se incentiva o recuperando a participar dos atos socializadores (estudo, trabalho, aulas reflexivas, disciplina, relacionamento interpessoal, celebrações (culto, missa), dentre outros, com vistas a incentivar a sua reabilitação e a obtenção de uma possível progressão de regime e da pena até então cumprida e, por fim, a dimensão 12 visa estimular eventos, como a chamada “Jornada de Libertação com Cristo”, encontro anual promovido pela APAC, em que são ministradas palestras de valorização humana e cunho religioso, objetivando “provocar no recuperando a adoção de uma nova filosofia de vida e interiorização de valores. (BRASIL/Cartilha Novos Rumos na Execução Penal, 2004).

Autores como Leal (2001, p. 136), defendem que “[...] a experiência da APAC na recuperação de condenados reflete-se nos índices de reincidência, no patamar de 4% diversamente do sistema comum, que chega a atingir a cifra de 85%”. Como aponta o autor supracitado, os índices da APAC são menores, pois apesar dos Centros de Reintegração Social constar com um número menor em quantidade de unidades, e por acolher no máximo 200 “presos”⁵ - o sistema prisional contempla inúmeras unidades,

⁵ Essa quantidade previamente estabelecida faz parte das normas do método que visa um tratamento individualizado.

superlota as celas massificando o tratamento e negligencia alguns direitos. Com isso, a recuperação do condenado será ínfima e o índice de reincidência muito maior.

Nessa lógica, e frente a esse cenário de privação do acesso aos direitos e às condições dignas de sobrevivência, apresentam-se várias possibilidades de atuação, como também vários desafios para o Serviço Social, e demais profissionais que atuam no sistema prisional, que devem intervir estrategicamente e articular forças na organização, construir espaços para a ação e participação dos sentenciados, contribuir para a aquisição de direitos, possibilitar condições de profissionalização, geração de renda e de reintegração social. É primordial que a equipe técnica da APAC faça o acompanhamento sistemático dos recuperandos e suas famílias, sendo que a soma de um profissional do Serviço Social potencializará ainda mais o trabalho desenvolvido, o qual estará atuando, por exemplo: na elaboração de diagnósticos, ações de prevenção junto às famílias, seleção de casais padrinhos - prevenindo estes das consequências do abandono do trabalho -, junto às fragilidades familiares e sociais, resgate dos vínculos familiares, na defesa de direitos dos recuperandos, promoção e orientação destes, dentre outras.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise de dados evidenciam-se consideráveis diferenças favoráveis à APAC, em detrimento ao sistema comum. No que diz respeito à efetividade do método apaqueano na aplicação da pena privativa de liberdade, observa-se que há três dimensões a serem mencionadas para então compreender os bons resultados obtidos nesse sistema e que, de fato, contribuem para a redução da reincidência criminal. A primeira é que a APAC humaniza o sistema prisional; a segunda refere-se à metodologia, que abarca questões pertinentes e essenciais à recuperação e ressocialização dos detentos, e a terceira é a estrutura do local que oferece um ambiente mais digno e propício para o cumprimento de pena privativa de liberdade. Desse modo, vale ressaltar duas questões: a APAC valoriza o ser humano que está preso independentemente do delito cometido, e fundamenta-se numa metodologia de respeito ao próximo e na execução penal em observância aos direitos humanos, portanto centrados na preservação da integridade física e psíquica do recuperando. A APAC atua como uma terapêutica penal e traz para a execução penal um caráter extremamente religioso, como forma de resgatar o ser humano, pois entende que “todo homem é maior que seu erro” e, então, ele merece o perdão e uma chance de se recuperar e/ou de se retratar perante a vítima e a sociedade.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. **Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em < <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/leis/arquivo13.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2010.
- _____. Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen**. Disponível: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 19 maio de 2010.
- _____. **Relatório Analítico Estatístico do Sistema prisional**. DEPEN 2006. Disponível:<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 15 maio de 2010.
- _____. **Todo Homem é maior que seu erro - Cartilha Novos Rumos na Execução Penal**. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Conselho de Defesa Social, 2004.
- FREGADOLLI, Luciana. **Antecedentes Históricos do Código Criminal de 1830**. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/akropolis/article/viewFile/1707/1479>>. Acesso em: 24 mar. 2010.
- DIRIENZO, Mário Augusto Bernardes. **Violação dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://cotianet.com.br/seg/dh>>. Acesso em: 20 maio de 2010.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**; tradução de Raquel Ramalheite. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LEMONS, Walter Gustavo da Silva. **A influência de Cesare Beccaria nas Constituições Brasileiras**. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3848/A-influencia-de-Cesare-Beccaria-nas-Constituicoes-Brasileiras>>. Acesso em: 24 jun. 2010.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável**. APAC: a revolução do sistema penitenciário. – São Paulo: Cidade Nova, 1997.

_____. **Vamos matar o Criminoso?** Método APAC - 2. ed. São Paulo: Paulinas, 2004.

SILVA, José Fernando Siqueira. **O Recrudescimento da Violência nos Espaços Urbanos:** desafios para o Serviço Social. In SERVIÇO SOCIAL E SOCIEDADE. São Paulo: Cortez, nº 89, ano XXVIII, março de 2007.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A Ressocialização:** uma (dis) função da pena de prisão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

Luana Caroline Botelho de Araújo¹

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a responsabilidade civil pela perda de uma chance, analisando-se a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, e como objetivo analisar a responsabilidade civil pela perda de uma chance frente à indenização da vítima por uma nova espécie de dano trazido pela doutrina e jurisprudência. Ao final, conclui-se que o que se busca com a responsabilidade civil pela perda de uma chance, é a indenização da vítima que perdeu uma chance séria e real de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, mediante a prática de um ato ilícito.

Palavras-chave: perda de uma chance, responsabilidade civil, danos; Direito Civil.

ABSTRACT

The present work has as subject the civil liability for the loss of a possibility, analyzing itself its application in the Brazilian legal system. It has as objective to analyze the civil liability for the loss of a possibility front to the indemnity of the victim for a new species of damage brought for the doctrines and jurisprudences. To the end, one concludes that what searches with the civil liability for the loss of a possibility, is the indemnity of the victim that lost a serious and real possibility to get an advantage or to prevent a damage, by means of the practical one of a tort.

Keywords: loss of a possibility; civil liability; damages; Civil Law.

1 Introdução

A responsabilidade civil abrange as mais variadas esferas do direito, sendo, portanto, tema de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal instituto visa à redistribuição da riqueza em conformidade com a Justiça, buscando-se atender à necessidade legal, moral e social da vítima, uma vez que fora violada pelo agente da lesão.

O objetivo deste estudo é a análise da responsabilidade civil pela perda de uma chance, frente à indenização da vítima por uma nova espécie de dano trazido pelas doutrinas e jurisprudências. Serão abordadas noções introdutórias de responsabilidade civil, bem como seu conceito, responsabilidade contratual e extracontratual,

¹ A autora é acadêmica do Curso de Direito das Faculdade de Direito Santo Agostinho. E-mail: lucaroline2@hotmail.com

responsabilidade subjetiva e objetiva, uma análise acerca do dano e, por fim, a perda de uma chance.

Essa nova concepção de dano passível de indenização surgiu do estudo de casos concretos que levaram a um entendimento de que, independentemente de um resultado final, a ação ou omissão de um agente, que privasse outrem da oportunidade de chegar a esse resultado, o responsabilizasse por tal ato, ainda que não fosse objeto de certeza total.

A teoria da perda de uma chance vem da necessidade de garantir à população a mais ampla e justa proteção possível aos seus direitos e garantias individuais assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), trazendo essa nova ideia para o ordenamento jurídico nacional.

2 Responsabilidade Civil (Noções Introdutórias)

A responsabilidade civil é um tema de destacada importância em nosso ordenamento jurídico. O alvo desse instituto é o restabelecimento de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito. A busca da restituição de uma harmonia quebrada é afirmação de justiça nas relações sociais.

A origem da responsabilidade civil remonta aos primórdios da civilização humana. Diniz (2006) afirma que, nessa época, predominava a vingança coletiva, na qual havia uma reação de toda a comunidade quando a ofensa atingisse algum dos seus membros.

Com o passar dos tempos, a sociedade evoluiu e a vingança coletiva foi substituída pela vingança privada ou individual. Nesse tipo de vingança, de acordo com Diniz (2006), a pessoa que sofria algum tipo de agressão retribuía ao agressor o mesmo dano sofrido, fazendo justiça com as próprias mãos, com a proteção da Lei de Talião, predominando a reparação do mal pelo mal.

O marco na evolução histórica da responsabilidade civil, no posicionamento de Pamplona Filho e Gagliano (2005), se deu com a criação da *Lex Aquilia*, que instituiu a ideia de reparação pecuniária do dano, estabelecendo que o patrimônio do causador do dano responderia pelo prejuízo por ele causado.

A responsabilidade civil passou a ser configurada apenas nos casos em que fosse provada a culpa do agente ao causar o dano ao lesado. Se esta não fosse comprovada, o infrator não teria o dever de reparar o dano, surgindo, assim, a responsabilidade subjetiva, fundamentada na prova da culpa do agente, que ainda está em vigor no ordenamento jurídico.

As modificações que ocorreram ao longo dos anos nesse instituto buscaram abranger as esferas de sua atuação e tornar mais eficaz e certa a reparação dos danos.

1.1 Conceito

O objetivo primordial do ordenamento jurídico é a proteção do que é lícito e a repressão do que é ilícito. Um ato ilícito traz consequências para o agente que o praticou. Se da prática desse ato ilícito resultar dano a outrem, surgirá a responsabilidade civil.

Segundo Pamplona Filho e Gagliano (2005), no sentido etimológico, a palavra responsabilidade tem origem no verbo latino *respondere*, que significa a obrigação que uma pessoa deve assumir, decorrente de consequências jurídicas de sua atividade.

A responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação que o agente tem de reparar o dano causado a outrem em decorrência de um ato ilícito. Para Diniz (2006, p. 40), ela pode ser definida da seguinte forma:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

No entendimento de Pereira (2001), tal responsabilidade consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma.

O instituto da responsabilidade civil tem como finalidade a preservação do equilíbrio da ordem jurídica, por meio de medidas que sujeitam o causador do dano a retornar as coisas ao *status quo ante*, devendo repor o bem perdido diretamente, ou quando tal situação não for mais possível, deve ser feito o pagamento de uma prestação pecuniária à vítima, em decorrência dos prejuízos sofridos, tanto no seu patrimônio, quanto nos elementos de sua personalidade.

Toda conduta humana, resultante de lei ou de um contrato, que viole um dever jurídico e que venha a causar dano a outrem, será considerada fonte geradora da responsabilidade civil.

1.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A responsabilidade civil contratual está expressa nos artigos 389 e s. e 395 e s. do Código Civil (CCB/2002), sendo decorrente do inadimplemento de obrigação constante em contrato celebrado entre as partes.

O dever jurídico violado tem origem na própria vontade das partes, pois se existe um vínculo obrigacional, o dever de indenizar é consequência do inadimplemento.

O descumprimento contratual poderá gerar, ainda, em certas circunstâncias, além do direito aos danos materiais, direito aos danos morais que, segundo Diniz (2006,

p. 137):

O dano moral resultante de inadimplência do contrato só não será passível de reparação, se houver ajuste de cláusula penal, que já contém, em si, uma prefixação, pelos contraentes, das perdas e danos sofridos pelo credor com o descumprimento da obrigação principal.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana está expressa no artigo 927, do Código Civil e nela não existe nenhuma relação jurídica anterior entre o agente causador do dano e a vítima, não derivando de contrato.

É cabível, nesse caso, o disposto no artigo 186 do Código Civil, que estabelece: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

A relação jurídica obrigacional decorre da inobservância do dever de não causar dano a outrem, que gera o dever de indenizar.

O ônus da prova da culpa na responsabilidade civil extracontratual compete à vítima, uma vez que ela sofreu o dano, portanto, deve provar que o agente agiu com culpa em sua conduta ao causar o ato ilícito que resultará no dever de indenizar.

1.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

O Código Civil brasileiro adotou dois sistemas de responsabilidade civil: a subjetiva e a objetiva. O que as distingue é a verificação da existência de culpa para a configuração da responsabilidade.

A responsabilidade civil subjetiva é a regra geral do ordenamento jurídico e se assenta na existência de culpa, para que possa surgir a obrigação de ressarcimento. Para que exista o dever de indenizar, é obrigatória a ocorrência de um dano, nexo de causalidade entre o ato ilícito praticado pelo agente e o dano sofrido, e a culpa *lato sensu* do agente causador do dano. Inexistindo esses requisitos, não haverá responsabilidade civil e conseqüentemente não haverá obrigação de indenizar.

A responsabilidade civil objetiva é considerada exceção no ordenamento jurídico brasileiro, pois para a sua configuração não há necessidade de se provar a culpa ou a ilicitude do agente. Este tipo de responsabilidade só pode ser aplicado nos casos previstos em lei ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar em risco, nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002), que assim dispõe:

Art. 927. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Para que haja a configuração da responsabilidade civil objetiva, o terceiro que sofrer o dano deverá provar apenas o ato, o dano por ele sofrido e o nexo de causalidade entre ato e dano, não sendo necessário a comprovação da culpa na conduta do agente.

2 Dano (Conceito)

Dano pode ser definido como a lesão que o agente sofre devido a um certo evento, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, podendo ser moral ou patrimonial. Trata-se de uma circunstância elementar da responsabilidade civil. “Por esse preceito fica estabelecido que a conduta antijurídica, imputável a uma pessoa, tem como consequência a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado” (PEREIRA, 2001, p. 37).

O dano é o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, caracterizado pela diminuição de um bem jurídico que pode ser no seu patrimônio material ou imaterial, em razão da violação de um direito, resultante da ação ou omissão praticada pelo agente.

Assim, aquele que causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Portanto, para a verificação do prejuízo, é necessário que o dano seja certo quanto ao acontecimento de um fato preciso, atual, devendo surgir de um ato delituoso e subsistente, no sentido de que ainda será reparado.

2.1 Dano Patrimonial

O dano patrimonial, também chamado de dano material, pode ser definido como aquele que acarreta um prejuízo no patrimônio da vítima. Compreende as relações econômicas de uma pessoa, envolvendo a efetiva diminuição do patrimônio, podendo tratar-se de bens corpóreos ou incorpóreos.

É medido por meio da diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e o que teria, caso não houvesse acontecido uma lesão.

Deve-se ressaltar que o dano patrimonial além de alcançar o patrimônio presente da vítima, alcança também o seu patrimônio futuro.

O dano patrimonial se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

O dano emergente trata-se de tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu, causando imediata diminuição de seu patrimônio em razão do ato ilícito.

O lucro cessante advém de atos ilícitos que provocam efeitos mediatos ou futuros, gerando redução de ganhos, impedindo lucros, consistindo em tudo aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar, podendo ser entendido como a consequência futura de um fato já ocorrido. Está previsto no art. 1059, do Código Civil de 2002. Trata-se de casos em que a vítima tinha uma expectativa de auferir um lucro para acrescentar

ao seu patrimônio, mas com a ocorrência do evento danoso, o lucro esperado não foi auferido, frustrando, assim, todas as suas expectativas de ganho.

2.2 Dano Moral

O artigo 5º, incisos V e X, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) estabelece que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Dessa forma, o dano moral pode ser entendido como uma compensação feita, decorrente de ofensas a bens internos de uma pessoa, expressos nos casos de sofrimento, dor, angústia, vergonha, vexame, dentre outros, uma vez que são direitos não patrimoniais e, por conseguinte, inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Nesse aspecto, todos os que convivem em sociedade devem respeito a esses direitos, de tal modo que a sua violação impõe uma sanção, ou seja, uma indenização pelo dano causado à vítima.

O dano moral atinge violações a direitos personalíssimos, em que toda lesão não patrimonial que venha a sofrer o indivíduo e que cause repercussão no seu interior, poderá ser caracterizada como dano moral e, em tese, será passível de reparação, com a busca de compensação pelo dano sofrido.

A fixação do valor do dano moral será feita pelo juiz que levará em consideração para a mensuração os seguintes fatores: as circunstâncias do fato lesivo, a gravidade da lesão, a natureza do bem lesado, a intenção do lesante, dentre outras.

Ao ser mensurado, o valor da indenização por danos morais, além de proporcionar uma diminuição do sofrimento da vítima por meio da compensação que lhe é atribuída, deve desestimular o lesante, de forma que o iniba de praticar outros atos ilícitos, proporcionando à sociedade mais segurança e tranquilidade.

3 A perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) surgiu e se expandiu,

inicialmente, na França, na década de 60 do século passado. Posteriormente, doutrina e jurisprudência de outros países europeus passaram a adotar este instituto. Esta teoria está relacionada aos casos em que a prática do ato ilícito impossibilita a vítima de obter a oportunidade de uma situação futura melhor. Procura essa formulação a inserção, na área de atuação da responsabilidade civil, de uma nova espécie de dano.

No sentido jurídico, o termo chance significa a probabilidade de almejar um lucro ou de evitar uma perda. A partir desse conceito, pode-se inferir que a perda de uma chance assume um valor econômico, um teor patrimonial e, assim, indenizável.

Para a admissibilidade desta teoria, exige-se que a chance perdida seja séria e real, que fique clara a percepção de que a vítima efetivamente tinha condições de concorrer à situação futura esperada. Não se mostra possível, desse modo, a concessão de indenizações por prejuízos hipotéticos, vagos ou gerais.

Cavaliere Filho (2010, p. 77), assim entende:

A chance perdida reparável deverá caracterizar um prejuízo material ou imaterial resultante de fato consumado, não hipotético. Em outras palavras, é preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas.

Nesse sentido, a chance encontra sua delimitação na certeza de que deve proporcionar o dano reparável, representando além de uma expectativa subjetiva, cabendo ao juiz a obrigação de averiguar a efetividade da chance perdida e determinar a indenização baseando-se num juízo de probabilidade.

Assim, ressalta Savi (2006) que, para calcular o valor a ser indenizado, estabeleceu-se que seja feito de forma equitativa pelo juiz, devendo-se partir do dano final e fazendo incidir sobre este um coeficiente de redução proporcional à real probabilidade de conquista do resultado esperado.

Entretanto, a chance somente será considerada séria e real quando for perceptível que a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento), podendo entender que nem todos os casos de chances perdidas serão indenizáveis.

Deve ser demonstrado que o agente, por ação ou omissão, interferiu no resultado aguardado pela vítima, acarretando a ela um dano, para que se configure a responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Mesmo não havendo um dano certo e determinado, existe um prejuízo para a vítima, decorrente da razoável expectativa que ela possuía em auferir um benefício. De tal forma, os danos são enquadrados para que exista a possibilidade de reparação civil

das chances perdidas.

Gondim (2005, p. 23) explicita:

Assim, a reparação não é do dano, mas sim da chance. Não se admitem as expectativas incertas ou pouco prováveis, que são repudiadas pelo nosso direito. Com efeito, a chance a ser indenizada deve ser algo que certamente iria ocorrer, mas cuja concretização restou frustrada em virtude do fato danoso.

Dessa forma, não há necessidade de que a chance perdida produza resultado certo. Exige-se apenas a oportunidade de ganho ou de se evitar um prejuízo, sendo excluída a mera possibilidade, tratando-se aqui de indenização e não de lucro cessante.

Diante da necessidade de conceder aos membros de uma sociedade a mais ampla e justa proteção possível aos seus direitos e garantias individuais, doutrina e jurisprudência nacionais passam a aceitar e adotar a teoria da perda de uma chance.

No Brasil, a responsabilidade civil pela perda de uma chance, apesar de já ser utilizada, ainda não encontrou uma base conceitual sólida para o seu desenvolvimento. A doutrina tem procurado alicerce tanto na doutrina e jurisprudência francesa quanto na italiana, uma vez que, em tais países, o tema já é desenvolvido de uma maneira mais significativa.

Os tribunais têm reconhecido a possibilidade da reparação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, desde que séria e real, entretanto, encontram dificuldades em harmonizar conceitos.

Segundo Savi (2006), o primeiro acórdão brasileiro a tratar da responsabilidade civil pela perda de uma chance é de 1990, relatado por um desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que retrata uma ação de indenização dos danos decorrentes de erro médico.

Recentemente, vários julgados podem ser encontrados na jurisprudência brasileira com a aplicação deste instituto.

Salienta-se que, na responsabilidade civil pela perda de uma chance, a indenização não deve ser fixada integralmente, mas em quantia reduzida àquela que seria fixada, caso houvesse relação de certeza entre o dano e a conduta, pois o que se perdeu não foi o direito, e sim a probabilidade de se obter um êxito, não sendo admitida mera esperança ou expectativa remota.

O acolhimento desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro justifica-se pela existência do princípio da plena reparação dos danos.

Na linha do que se argumentou, percebe-se que somente no caso concreto poderá definir a seriedade e realidade das chances, devendo-se sempre partir do princípio da razoabilidade.

A indenização terá sempre um grau da probabilidade da chance perdida. Explica Savi (2006) que a quantificação do dano deverá ser feita pelo juiz de forma equitativa, partindo-se do dano final e fazendo incidir sobre este o percentual de probabilidade de alcançar a vantagem esperada, observando-se a repercussão sócioeconômica, a condição econômica de lesante e lesado, bem como as circunstâncias da ocorrência do fato.

Assim, aquele que perdeu uma chance séria de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, será considerado vítima de um dano injusto, devendo ser, portanto, indenizado.

4 Considerações Finais

No ordenamento jurídico brasileiro, é cada vez mais constante a utilização da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que, quando caracterizada séria e real, é considerada uma lesão à vítima, sendo, portanto, passível de indenização.

Ressalta-se que a responsabilidade civil pela perda de uma chance visa à indenização da vítima que perdeu uma chance séria e real de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, mediante a prática de um ato ilícito, buscando garantir à sociedade a mais ampla e justa proteção possível.

No direito brasileiro, o instituto da responsabilidade civil ainda passa por inúmeras transformações, especialmente no que se refere aos seus requisitos ou elementos indispensáveis. A justiça, por meio da doutrina e jurisprudência, busca estruturar o aumento das possibilidades de reparação dos danos sofridos pelos lesados mediante a conduta ilícita.

Assim, na responsabilidade civil pela perda de uma chance, não é o benefício final não atingido que alude a sua importância, e sim a perda de uma oportunidade de obter ou impedir o resultado almejado, mediante a prática de determinado ato ilícito.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código Civil. **Novo Código Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º Volume. Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3: Responsabilidade Civil, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade Civil: teoria da perda de uma chance. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, v. 840.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil Por Perda de Uma Chance**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Saúde no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Marlice Fonseca de Souza¹

RESUMO

O presente estudo busca analisar o controle jurisdicional na concretização das políticas públicas de saúde no ordenamento jurídico brasileiro. O direito à saúde está assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, bem como no artigo 196 que dispõe: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”; e no artigo 6º, que inclui o direito à saúde entre os direitos sociais. Sabe-se que tais direitos caracterizam-se por serem normas classificadas como programáticas, ou seja, dependem de atuação positiva do Estado para se efetivarem. Entretanto, dispõe o parágrafo 1º, art. 5º da CRFB/88, que as normas definidoras dos direitos fundamentais são dotadas de eficácia jurídica e aplicabilidade plena. Embora o direito à saúde seja constitucionalmente previsto, muitas vezes, se faz necessária a interferência jurisdicional para a sua concretização. Porém, a intervenção jurisdicional deve obedecer a limites para que estejam em consonância com os princípios orientadores do ordenamento jurídico brasileiro. Nessa condição, a interferência do Poder Judiciário justifica-se pela proteção aos direitos fundamentais previstos na CRFB/88.

Palavras-chave: direitos fundamentais, direito à saúde, políticas públicas, controle jurisdicional.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the jurisdictional control in the concretization of the public politics of health in the Brazilian legal system. The right to the health is assured in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB/88), in the Heading of the Rights and Basic Guarantees, as well as in article 196 that it makes use: “the health is right of all and to have of the State”; and in the article 6º, that it includes the right to the health between the social rights. It is known that such rights are characterized for being classified norms as programmatical, that is, depend on positive performance of the State to be accomplished. However, it makes use the paragraph 1º, art. 5º of the CRFB/88, that the defining norms of the basic rights are endowed with legal effectiveness and full applicability. Although the right to the health constitutionally is foreseen, many times, if make necessary the jurisdictional interference for its concretization. However, the jurisdictional intervention must obey limits so that it is in accord with the orienting principles of the Brazilian legal system. In this condition the interference of the Judiciary Power is justified for the protection to the foreseen basic rights in the CRFB/88.

Keywords: basic rights, right to the health, public politics, jurisdictional control.

¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho.

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), a cada dia, vem conquistando força normativa e efetividade. Isso porque as normas constitucionais “definidoras dos direitos e garantias fundamentais” ganharam maior aplicabilidade, de sorte que, princípio consagrado, como a separação de poderes, já não se revela um dogma absoluto como foi no Estado Liberal. A flexibilização desse princípio se faz devido à exigência de uma postura mais intervencionista de um poder na esfera do outro, a fim de buscar a efetividade das normas constitucionais. Como exemplo, tem-se o direito à saúde, que está assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, bem como no artigo 196 que dispõe: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, sendo, portanto, protegido pelo Poder Público, que deve incumbir-se de formular e implementar políticas públicas que visem garantir tal concretização.

Entretanto, a concretização dessas políticas pode vir a esbarrar em outras prioridades, ora estabelecidas pela Administração Pública, ora desencadeadas pelos efeitos negativos oriundos da corrupção no Brasil. Diante dessa hipótese, torna-se indispensável a interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes (Legislativo e Executivo) competentes para criar e implementar as referidas políticas. Todavia, essa interferência se justifica para fazer valer a previsão constitucional e consolidar o Estado Democrático de Direito.

2 O Poder Judiciário como instrumento de concretização do direito à saúde

Os debates acerca da atuação do Poder Judiciário, quanto à efetivação das políticas públicas de saúde, têm sido assunto recorrente no país. Muito se fala sobre o ativismo judicial, no âmbito do direito à saúde, termo definido por Barroso (2008, p. 6) como “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”.

Embora o Poder Judiciário, em princípio, não seja o mais habilitado instrumento de efetivação das políticas públicas, uma vez que, conforme explica Jorge Neto (2009, p. 156), “está fora da esfera do Poder Judiciário determinar as políticas públicas adequadas para o atingimento de determinados objetivos”, é para este Poder que convergem todos aqueles que se sentem lesados em seus direitos.

Nessa linha de raciocínio, abre-se a discussão sobre a possibilidade de interferência do Poder Judiciário, quando acionado para julgar questões em que a Administração Pública está constrangida por normas e princípios constitucionais, a realizar

algumas prestações previstas na Constituição, as quais, por razões econômicas ou administrativas, deixa de fazê-lo.

Assim, autorizado pelo artigo 5º, XXXV, uma vez constatada a ofensa aos direitos fundamentais, sobretudo à saúde, tema em discussão neste estudo, o controle jurisdicional se impõe, a fim de garantir a efetiva tutela jurisdicional desse direito:

A ordem constitucional brasileira assegura de forma expressa, desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (CRFB/88, art. 5º, XXXV). Tem-se aqui, pois, de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça de direito (MENDES *et al*, 2008, p. 494).

Sabe-se que são inúmeras as ações e os mais diversificados pedidos que chegam ao Poder Judiciário em busca da melhor solução. Especialmente, quando se trata do direito à saúde. Situação que, em regra, de um lado da demanda está o Estado, de quem se exigem medicamentos ou tratamentos de alto custo, e, de outro, indivíduos de baixo poder aquisitivo, fragilizados pela doença e afligidos pela necessidade. No Poder Judiciário é que essas pessoas encontram a tutela jurisdicional para seus direitos, quando negados.

Assim, os juízes, a quem não é permitido deixar de julgar o caso concreto, valem-se das normas e princípios já consagrados, como também recorrem aos usos, aos costumes e à equidade, ficando muitas vezes adstritos a preencher com outros valores, as lacunas normativas:

[...] Se ao juiz fosse lícito abster-se de julgar, ao invés de suprir as deficiências da lei com as próprias luzes e os ditames da razão e da equidade. [...] responsabilizado será, por denegação de justiça. (MAXIMILIANO, 2010, p. 42).

Nesse contexto, pode-se dizer que, atualmente, os juízes têm exercitado uma criatividade interpretativa, de tal maneira, que se tornou um marco importante para o bom desempenho da função jurisdicional:

A criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional, e que existem, por outro lado, importantes razões para o acentuado desenvolvimento de tal criatividade em nosso século, respondendo a características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais. [...] Os juízes estão constringidos a serem criadores do Direito. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar, transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. (CAPELLETI, 1999, p. 73/74).

Isso porque há de se considerar a evolução social e as novas necessidades que vão surgindo e que fazem nascer situações, por vezes inusitadas, levando o direito a acompanhar essa evolução.

Desse modo, nem sempre se pode identificar a atuação do Poder Judiciário como uma forma de legislação ou desrespeito ao princípio da separação de poderes, já que, atualmente, a interpretação constitucional precisa ser mais flexível a fim de atender às novas exigências e possibilitar a efetiva aplicação do direito:

A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador, igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional [...], tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (HÄBERLE, 1997, p. 48).

Por consequência, a eficácia da norma depende, também, da interpretação que lhe dá o juiz; não basta apenas o sentido que lhe deu o legislador, é preciso dar vida à norma, visto que esta é aplicada em casos concretos. É decidindo fatos da vida real que a norma produz seus efeitos jurídicos e tais efeitos só advêm mediante a correta interpretação e aplicação dessa norma:

Toda norma só vigora na interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito; o legislador não é o autor material da lei, por virtude de cuja autoridade ela foi promulgada, mas aquele por cuja autoridade ela continua em vigor. O silêncio desse legislador ideal, que pode desautorizar qualquer interpretação, mas se abstém de fazê-lo, confere legitimidade à compreensão que atribuem às normas os juízes e os tribunais (MENDES *et al*, 2008, p. 95).

Necessário compreender, portanto, que a tarefa de interpretar as normas e adequá-las ao caso concreto é inerente à função do juiz. A interpretação criativa, no momento da aplicação da norma, constitui o núcleo essencial da prestação jurisdicional.

Ao juiz autoriza-se o uso de todos os elementos necessários a formar sua convicção. Assim, além dos textos normativos, os juízes dispõem de outros elementos que os auxiliam em suas decisões sem que, com isso, se possa falar em legislação oriunda do Judiciário ou considerar a interpretação judicial como uma criatividade nociva ao direito:

A criatividade judicial, ao invés de ser um defeito [...] constitui uma qualidade. A interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha – naturalmente - no curso do processo de aplicação do direito. [...] A compreensão de qualquer preceito jurídico depende da pré-compreensão do intérprete do direito. (MENDES *et al*, 2008, p. 95).

Enfatiza-se que a evolução social traz consigo outras necessidades e estas precisam ser amparadas pelo direito, fato que exige do Poder Judiciário, cada vez mais, a utilização de mecanismos práticos, voltados à concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Assim, os juízes, julgando as questões que lhes são apresentadas, suprimem e usam, além dos textos normativos, o senso prático e a sensibilidade humana, por óbvio que em consonância com a equidade e alicerçados nas normas e princípios como fatores determinantes para exercício de sua função. Deve-se isso ao fato de que, atualmente, o Poder Judiciário vê-se, cada vez mais, adstrito a decidir e, em muitos casos decide, através de sentenças favoráveis que obrigam o Estado a prestar determinados serviços, sobretudo, nos casos referentes à saúde pública, que exige do julgador ações capazes de por fim à ofensa a esse direito.

3 O Controle jurisdicional e as políticas públicas

Importa ressaltar que o Poder Judiciário não está legitimado a criar políticas públicas. Seu dever é interpretar e aplicar as normas e, assim, resguardar e assegurar direitos contidos em seus comandos:

O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico (BARROSO, 2009, p. 20).

Entretanto, diante da recusa estatal em prestar a assistência devida, o Poder judiciário encontra autoridade para impor-se com força maior a fim de que essa prestação seja concretizada:

Uma vez estabelecido que uma dada ofensa aos direitos fundamentais de segunda ou terceira dimensões afeta o núcleo essencial desses direitos, ou seja, a dignidade da pessoa humana, núcleo intangível que se confunde com o mínimo existencial, o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário se impõe com maior força. (JORGE NETO, 2009, p. 155).

Tal autoridade é conferida ao Judiciário através dos instrumentos de controle social, como: ação civil pública, mandado de segurança, entre outros, que vêm sendo usados, até mesmo com certa frequência, por aqueles que se sentem lesados em seus direitos e buscam, através da força judicial, a efetiva prestação das garantias constitucionais, mormente quando se trata do direito à saúde que, no Brasil, tem sido motivo para que, frequentemente, o Poder Judiciário seja acionado:

O Poder Executivo nos três níveis tem sido acionado de forma crescente pelo Ministério Público para que se cumpra o seu dever de garantir o acesso universal aos serviços de saúde e/ou medicamentos. Também o Poder Judiciário tem sido acionado e respondido a essas demandas. (BARBOSA, 2008, p. 286).

Importante ressaltar que o crescimento das demandas judiciais relacionadas às questões de saúde deve-se, antes de tudo, à histórica desigualdade da distribuição de renda no Brasil, fruto, muitas vezes, da corrupção em todos os âmbitos da Administração Pública, somada à sua ineficiente atuação.

A somatória desses e de outros fatores torna-se determinante para que o Poder Judiciário interfira, não para criar políticas públicas, pois, como se sabe, essa não é sua atribuição típica, mas para fazer concretizar aquelas já existentes, entretanto:

É forçoso reconhecer que a efetivação desses direitos não depende da vontade dos juristas, porque, substancialmente, está ligada a fatores de ordem material, de todo alheios à normatividade jurídica e, portanto, insuscetíveis de se transformarem em coisas por obra de nossas palavras. (MENDES *et al*, 2008, p. 712).

Assim, a efetivação dos direitos sociais não depende unicamente da decisão judicial, haja vista que envolve questões de ordem material, no que passa a depender, para a sua satisfação, que se movimente todo mecanismo executivo e financeiro do Estado.

4 O Supremo Tribunal Federal e as Políticas Públicas de saúde

As ações sobre questões de saúde acabam por chegar até o Supremo Tribunal Federal (STF). Essa situação demandou, em abril de 2009, a realização de uma Audiência Pública de Saúde, cujo objetivo foi discutir, além da problemática relacionada à saúde, a possibilidade da prestação dos serviços de saúde pelo SUS. Medicamentos e cirurgias, mesmo aqueles que ainda não foram incorporados às listas de procedimentos e/ou medicamentos vêm sendo requeridos.

O resultado dessas discussões vem servindo para subsidiar decisões relacionadas às questões de saúde, que passam pela apreciação do Poder Judiciário

Assim, esclarece Gilmar Ferreira Mendes, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, em recente relatório em que indefere o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, formulado pela União, e do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 178, formulado pelo Município de Fortaleza, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE

(2006.81.00.003148-1):

Com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente².

A título de ilustração, traz-se aqui a notícia de uma decisão prolatada em 23 de abril de 2008, pela juíza Aline Daniele Belém Cordeiro Lucas – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em que autoriza uma intervenção cirúrgica chamada cranioplastia que foi realizada em hospital particular, sob o entendimento de que:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado”, declarou o legislador no art. 196 da Constituição da República Brasileira. E foi com base nesse direito constitucional que a juíza Aline Daniele Belém Cordeiro Lucas, juíza substituta da 2ª Vara da Fazenda Pública, resolveu autorizar a realização de uma cranioplastia em um dos hospitais da rede particular do Estado, uma vez que a rede pública de saúde não possui a estrutura e o maquinário necessário para a realização desse complexo procedimento cirúrgico [...]. A magistrada disse em sua sentença que o dever da Administração de concretizar o direito à saúde dos cidadãos, imposto pela Constituição, não pode ser inviabilizado por entraves burocráticos ou qualquer outra justificativa, pois o que a Constituição impõe é a obrigatoriedade do Estado de garantir a saúde das pessoas, seja através de uma boa e eficiente qualidade de serviço, seja pela aquisição de medicamentos. [...] Processo nº 001.09.200327-4³

Em decisão semelhante, o juiz substituto, Antônio Horácio da Silva Neto, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, também decidiu pela concessão de medicamentos não constantes na lista do SUS, sob o argumento de que:

O Estado é obrigado a fornecer gratuitamente remédios aos hipossuficientes em razão do direito à saúde ser imperativo e de caráter

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Relatório do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Brasília, 18 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf> . Acesso em 17 mar. 2010.

³ RIO GRANDE DO NORTE. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte. **Justiça autoriza cranioplastia em hospital particular**. Natal, 23 abr. 2009. Disponível em: <http://www.tjrn.jus.br:8080/sitetj/GerenciadorServlet.do?action=GerenciadorWeb&operacao=exibirInternet&id=3458&secaoSelecionada_id=9®istrarLeitura=true> Acesso em: 20 mar. 2010.

imediatamente. Com esse argumento, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso manteve a determinação que obrigava o Estado a fornecer por tempo indeterminado a uma paciente[...]os medicamentos. [...]. Os magistrados entenderam que, por se tratar de assunto referente à manutenção da saúde, por si só, caracteriza a urgência que a medida necessita.

Nas argumentações recursais, o Estado sustentou que os medicamentos não estariam em consonância com a Portaria Ministerial 2577/06/MS e os Protocolos Clínicos Estaduais contidos na Portaria 25/04/SES/MT. Acrescentou que existiria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que limitaria a responsabilidade dos entes federativos apenas aos medicamentos contemplados em portaria do Ministério da Saúde.

Contudo, no ponto de vista do relator do recurso, juiz substituto de Segundo Grau, Antônio Horácio da Silva Neto, os entes públicos têm o dever de fornecer medicamentos de alto custo aos pacientes necessitados, independentemente destes constarem de suas listas de fornecimento. Ele explicou que a jurisprudência já consolidou que a ausência da medicação em lista prévia elaborada pela Secretaria Estadual de Saúde ou Ministério da Saúde é mera formalidade, insuficiente para impedir a determinação do fornecimento ao portador de doença grave dos fármacos que necessitar para a sua cura ou desenvolvimento de vida com melhor saúde.

A unanimidade da decisão foi conferida pelos desembargadores Guiomar Teodoro Borges (primeiro vogal) e José Tadeu Cury (segundo vogal). (Agravo de Instrumento nº 134647/2008, TJMT– Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso)⁴

Todavia, entendimentos assim não são unânimes e têm gerado discussões, especialmente por parte dos gestores públicos. Estes alegam falta de recurso ou de previsão orçamentária, na tentativa de esquivar-se da obrigação de conceder o medicamento ou tratamento de saúde, quando solicitado ao Município.

Toma-se como exemplo o Município de Montes Claros, norte de Minas Gerais, e por base as informações contidas em reportagem veiculada em 14/03/2010, pelo Jornal Hoje Em Dia, de Belo Horizonte/MG.

Importa informar que a referida reportagem traz o seguinte título: “Na Justiça, Moc debate altos gastos com a saúde”, assinada por Girleno Alencar.

No referido texto, o atual secretário de saúde, o senhor José Geraldo de Freitas Drummond, apresenta o montante dos gastos realizados nos anos 2008/2009:

Em 2008 chegou ao montante de R\$ 1 milhão na compra de

⁴ MATO GROSSO. Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso. **Agravo de Instrumento nº 134647/2008**. Data de Julgamento: 06 abr. 2009. Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_134647-2008_07-04-09_115848.pdf Acesso em: 10 mar. 2010.

medicamentos para cumprir as recomendações do Ministério Público e as liminares ou sentenças judiciais. Em 2009, os gastos somaram R\$ 890 mil. (2010, DRUMMOND *apud* ALENCAR, 2010 p. 29).

Observa o secretário que, apesar da necessidade vital que tem um paciente de determinado medicamento, se este não constar na lista do SUS, passa a ser competência do Estado, e não do Município, fornecê-lo:

Preocupa-nos a judicialização, pois apesar de estar em risco a vida de uma pessoa, a competência pelos medicamentos de alto custo, que estão fora da lista do Sistema Único de Saúde é do Estado, que dificilmente é acionado. Todos procuram o município por estar de mais fácil acesso. (DRUMMOND *apud* ALENCAR, 2010 p. 29).

Em entendimento contrário, o Ministro do STF, Celso de Mello, afirma que todos os entes da federação possuem deveres constitucionais em relação à prestação do serviço de saúde, não podendo utilizar como fator impeditivo as questões de ordem orçamentária:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – apresenta 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 [...] sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (STF, AgRg-RE nº 271.286/RS, Rel. Celso de Mello, 2ª turma, unanimidade, DJ 24/11/2000)⁵.

Em consonância com o citado Ministro, o juiz Isaías Caldeira Veloso, da Comarca de Montes Claros, assevera que o direito à saúde é responsabilidade de todos os entes da federação solidariamente:

O dever de prestar saúde ao cidadão abrange a União, estados e municípios, solidariamente, de modo que tais irregularidades formais não se sobrepõem, de forma absoluta, ao direito do cidadão de buscar a sua sobrevivência pelo uso de medicamentos necessários à conservação de sua saúde. (2010, VELOSO *apud* ALENCAR, 2010 p. 29)⁶.

⁵ JURISITE. Jurisprudências: **Medicamentos – fornecimento pelo Estado**. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/jurisprudencias/constitucional/medicamentos.html>>. Acesso em 02 abr. 2010.

⁶ JURISITE. Jurisprudências: **Medicamentos – fornecimento pelo Estado**. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/jurisprudencias/constitucional/medicamentos.html>. Acesso em 02 abr. 2010.

O Juiz Richardson Xavier, que também atua na Comarca de Montes Claros, ressalta que “o direito à saúde é de todo cidadão e cabe ao Poder Judiciário assegurar este direito, principalmente nos casos de risco de vida” (XAVIER *apud* ALENCAR, 2010, p. 29).

O STF, por sua vez, tem-se direcionado para a possibilidade de concessão de medicamentos e tratamentos que, embora sejam de alto custo, tenham comprovada a sua eficácia. É o que se pode deduzir do conteúdo extraído do relatório publicado em 24/03/2010, em que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada – STA nº 175 interposto pela União e STA nº 178 pelo Município de Fortaleza – CE.

Esclarece o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que:

O alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis⁷.

Infere-se que a concessão de medicamentos ou tratamento pleiteados na justiça tem como limite o caso concreto e a existência de um tratamento eficaz e disponível. Esse procedimento visa coibir os tratamentos e/ou medicamentos em fase experimental, sem qualquer garantia de que são benéficos à saúde daquele paciente.

Dessa forma, privilegia-se o princípio da dignidade da pessoa humana sem, contudo, afrontar o princípio da reserva do possível, ocorrendo, assim, apenas sobreposição de valores, situação em que o valor da vida se sobrepõe ao valor econômico.

Em todas aquelas hipóteses em que as alegações de existência de limitações orçamentárias e de comprometimento da política de saúde pública colidirem com direitos de valor maior, tais como os direitos fundamentais à vida e à saúde, estes devem prevalecer (Ação nº 5000253-06.2010.404.7209).⁸

Mesmo porque a interferência do Poder Judiciário, em regra, é a favor do hipossuficiente, principal tutelado pelo Estado.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Relatório do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Brasília, 18 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>. Acesso em 17 mar. 2010.

⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF/SC: Estado deverá fornecer tratamento para doença da visão**. Brasília, 22 de março de 2010. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_direitos-do-cidadao/mpf-sc-estado-devera-fornecer-tratamento-para-doenca-da-visao. Acesso em: 10 mai. 2010.

Dessa forma, pode-se afirmar que as sentenças judiciais que concedem ao jurisdicionado a assistência à saúde não criam norma geral direcionada a todos, indistintamente. São pontuais e produzem efeitos jurídicos apenas em cada caso específico.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes cita o pronunciamento da Ministra Ellen Gracie no julgamento da STA, no 138/RN:

[...] os pedidos de contracautela formulados em situações como a que ensejou a antecipação da tutela ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual – (STA no 138/RN, Presidente Min. Ellen Gracie, DJ 19.9.2007). (Relatório, agravo regimental interposto pela União, 2010, p. 3)⁹.

Assim, objetivando melhor aparelhar o veículo jurídico na sua intervenção transformadora do direito no âmbito da proteção à saúde, em 30 de março de 2010, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no uso das suas atribuições como presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – assina e faz publicar a Recomendação nº 31, votada em decisão plenária da 101ª Sessão Ordinária, do dia 23 de março de 2010, exarada nos autos do Ato nº 0001954-62.2010.2.00.0000; tendo como base as questões levantadas por ocasião da Audiência Pública nº 4, acerca das demandas judiciais que objetivam prestação de saúde, como:

o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Poder Judiciário, [...] a relevância dessa matéria para a garantia de uma vida digna, [...] a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas, [...] os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, [...] as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência, [...] a prática de alguns laboratórios no sentido de não assistir os pacientes envolvidos em pesquisas experimentais, depois de finalizada a experiência¹⁰.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Relatório do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Brasília, 18 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>. Acesso em 17 mar. 2010.

¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf Acesso em: 13 mai 2010.

Objetivando redimensionar a atuação do Judiciário em face das questões de saúde levadas à sua apreciação, o CNJ - Conselho Nacional de Justiça, recomendou aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais, através da Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010, que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e aos hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT e às Escolas

de Magistratura Federais e Estaduais que:

- a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;
- b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria (2010, p. 2-3 e 4).

Ademais, estando o Poder Judiciário sustentado pela dogmática constitucional (regras e princípios) e tendo nas mãos o caso concreto, busca a integração das normas e princípios constitucionais à realidade da sociedade brasileira, a fim de conseguir fixar critérios mínimos para a efetivação dos direitos fundamentais que dependem de prestações estatais positivas, no caso em tela, o direito à saúde.

5 Considerações Finais

Com o advento do Estado social, importantes e novos direitos surgiram bem como novos desafios para o Direito.

Esses direitos reclamam, para sua concretização, uma ação positiva por parte do Estado. Dentre eles, encontra-se o direito à saúde, direito fundamental constitucional, impresso na dicção no seu artigo 196, que “a saúde é dever de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988).

Situa-se, nesse ponto, a maior dificuldade, uma vez que, embora existam políticas públicas de saúde no Brasil, a concretização destas não é satisfatória, diante das novas exigências sociais, oportunidade em que o Poder Judiciário é provocado para interferir na efetivação dessas.

Trata-se de uma questão polêmica, pois há que se analisar até que ponto ao Poder Judiciário é permitido interferir nas funções típicas dos outros Poderes.

Contudo, como exposto, a separação dos poderes não mais se apresenta de forma rígida como outrora e, considerando a evolução social e a necessidade de satisfação dos direitos previstos na Constituição brasileira, deve-se primar pela flexibilização dos poderes, a fim de que a prestação estatal seja eficaz.

As desigualdades sociais têm impulsionado a procura ao Poder Judiciário, especialmente para buscar solução nas questões de saúde. Este tem decidido pela concessão das garantias constitucionais.

Ademais, se as garantias prometidas pela Constituição e as leis não forem suficientes, torna-se necessária uma atuação ativa do Poder Judiciário, cabendo ao Direito dar a melhor solução, pois a não efetividade das normas constitucionais fulmina seu potencial normativo, reduzindo a Constituição, conforme assevera LASSALLE, (2001,

p. 33) a nada mais que “um pedaço de papel”, ou seja, a Constituição seria apenas um símbolo a mais no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Gireno. Moc debate altos gastos com a saúde. **Jornal Hoje em Dia**. Belo Horizonte, 14 mar. 2010. Folha Minas. Caderno 2, p. 29.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO. Luis Roberto, **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> Acesso em: 13 mai 2010.

BARROSO. Luis Roberto, **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista.pdf>>. Acesso em: 13 mai 2010.

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

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf> Acesso em: 13 mai 2010.

BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF/SC: Estado deverá fornecer tratamento para doença da visão**. Brasília, 22 de março de 2010. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_direitos-do-cidadao/mpf-sc-estado-devera-fornecer-tratamento-para-doenca-da-visao>. Acesso em: 10 mai. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Relatório do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Brasília, 18 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/>>

STA175.pdf>. Acesso em 17 mar. 2010.

CAPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Álvaro de Oliveira. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 1993 / Reimpressão, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** Contribuição para a interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

JORGE NETO, Najibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas:** Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2009.

JURISITE. **Jurisprudências: Medicamentos – fornecimento pelo Estado.** Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/jurisprudencias/constitucional/medicamentos.html>>. Acesso em 02 abr. 2010.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

MATO GROSSO. Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso. **Agravo de Instrumento nº 134647/2008.** Data de Julgamento: 06 abr. 2009. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_134647-2008_07-04-09_115848.pdf> Acesso em: 10 mar. 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIO GRANDE DO NORTE. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte. **Justiça autoriza cranioplastia em hospital particular.** Natal, 23 abr. 2009. Disponível em: http://www.tjrn.jus.br:8080/sitetj/GerenciadorServlet.do?action=GerenciadorWeb&operacao=exibirInternet&id=3458&secaoSelecionada_id=9®istrarLeitura=true
Acesso em: 20 mar. 2010.

DIGNIDADE HUMANA E MILITARISMO: UMA ANÁLISE DO CRIME DE PEDERASTIA COMO SINAL DA DISCRIMINAÇÃO SEXUAL

Pablo Rodrigues de Paula¹

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a discriminação sexual existente nas Instituições Militares, tomando como ponto de partida o termo pederastia no art. 235 do Código Penal Militar de 1969, resquício das convicções históricas militares que subsistem, ainda hoje, e que não se coadunam com a CF/88. Diante do Estado Democrático de Direito legitimado há mais de 20 anos; de valores e princípios de liberdade e igualdade preconizados na CF/88; e da latente evolução sobre as questões da homoafetividade no cenário jurídico brasileiro, faz-se mister saber: a segregação pela orientação afetivo-sexual nas corporações militares está de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro? Segundo o art. 1º, III, da CF/88, a dignidade humana é fundamento desta República e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo é um objetivo fundamental, segundo o art. 3º, IV. Pretende-se, assim, fazer uma revisão bibliográfica para analisar a discriminação sexual, em que pese o viés proposto, identificando sob quais bases as instituições militares buscaram justificar sua postura histórica internacional de repressão dos homossexuais e sob que argumentos jurídicos ela não se justifica. Busca-se, também, verificar os dispositivos legais e os projetos de lei pertinentes ao assunto e analisar, por estudo de caso, julgados que versam sobre o entendimento do assunto no Supremo Tribunal Federal e, na alta corte castrense, o Superior Tribunal Militar.

Palavras-chave: Militarismo; Homossexualidade; Código Penal Militar

ABSTRACT

This paper is about the sexual discrimination that happens in the military institutions, taking as starting point the term pederasty in Article 235 of the military penal code of 1969, what is left of the convictions of military historical beliefs that remain even today, and does not correspond with the Constitution of 1988. In the face of the democratic rule of law legitimized more than 20 years ago; of values and principles of freedom and equality recommended

¹ Acadêmico do 6º Período Matutino do Curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho e do 6º Período Noturno do Curso de Administração da UNIMONTES – Universidade Estadual de Montes Claros; e-mail: pablonomsn@hotmail.com.

in the Constitution of 1988, and the latent development on issues of homosexuality in the Brazilian legal scenario, it is necessary to know: is the segregation by affective-sexual orientation in the military corporations consistent with the legal system? According to Article 1º, III, of CF/88, human dignity is the foundation of this Republic, and promoting the welfare of all, without prejudice as to sex is a fundamental objective, according to Article 3º, IV. The aim is thus to search the literature of the subject to analyze gender discrimination, identifying arguments under which military institutions have sought to justify his stance international historical repression of homosexuals and under what legal arguments it is not justified. The aim is to also verify the legal provisions and the bills relevant to the subject and analyze, by case study, judged that deal with understanding the issue before the Supreme Court and, in the Higher Military Court.

Keywords: Military; Homosexuality; Military Penal Code

1 Introdução

A homossexualidade é uma questão presente na história do homem, sendo considerada um paradigma, ou mesmo como virtude, conforme o viés cultural de análise ou o marco histórico de referência. A humanidade, desde a Grécia Antiga até o século mais recente, consultou a ideologia vigente à sua época para estigmatizar ou vangloriar o homossexual. A sua inserção social tornou-se um aspecto polêmico de análise, quando, historicamente, inúmeras instituições, tácita ou mesmo expressamente, postaram-se contra a liberdade deste, sendo, ao longo do tempo, mais renegado que aceito pela sociedade. Quando se trata dessa minoria em instituições militares, o debate torna-se mais ferrenho, visto que existem valores que se constituem, segundo seus defensores, argumentos para a exclusão do homossexual nessas instituições. Sendo formadas por tradicionalistas e por uma cultura própria milenar, essas instituições têm justificado sua repressão contra a presença de homossexuais, auferindo respaldo da lei em muitos países. Segundo a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), as forças armadas permitem o serviço militar a gays e lésbicas. Isso acontece pelo menos 20 países, entre eles: África do Sul, Alemanha (é permitido aos heterossexuais e homossexuais, sem distinção, praticar atos sexuais no serviço militar, desde que não interfiram na realização de suas atribuições. Militares lésbicas e gays também podem

registrar uniões estáveis, conforme a lei de parceria civil daquele país), Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha (inclusive travestis e transexuais), Estônia, Finlândia, França, Holanda (primeiro país a proibir a discriminação contra homossexuais nas forças armadas, em 1974), Irlanda, Israel, Lituânia, Malta (a patente e os deveres da pessoa dependem de suas qualificações, e não de sua orientação sexual), Noruega, Reino Unido (a política do Reino Unido é permitir que gays e lésbicas sirvam assumidamente nas forças armadas, e a discriminação por orientação sexual é proibida).

O homossexual, ao passar dos séculos, foi recepcionado por inúmeros conceitos, tornando-se um símbolo de criminoso, para alguns; uma espécie de abominação, para outros; um espelho de virtudes, na História Antiga; ou um doente pela medicina que assim o considerava na Classificação Internacional de Doenças, na década de 70. Assim, chegando-se ao século XXI, não se sabe se o conceito de homossexual teve evoluções ou involuções. Mas deveras, seja qual for a essência dessa minoria, o homossexual não tem sido respeitado consideravelmente como ser digno de direitos na sociedade, ao se encontrar tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que prega o Estado Democrático de Direito, e, por conseguinte, princípios de igualdade e de liberdade entre seus compatriotas.

2 Evolução da percepção social do homossexual

O conceito de homossexual já foi abarcado por diferentes perspectivas diante do modo como a sociedade o enxergava, a qual grupo social ele pertencia e qual cultura rondava sua presença. Ele já fora tratado na bíblia como pecador; foi reconhecido na sociedade greco-romana; na medicina e psicologia já se produziram pareceres sobre o que ele se constituía, considerando-o por algum tempo doente e/ou portador de algum distúrbio psicológico; pela Igreja, já foi perseguido através da Santa Inquisição. Logo, percebe-se que a homossexualidade é uma constante na história da humanidade. Porém, não teve constante respeito da opinião pública e das ideologias predominantes em cada época.

O termo homossexual tem origem no prefixo grego “*hómos*”, que indica ser algo semelhante, algo idêntico, enquanto seu radical advém do termo latino “*sexu*”, que trata daquilo que é relativo ao sexo. Ou seja, forma-se aqui um conceito etimológico de

que homossexual é aquele pertencente ao mesmo sexo do outro polo de sua relação afetiva.

Assim, pode-se afirmar que homossexual é a pessoa que se relaciona sexualmente, quer de fato, quer de forma fantasiosa, imaginária, com parceiros pertencentes ao mesmo sexo que o seu, mantendo-se, todavia, satisfeita com seu sexo biológico (BRANDÃO, 2002, p. 17)

Tratando-se da Bíblia, a homossexualidade é considerada pecado, induzindo o texto bíblico que, para as relações homossexuais, haverá a pena de morte ao pecador. Essa prática foi levada a cabo pela Santa Inquisição durante a hegemonia da Igreja na Europa. Conclusões essas são retiradas do Terceiro Livro de Moisés, chamado Levítico, no capítulo 18, versículo 22, que assim diz: “Não te deitarás com varão como se fosse mulher; é abominação” (BÍBLIA, 1980, p. 82). Também do capítulo 20, versículo 13: “Se algum homem se deitar com um varão como uma mulher, praticaram abominação; ambos não de ser mortos; o seu sangue será sobre eles” (BÍBLIA, 1980, p. 84). As cidades bíblicas de Sodoma e Gomorra, da planície do Jordão, foram destruídas pelos pecados lá cometidos, ressaltando a pederastia – espécie de denominação da homossexualidade. Ou seja, sobre elas foi lançado o mal, a fim de punir aqueles pecadores. “Conta, ainda, a lenda, que a sodomia imperara tanto entre as cidades de Sodoma e Gomorra, que Deus, a quem esses pecados desagradaram, destruíra as duas cidades.” (GUSMÃO, 2001, p. 71). Fato que se percebe é que a opinião da Igreja, inclusive sobre a homossexualidade, certamente, deixou raízes no Ocidente, devido às bases do cristianismo terem aqui se firmado.

No que concerne àqueles que consideravam o homossexual um doente, a homossexualidade era listada na CID-9 (1977) da Organização Mundial de Saúde como um doença mental, mas foi retirada na CID-10, atualização aprovada pela Quadragésima Terceira Assembleia Mundial da Saúde em 17 de maio de 1990. Nesse sentido, Dourado (1967) veio confirmar sua posição dizendo que o homossexualismo não é apenas um problema psicológico, mas também social, reiterando uma possível ligação entre o homossexualismo e a delinquência, que pode ocorrer advinda de sua doença. Em categóricas palavras, afirma que:

(...) homossexual, antes do mais, é um doente que merece tratamento e, quando esta providência já não é mais possível, deve-se assistí-lo socialmente, a fim de que à sua desgraça não se ajunte outra: o crime. (DOURADO, 1967, p. 74).

Todavia, a homossexualidade também já foi tratada com bons olhos, época

em que os bem-aventurados, os heróis de seus grupos de guerra eram a espécime adorada, tomados como cultos e repletos de bravura. Sobre tal, pode-se verificar:

A homossexualidade era conhecida e praticada por romanos, egípcios, gregos e assírios. (...) Seu protótipo, na Antiguidade, é Nero, o imperador romano. (...) Entre os gregos, a homossexualidade tomou maior vulto. Trazia no seu bojo características como a intelectualidade, a estética corporal e a ética comportamental. (BRANDÃO, 2002, p. 31).

Percebe-se a inversão que o homossexual sofreu no caminhar da história greco-romana até o preconceito velado atual. Conforme Lasso (1985), Felipe de Macedônia era um destaque em seu exército pela solidariedade e agressividade que a homossexualidade era capaz de lhe produzir. Atualmente, o homossexual é discriminado e tolhido em sua atuação, seja profissional, seja pessoal. De certo, atualmente, há mais proteção da lei e das instituições de defesa dos seus direitos, enquanto, em outros tempos, a sua perseguição era sinônimo de morte e de outros tipos de violência. Hoje sua integridade é mais preservada, embora ainda parcialmente. Muitos séculos depois das perseguições, já após a Revolução Industrial, foi que a homossexualidade começou a ser mais aceita pelo aumento do número de declarados, mas não só por isso. Afirma Brandão (2002) que, também, pela maior transparência de seus pares, compreendida a insurgente presença dos homossexuais na sociedade. Atualmente, tem-se clara compreensão da grande parcela que a homossexualidade representa na sociedade e as consequências jurídicas para essa situação. De acordo com a ABGLT, levantamento realizado pelos Tribunais de Justiça brasileiros apontam que nove estados do país já possuem jurisprudências positivas para uniões de homossexuais. São decisões dadas em primeira ou segunda instâncias que permitiram uniões civis entre homossexuais e ou suas dissoluções. O século XXI caminha para ser um tempo de maior respeito a essa minoria, com o amadurecimento da sociedade brasileira e a uniformização de conceitos entre as nações; uma época de aceitação desse sujeito de direitos que durante grande parte da história foi renegado.

3 Estado Democrático de Direito, princípios e valores

O Estado brasileiro consolidou-se Estado Democrático de Direito com a Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988.

Ao declarar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º), a Constituição institucionaliza um tipo de Estado que tem fundamentos e objetivos concretos (arts. 1º e 3º). (...) Vinculado à idéia de democracia, tem na sua base o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. (CARVALHO, 2007, p. 536).

Ser um Estado desta ordem implica a manutenção de meios democráticos de representação legal e de cumprimento estrito da lei, tornando-se um Estado que respeite o particular em sua liberdade e propriedade.

A Constituição, portanto, quando menciona a expressão Estado Democrático de Direito opta por conformar as estruturas do poder político segundo a medida do direito, isto é, regras, formas, que excluem o arbítrio e a prepotência o que vem a garantir a efetivação dos direitos fundamentais do homem, com a sua autonomia perante os poderes políticos. (CARVALHO, 2007, p. 537).

O Brasil fez-se, assim, um Estado livre, desde a Independência, de modo que deveria desfazer quaisquer tipos de preconceito, porém, em se tratando de discriminação sexual, os direitos e garantias fundamentais dos homossexuais são ceifados. Expõe o art. 3º, IV, que um dos objetivos fundamentais desta República é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Carvalho (2007) não abre mão de afirmar a evolução constitucional que teve este país, dos direitos e garantias fundamentais a nação brasileira e dos fundamentos que nos cercam, desde então. Dessa forma, a dignidade humana, fundamento do Estado brasileiro pelo art. 1º, III, da CF/88, deve ser defendida concretamente. O homem deve ser integralmente protegido, seja física ou psicologicamente. Suas características, opções e desejos são prerrogativas do direito à liberdade que possui. Nunes (2005) elucida que, apesar de ser a dignidade algo de difícil definição e conceituação, sua violação real é muito visível.

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do

valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa. (CARVALHO, 2007, p. 546).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, protege o cidadão certificando-lhe o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Diz-se que todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza. Tratando do âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, em seu Artigo II considera que: “Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião”. Pode-se notar como os valores aqui discutidos já estão em voga há algumas décadas.

4 O Militarismo: hierarquia e disciplina

As Forças Armadas, instituições que objetivam a defesa nacional, correspondem a uma das bases do país, pois sua existência está ligada à proteção de um dos elementos essenciais do Estado: a soberania. Essas instituições têm cultura própria para preparar seus militares para casos de guerra, ameaça nacional, epidemias, dentre outros. Criaram-se, assim, ao longo dos séculos, princípios que lhes fossem alicerces de funcionamento e revestissem seu quadro de pessoal com servidores corretos e éticos. O Exército, a Marinha e a Aeronáutica formam o conjunto denominado Forças Armadas do Brasil. São instituições indissolúveis ao longo da existência da nação e acompanham regularmente o andamento do país, assegurando a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. Para tanto, essas organizações são permeadas de valores nobres que compõem o pundonor do militar que as integra, sendo assim, corporações rígidas e disciplinadas ao bom cumprimento dos deveres e das ordens recebidas por cada um em seu posto ou graduação. Afirma-se, então, que: “As Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia e na disciplina. Ordenação da autoridade e cumprimento obediente ao dever.” (WENDPAP, 2010, p. 13).

A hierarquia e disciplina são pilares institucionais das Forças Armadas. De acordo com o art. 142, *caput*, da CF/88, “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina”. Esses ideais também estão previstos

na Lei 6.880/80 – Estatuto dos Militares – em seu art. 14, que diz: “A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas”. A hierarquia na corporação militar diz respeito à submissão das patentes inferiores às ordens daqueles que estão em patentes superiores; no respeito ao comandante da corporação, ali presente por merecimento e competência para tanto.

A hierarquia é a base da instituição, e o mais graduado comanda tão-somente porque se preparou e revelou qualidade de chefe. É tão nobre obedecer quanto comandar. O superior só conseguirá subordinação voluntária coincidente e completa se for disciplinado, imparcial, sereno e enérgico: tornando-se exemplo pelas suas qualidades morais. (ASSIS, 2007, p. 69).

A disciplina está ligada ao cumprimento daquilo que se deve fazer de acordo com as regras de conduta, de atuação e pelas ordens recebidas. Está intimamente conectada às sanções disciplinares. Para Foucault (2009), a indisciplina nessas instituições é imediatamente punida, a fim de que os militares mantenham constantemente seu pundonor; que sigam as leis e as regras. Aqui, infere-se que esses valores históricos são tomados como muito importantes para a manutenção da existência dessas instituições e, também, para o controle da correta atuação dos militares. Para Wendpap (2010), a indisciplina fragiliza a segunda base de organização e deve ser combatida para que o sistema se mantenha rígido. Destarte, a escolha e seleção dos militares tornam-se bastante rígidas e próprias, tomando para elas o direito de livre escolha daqueles que melhor desempenharão a função desejada.

As Forças Armadas são instituições burocráticas, posto que funcionam pela hierarquia, impessoalidade, valorização do cargo e não da pessoa, dentre outras características, cunhadas por Weber (1979) em seus escritos sobre burocracia. Por serem organizações dessa natureza, tendem ao tradicionalismo difundido na sociedade e, portanto, não se identificam com inovações. Leia-se que essas inovações incluem a entrada de homossexuais nas suas atividades. Sendo o homossexual, parcialmente aceito pela opinião pública, os militares atestam não ter ele dignidade castrense, nem decoro, nem a reputação adequada para o exercício das atividades militares. Essa é a justificativa produzida em países como a Rússia, Turquia, Coreia do Sul e Líbia para bani-los da entrada nas Forças Armadas. Ressalta-se que esse discurso ocorre no Brasil, mesmo perante o Estado Democrático de Direito.

A dignidade castrense está relacionada ao respeito que o indivíduo dispensa a si mesmo em razão de ser um militar, ou seja, é um valor moral atribuído pelo militar a si mesmo. Decoro é o conceito

que a pessoa imagina que detém perante a sociedade, ou seja, sua projeção pessoal em meio à sociedade. Reputação, como um dos aspectos da honra, é efetivamente o que o grupo pensa acerca do indivíduo, a opinião das demais pessoas que rodeiam o militar. (ASSIS, 2007, p. 111).

O ensino militar trata de demonstrar a seus aprendizes que a dignidade da farda é conteúdo essencial para serem oficiais ou praças de respeito. A ideologia militar tende a produzir em seus pares, características como a disciplina, objetividade, impessoalidade que refletirão o bom exercício dos afazeres militares. De acordo com Ludwig (1998), o ensino militar agrega atividades que solidificam a ideologia dominante no cadete; que transmitem as ideias prevaletentes na sociedade. Assim, o aluno assimila os valores de obediência, paternalismo, assiduidade, dentre outros, citados por ele, de modo que se identifica aqui qual é a moral militar; qual é a identidade criada pela organização para que seus componentes busquem acompanhá-las. A cultura organizacional, de acordo com o Srour (1998), neste caso, é a projeção, a imagem que deve ter obrigatoriamente cada militar dentro da organização para ser bem aceito. Portanto, deve o indivíduo adequar-se a ela.

5 O crime de pederastia

O Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, decretado pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, à época da ditadura, em seu art. 235 instituiu o crime de pederastia ou outro ato de libidinagem, com texto: “Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar”. Esse texto legal, e ainda vigente no ordenamento jurídico brasileiro, ao utilizar o termo “pederastia” e a expressão “homossexual ou não”, atinge todos, mas mais especificamente e discriminadamente, os homossexuais.

A pederastia, crime sexual, é espécie de delito militar, aparecendo no CPM junto com a infração da prática de ato libidinoso. É delito militar *ratione personae*, visto que exige a qualidade especial de militar do agente que pratica ou permite que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, desde que em lugar sujeito à administração militar. Conjugam-se, portanto os critérios *ratione*

personae, ratione loci, sendo crime propriamente militar. (ASSIS, 2004, p. 195).

À época, esta legislação não apresentava problemas, posto o regime ditatorial que vigorava. Porém, atualmente, num regime democrático e livre; em que reside um Estado Democrático de Direito, acompanhado de uma Constituição que prega a igualdade, o Estado não deve permitir que sua legislação vigente tenha vícios materiais de tal monta. O Código buscou tutelar, através desse crime, a moralidade militar que deve vigorar nos locais militares e, para tanto, não precisava especificar se seria o relacionamento homossexual ou não, já que os atos de libidinagem os incluiriam. Ademais, o termo pederastia também estaria incluído nos atos de libidinagem – objetos do crime. O fato é que essas expressões são um sinal da discriminação que existe veladamente na legislação e expressamente na realidade prática. Os militares buscam reprimir os homossexuais do seu ambiente, forçando-os muitas vezes a se despedir das Forças Armadas, ou manter-se silencioso sobre sua opção sexual, como foi o caso do TEN CEL Ex Osvaldo Brandão Sayd, que será tratado mais à frente. Segundo Gadelha (2006), a mudança na legislação não surtiria nenhum efeito, pois o crime existiria do mesmo jeito. Essa opinião, porém, desconsidera o texto constitucional brasileiro, uma vez que as palavras do artigo supracitado ferem os direitos que se tem a pretensão de proteger no país, tendo, portanto, um vício material de produção.

Fato extraordinário, que corrobora para as conclusões acima, é o texto da Exposição de Motivos do Código Penal Militar, o qual explica a inclusão do crime de pederastia ou outro ato de libidinagem, da seguinte forma: "17. (...) É a maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal, onde os regulamentos disciplinares se revelarem insuficientes." O motivo 17 expõe que o crime de pederastia ou outro ato de libidinagem foi instituído para a severa repressão contra mal. Mas, que mal? Será a homossexualidade e o ato de libidinagem o mal que colocava em risco as Forças Armadas à época?

6 Cenário brasileiro sobre a conduta de pederastia

O Brasil tem algumas iniciativas que visam desmontar esses escritos da legislação vigente. O Projeto de Lei 2773/00, do Deputado Alceste Almeida, busca alterar a redação do art. 235 do CPM, retirando o termo pederastia de seu texto. Esse projeto já foi arquivado e desarquivado e agora foi acrescentado ao Projeto de Lei 6871/06, da Deputada

Laura Carneiro, por tratar do mesmo tema, sendo o último mais abrangente. O PL 6871/06 intenta criar um parágrafo único para excepcionar alguns casos do crime, empreitada que melhorará o artigo, posto que trata de cônjuges e unidos estavelmente. Conforme o Projeto de Lei, a proposta deixaria o art. 235 da seguinte maneira:

Ato libidinoso

Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar.

Pena – detenção, de seis meses a um ano.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica ao ato libidinoso consensual praticado entre cônjuges ou unidos estavelmente, em imóvel ou aposento sujeito à administração militar destinado e ocupado, exclusivamente, a título de residência permanente, moradia transitória ou hospedagem.

O PL 6871/06 espera agora por sessão ordinária em plenário para sua votação. Mais recentemente, foi proposto o Projeto de Lei 6628/09 que também intenta alterar o texto do art. 235 na mesma medida de exclusão do termo “pederastia” e da expressão “homossexual ou não”, além de muitas outras mudanças no texto e nas penas do Código Penal Militar. Esse projeto se encontra em análise na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO) da Câmara dos Deputados, desde o dia 20/04/2010.

Acerca do assunto, os Tribunais Superiores já tiveram oportunidade de pronunciar. No Supremo Tribunal Federal isto ocorreu através do *Habeas Corpus* 82.760, em que o Relator era o Ministro Carlos Ayres Brito. Naquela oportunidade, o Ministro disse não existir discriminação no art. 235, pelas seguintes palavras: “(...) a lei busca resguardar, sobretudo, a ordem e disciplina castrense, e não a incriminar determinada opção sexual, até porque, se tal ocorresse, haveria inconstitucionalidade”. Recentemente, teve-se oportunidade de acompanhar outro processo sobre o assunto: o Conselho de Justificação Nº 0000006-39.2008.7.00.0000 (2008.01.000203-1) – DF, no Superior Tribunal Militar. Esse processo resultou na dispensa das atividades militares do TEN CEL Ex Osvaldo Brandão Sayd, pelo voto de sete ministros a favor e três, contra. O Ministro Relator foi José Américo e a Ministra Revisora foi Maria Elisabeth, a única mulher civil da corte, a qual ampliou a discussão do caso.

O Conselho de Justificação é instaurado pelo Comandante da Região Militar

para que o militar justifique o seu próprio ferimento de: honra pessoal, pundonor militar ou decoro da classe. Nesse processo, uma das acusações do TEN CEL Ex Sayd fora a ocorrência de relações sexuais com um subordinado em sua casa, fato considerado grave pelo Relator. Segundo o Ministro José Américo, Sayd “divorciou-se, irrefletidamente, da responsabilidade que tomou para si ao optar pela carreira das armas, mormente na qualidade de Oficial Superior”. Para a Revisora Ministra Elisabeth, seu relacionamento é assunto pessoal e não interfere no interior do quartel. Considerou, ainda, que a obstrução de homossexuais à carreira militar é resultado da estigmatização social que sofrem com frequência nas Forças Armadas. De certo, percebe-se que o ocorrido foi motivado exclusivamente para chegar-se ao ponto da dispensa do oficial de suas atividades, pela sua opção sexual, e não por questões verdadeiramente profissionais.

No que se trata de declarações expostas na mídia, no dia 03/02/2010, o General-de-Exército Cerqueira Filho declarou ser o homossexualismo incompatível com a atividade militar, em sabatina na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, pela sua indicação ao Superior Tribunal Militar. Segundo Cerqueira Filho, “não há compatibilidade no cargo que se exerce com o tipo de comportamento; (...) o indivíduo não consegue comandar”. De acordo com sua fala, o homossexual não detém o respeito necessário da tropa para impor ordens de forma satisfatória. O comportamento do homossexual seria, assim, destoado daquele que se necessita no Exército Brasileiro, como diz em outra oportunidade: “a vida militar se reveste de determinadas características – tipos de atividade –, que no meu entender, inclusive em combate, podem não se ajustar ao comportamento desse tipo de indivíduo”.

Esse depoimento atestou a possibilidade de existência de muitas outras práticas de repressão dos homossexuais nas Forças Armadas, que podem ocorrer em âmbito administrativo, de acordo com a opinião de cada comandante de unidade sobre o homossexual na instituição. No caso falado, para o General-de-Exército, enquanto não houver lei permitindo a entrada de homossexuais na corporação, postar-se-á contra essa prática. Deveras, por ser um indicado ao Superior Tribunal Militar, a mais alta corte castrense, que está sob a égide da CF/88 e do Estado Democrático de Direito, não se esperava uma declaração do tipo, de forma explicitamente ilegal e com cunho discriminatório.

7 Considerações Finais

Percebe-se que há um conflito muito polêmico de argumentos. Pois, de um lado, tem-se a evolução histórica do constitucionalismo e da dignidade humana na

sociedade brasileira. Enquanto, de outro, sustenta-se uma instituição milenar sobre seus pilares básicos de funcionamento: o militarismo. Há muitos “lesados” nessa dicotomia, e o que é necessário saber, é qual valor é mais importante para o Estado, a fim de promover o respeito à dignidade da pessoa humana.

O Brasil, amadurecendo seus 20 anos de Constituição livre e democrática, ainda é um país repleto de adversidades, pois as Forças Armadas só mudarão de rumo à respeito da homoafetividade, quando houver a mudança e a atualização da legislação militar vigente, bem como do ensino praticado nas academias militares, adequando-se aos novos tempos, em que a sociedade promove a igualdade e a liberdade das pessoas. Fala-se aqui, por exemplo, do citado art. 235 do CPM, que persiste em carregar os paradigmas de outros tempos.

Caminha-se, então, para um ajuste entre o CPM e a CF/88 e a perenização das instituições militares, moldando-se o comportamento social de todos os brasileiros, inclusive militares, àquilo que a Constituição preconiza e assevera como direitos e garantias fundamentais de todos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar: parte especial**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. Curitiba: Juruá, 2007.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. **Nota oficial da ABGLT – LGBT nas forças armadas**. 2010-03-19 18:03:45. Disponível em: < <http://www.abgl.org.br/port/noticias.php>>. Acesso em: 3 Out. 2010.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário compacto do direito**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOURADO, Luiz Angelo. **Homossexualismo e delinquência**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1967.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalheite 36. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

GADELHA, Patrícia Silva. A prática de pederastia é crime militar. **JusNavigandi**, Teresina, ano 10, n. 1009, 6 abr. 2006. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8206> >. Acesso em: 12 mar. 2010.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores**. 6. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001.

LASSO, Pablo. Antropologia cultural e homossexualidade: variantes do comportamento sexual, culturalmente aprovadas. **Homossexualidade – Ciência e consciência**. São Paulo: Loyolla, 1985.

LUDWIG, Antonio Carlos Will. **Democracia e ensino militar**. São Paulo: Cortez, 1998

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SROUR, Robert Henry. **Poder, cultura e ética nas organizações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. São Paulo: Ed. Atlas, 1979.

WENDPAP, Friedmann. **Apreciação judicial de punições militares**. Revista de Estudos e Informações Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Nº 27. Março de 2010. ISSN 1981-5425. p. 13-15.

ARTIGOS DE EGRESSOS

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E SUA EFETIVIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Luciana Cristina Esteves Pinho¹

RESUMO

O presente estudo demonstra, por meio do método dedutivo, a necessidade de se operar no sistema penal brasileiro, através de uma política criminal voltada para a intervenção mínima, uma nova reforma ou transformação, objetivando evidenciar que a máxima criminalização de condutas, que atualmente se observa, não contribui para a diminuição da criminalidade, tampouco para o desenvolvimento social da humanidade. Daí a necessidade de se buscar a efetividade do instituto da intervenção mínima, tanto na seleção dos bens adequados ao revestimento da tutela penal, quanto na classificação dos instrumentos concretizadores de referido princípio, em especial, no cotidiano dos Tribunais.

Palavras-chave: Intervenção mínima; bem jurídico penal; subsidiariedade; Insignificância.

ABSTRACT

The present study demonstrates, through the deductive method, the need to operate in the criminal justice system, through a criminal policy toward the minimum intervention, a new reform or transformation, aiming to show that the maximum criminalization of conduct, which currently notes, does not contribute to reduced crime nor for the social development of mankind. Hence the necessity to develop the effectiveness of the Office of minimal intervention in both the selection of goods suitable for the coating of the penal protection, as in the classification of instruments in furtherance of that principle, especially in the routine of Courts.

Keywords: Minimal Intervention; criminal justice, subsidiarity, Insignificance.

1 INTRODUÇÃO

Conforme se verifica da análise histórica do Direito, há uma evolução gradativa a cada século, pois, como meio de assegurar o bem-estar, o convívio e a justiça social, o próprio desenvolvimento humano trouxe a possibilidade de um Direito que, cada vez mais, busca assegurar uma convivência justa.

Pretende-se com o presente estudo verificar, no que tange ao Direito Penal, se a evolução no pensar e no modo de conceber o Sistema Penal ganhou também o mundo prático.

¹ A autora é advogada, com graduação em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho de Montes Claros. E-mail: luluestevespinho@yahoo.com.br

Muito se ouve falar de um sistema retrógrado e de uma iminente crise devida, principalmente, à crescente inflação legislativa que, por meio de uma intensificação da responsabilidade criminal, acaba sobrecarregando o sistema penal que, como sabido, mostra-se falho na resolução dos problemas sociais ensejadores da criminalidade.

O princípio da intervenção mínima não é fruto contemporâneo. Desde o século XVIII, pensadores já previam o caos em que se transformaria o sistema penal e, especificamente, o prisional, caso não fosse seriamente observado o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal; instrumento que traduz restrições ou sacrifícios relevantes aos direitos fundamentais da pessoa humana, cujo respeito é um dos deveres essenciais do Estado.

O mundo moderno focaliza muito a agilização da justiça, a primazia dos direitos e garantias fundamentais, bem como a justiça e a paz social. Para tanto, busca-se uma efetiva redução da criminalidade e da população carcerária por meio de alternativas menos interventivas, mais racionais e eficazes.

O fato é que a máquina estatal não suporta mais o excesso de leis sem qualquer efetividade. O Direito Penal moderno deve perseguir fins sociais e atuar como um instrumento do Estado para a realização de seus fins.

O presente estudo tem por finalidade ressaltar que, no atual estágio de insegurança e fragilidade jurídica por que passa a sociedade moderna, surge um argumento de reforço em favor da intervenção mínima do sistema penal, pois sendo este efetivamente violento e irracional acentua, ao invés de sanar a referida agressão.

Dessa forma, preconiza-se a efetividade da aplicação do princípio, objeto deste trabalho, no Direito Penal brasileiro, em caráter de urgência, a fim de que haja maior rigor na eleição das condutas a serem criminalizadas, devendo o legislador ordinário observar a gravidade destas no ambiente social para, somente após, determinar a valorização do bem jurídico objeto de seu conteúdo.

2 UMA MUDANÇA PARADIGMÁTICA DA CRIMINALIDADE

As teorias sociológicas contemporâneas sobre a criminalidade são teorias liberais clássicas que se caracterizam por uma atitude racionalista, reformista e, geralmente, progressista.

Baratta (2002) pondera que, substituindo a pretendida dimensão biopsicológica do fenômeno criminal pela dimensão sociológica, tais teorias invertem a relação da criminologia com a ideologia e a dogmática penal, sustentando o caráter normal e funcional da criminalidade, a sua dependência de mecanismos de socialização que expõem os indivíduos em função da estratificação social, deslocando cada vez mais a atenção do comportamento criminoso para a função punitiva, para o direito penal e

para os mecanismos seletivos que guiam a criminalização e a estigmatização de determinados sujeitos.

Procura citado autor mostrar como essa função e esses mecanismos tinham mais a ver com o conflito que se desenvolve no inconsciente, entre impulsos individuais e inibições sociais ou com as relações de hegemonia entre classes que com a defesa de interesses sociais proeminentes.

Além disso, o autor ensina que o ponto de partida da investigação, a definição de seu objeto, é substituída por uma definição sociológica de desvio “em relação à qual o comportamento criminalizado constitui uma *species* dentro de um *genus* complexo, somente perceptível no quadro de uma concepção global do sistema social” (BARATTA, 2002).

“O delito é fenômeno possível somente na sociedade humana e portanto é objeto de uma ciência social,” ensina Ferri (1999, p. 94).

É a Teoria do Etiquetamento (Labelling Approach) o ponto mais avançado dessa consciência na criminologia liberal contemporânea de autonomia do próprio objeto em face das definições legais.

Segundo Baratta (2002, p. 149):

Negando qualquer consciência ontológica à criminalidade, enquanto qualidade atribuída a comportamentos e a pessoas por instâncias detentoras de um correspondente poder de definição e de estigmatização, a teoria do *labeling* deslocou o foco da investigação criminológica para tal poder.

Segundo Queiroz (1998, p. 43), crime e reação social eram, por esse enfoque, manifestação de uma só e mesma realidade: a interação social. “Não há como compreender o crime senão em referência aos controles sociais” .

Nessa perspectiva, o autor, citando Becker (1998, p. 43e 44), assinala que os grupos sociais:

Criam os desvios ao fazerem as regras cuja infração constitui desvio e ao aplicarem essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como marginais e desviantes. Deste ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outras pessoas de regras e sanções a um transgressor. O desviante é alguém a quem aquele rótulo foi aplicado com sucesso; comportamento desviante é o comportamento que as pessoas rotulam como tal.

As chances ou riscos de o indivíduo ser etiquetado como delinquente não depende tanto da conduta executada (delito), senão da posição dele na pirâmide social (status), vinculando-se, assim, ao estímulo da visibilidade diferencial da conduta desviada

em sociedade concreta, guiando-se mais pela sintomatologia do conflito que pela sua etiologia.

A Criminologia, desde a década de sessenta, vem apresentando uma mudança do paradigma etiológico que, segundo Baratta (2002), era o paradigma fundamental de uma ciência entendida naturalisticamente como teoria das causas da criminalidade (Ciência causal explicativa da criminalidade), para o paradigma da reação social (*labelling approach*) pelo qual “o crime é uma função das interações psicossociais do indivíduo e dos diversos processos da sociedade”².

O que significa afirmar que, na Criminologia crítica, a criminalidade se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante a seleção dos bens protegidos e dos comportamentos ofensivos a esses, e na seleção dos indivíduos estigmatizados entre aqueles que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.

Andrade (2003) consigna que abordar essa mudança paradigmática implica abordar a mudança, nuclearmente havida no conceito de criminalidade e que conduziu a uma nova visão do sistema penal, desenvolvendo sustentação ideológica e política, não científica, que acabara por fortalecer, até os dias atuais, a criminologia positivista - de combate à criminalidade através do sistema - desenvolvida com base no paradigma da reação social.

Segundo Andrade (2003, p. 34):

A mudança de paradigma na ciência não tem ultrapassado o espaço acadêmico para alçar o espaço público da rua (em sentido lato) e provocar a necessária transformação cultural no senso comum sobre a criminalidade e o sistema penal; necessária, evidentemente, não do ponto de vista da manutenção, mas da superação do atual modelo de controle punitivo em que o sistema penal se insere.

As inúmeras modificações e estudos acerca do âmbito da Criminologia acabaram culminando no estudo da criminalidade (criminoso em si) e da criminalização (do criminalizado), a fim de se construir uma realidade penal que, antes de voltar-se para um “etiquetamento” e “estigmatização” do autor de um fato delituoso, o que acarreta consequências sociais desastrosas, se revele como processo de interação entre ação e reação social, de modo que um ato dado fosse desviante ou não, dependendo em parte de sua natureza, e em outra parte do que outras pessoas fizessem a respeito, ou como estas últimas reagissem perante aquele ato. (Andrade 2003 *apud* Becker 1971).

² Disponível em: direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/bkp/PROF0805.DOC Acessado em 07 de maio de 2009, 08h43min h.

Em uma análise crítica da Criminologia, Baratta (2002, p. 81 e 82) posiciona-se a respeito da Teoria das Subculturas criminais e consigna que tal teoria, bem como a teoria funcionalista, não apresenta o problema das relações sociais e econômicas sobre as quais se fundam a lei e os mecanismos de criminalização e de estigmatização, que definem a qualidade criminal dos comportamentos e dos sujeitos criminalizados, mas antes, retomam “a correlação entre criminalidade e mecanismos de distribuição de oportunidades sociais e de riqueza, através dos processos de socialização condicionados por aqueles mecanismos”.

Segundo Andrade (2003, p. 50), a Criminologia da reação social contribuiu decisivamente para a revelação da lógica da seletividade como “lógica estrutural de operacionalização do sistema penal, a qual representa a fundamentação científica de uma evidência empírica visibilizada pela clientela da prisão”, sendo a criminalização, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída.

3 DIREITO PENAL MÁXIMO E DIREITO PENAL MÍNIMO

A partir da mudança de paradigma, com o passar dos anos, o pensamento foi sempre voltado para a solução dos problemas da criminalidade por meio do sistema penal. Buscou-se fortalecer, desde o início, sua maximização, sem se preocupar com sua eficácia plena, atentou-se apenas para o sensacionalismo social, como já preconizava Beccaria (2004) ao retratar a pena como fruto das paixões de uma minoria.

Apenas recentemente se discute acerca da viabilidade do sistema, dado o caos que se instalou após a percepção de que os mecanismos de repressão utilizados não resolviam o problema social, ao contrário, acabavam degradando ainda mais dada sociedade.

Daí passou-se ao estudo de mecanismo que viabilizassem a utilização de um sistema penal voltado para a repressão mitigada e mais focalizada na resposta concreta às necessidades sociais de segurança, e menos tortuosa ao delinquente, principal responsável e atingido pelo sistema penal defasado.

4 BEM JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO

É o Direito Penal uma arma poderosa de que se vale o Estado na busca da segurança e preservação do bem comum.

Segundo Gomes (2002), o Direito Penal se revela como instrumento ilegítimo na proteção da moral ou da ética, da religião ou desobediência divina dos valores culturais ou ainda dos interesses ou estratégias governamentais ou supranacionais; tampouco se

destina à tutela da ordem natural ou dos atos disfuncionais, dos “direitos subjetivos” ou da “norma” em si considerada.

Para o autor, a missão principal desse direito consiste na proteção aos bens jurídicos mais fundamentais da pessoa, de forma que possibilite o desenvolvimento de sua personalidade e sua realização ética, assim como a vida em comunidade.

Daí a necessidade de delimitar as situações em que o Estado poderá utilizá-lo como arma máxima e eficaz.

Esclarecedor é o apontamento de Lopes (2000, p. 139) acerca do tema:

Em definitivo, o bem jurídico deve conceber-se no âmbito de uma relação social dialética, como instrumento que garante o desenvolvimento da pessoa ao permitir-lhe uma participação dentro do ambiente político-social de que toma parte. Âmbito em que juridicamente a Constituição representa o marco geral de referência que define os direitos fundamentais e uma organização político-social concreta. Isto, de acordo com as diferentes correntes doutrinárias existentes, pode significar que é a Constituição que determina que bens jurídicos sejam efetivamente protegidos pelo Direito Penal, ou, menos estritamente, que ela serve de parâmetro para reconhecer esses referidos bens no sistema social.

Ferrajoli (2002) assevera que não se pode atribuir ao bem jurídico uma definição exaustiva, tendo em vista que as teorias que o abordam servem, exclusivamente, para oferecer uma série de critérios negativos de deslegitimação, enfatizando, assim, sua função limitadora, cuja lesão é condição necessária, mas não suficiente, para a proibição e punição.

É a natureza secundária do direito penal uma exigência político-jurídica dirigida ao legislador.

Segundo Cervini (1995, p. 68), a administração da justiça penal passa por uma crise provocada, dentre outras coisas, pela “dicotomia congênita existente entre o discurso e a realidade de nossos sistemas penais”.

Para o autor, a inflação legislativa, o fato de os sistemas ou organismos penais serem fragmentados entre si, bem como a sobrecarga dos Tribunais, a ineficiência das penas clássicas, a lentidão na administração da justiça, os próprios custos individuais e sociais do delito e o fato de já haver um sistema estabelecido e resistente às inovações e comprovadamente criminalizante são, dentre outros, fatores que, por si só, já justificariam o processo de descriminalização e de um direito penal mínimo ou princípio da intervenção mínima.

“No Direito Penal, a descriminalização refere-se ao ato de se considerar atípico fato antes previsto como crime ou contravenção” (SILVA, 2006 p. 243), excluindo-se de certas condutas a competência da Justiça Penal para decidir sobre determinados

comportamentos ilícitos porque poderiam ser tutelados por meios menos gravosos, não sendo dignos de tutela penal.

5 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COMO POSTULADO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Atua o princípio da insignificância, assiduamente considerado na Jurisprudência pátria, como manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal. Por ele devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetam muito infimamente um bem jurídico penal.

Segundo esse princípio, também conhecido como bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e o caráter drástico da intervenção estatal.

Cada vez mais, os Tribunais, em especial os Superiores, têm reconhecido e dado aplicabilidade ao princípio posto sob análise.

O Relator Vieira de Brito, por exemplo, em Apelação julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, prolatado em vinte e quatro de maio do ano de dois mil e cinco, preponderou que

É de ser mantida a absolvição proferida com base no princípio da insignificância se verificado que a conduta do acusado representou mínima lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, constituindo fato de nenhuma relevância social na escala de valor atual da norma incriminadora, não merecendo, pois, o reconhecimento da tipicidade e a imposição de uma sanção penal.

Nota-se, pois, que a jurisprudência pátria tem relevado os argumentos objeto desse estudo quando, em reportagem do diário *on line* da Folha de São Paulo (2009), por exemplo, manchete afirma que “furtos de pequeno valor não devem ser considerados crimes, conforme já se manifestaram todos os ministros do Supremo Tribunal Federal em julgamentos no Tribunal”.

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivo que obrigue tribunais e órgãos inferiores a aplicarem as condutas já pacificadas entre os ministros da cúpula do Judiciário. Entretanto, os posicionamentos desse órgão devem servir como uma clara sinalização às instâncias inferiores para que deixem de aplicar penas em casos de crimes considerados de “bagatela” (baixo valor). Caso contrário, suas decisões serão revertidas, quando chegarem ao STF.

Assim ao admitir-se que os Tribunais de máxima Ordem cuidem de questões desse tipo, que poderiam já ter sido solucionadas nas baixas instâncias, admite-se a

pouca efetividade do princípio da intervenção mínima cujo postulado é, dentre outros, a garantia da eficácia na prestação jurisdicional bem como a agilização da justiça e segurança jurídica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, apesar de o princípio da intervenção mínima ter sido consagrado no século XVIII pelo Iluminismo, os ordenamentos atuais, em contraposição à uma tendência evolutiva, são marcados pela máxima criminalização de condutas.

Os legisladores contemporâneos, ao abusarem da penalização, acabam levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas também a sanção criminal que perde sua força intimidativa diante da inflação legislativa reinante nos ordenamentos positivos.

Não restam dúvidas de que o uso excessivo da sanção criminal não garante uma maior proteção aos bens jurídicos, ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa.

No direito brasileiro, a instituição de princípios e medidas despenalizadoras tem buscado enfrentar o problema da criminalidade através de meios menos interventivos e sacrificantes, não só para a pessoa do infrator como também para toda a sociedade, tal como a instituição das penas alternativas e dos Juizados Especiais, tendo em vista que o sistema prisional brasileiro se mostra precário e pouco eficiente na reabilitação do ofensor e na prevenção da criminalidade.

Os Tribunais pátrios, em especial os Tribunais Superiores, buscam, por meio da aplicação do princípio da Insignificância, garantir efetividade à implementação de uma intervenção mínima, mas ainda resta um caminho a percorrer para que tal posicionamento permeie todas as instâncias do Poder Judiciário.

Além disso, a sociedade moderna clama por soluções mais racionais para os problemas da criminalidade, mas ao mesmo tempo contribui para a proliferação do atual sistema, ao passo que não se abre às inovações, ora por medo, ora por ignorância, diante da falta de esclarecimentos, contribuindo diretamente para o etiquetamento e estigmatização do delinquente.

Propugna-se por um sistema penal eficaz. Entretanto, para que este seja possível, faz-se mister encontrar o equilíbrio ideal entre igualdade social, econômica e cultural.

O princípio da intervenção mínima significa, primeiramente, forte respeito pelo homem e sua realidade, estando certo de que o embrutecimento na aplicação das penas e a criminalização de um maior número de condutas, sem rigorismo na seleção dessas, não contribuem para o desenvolvimento da humanidade, tampouco para a prevenção e

diminuição da criminalidade, ao contrário, prolifera a sensação de insegurança jurídica e descrédito no sistema penal e nas penas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2003.

AGUIAR, Leonardo de Augusto Almeida, **Da Teoria do Labeling Approach**. Artigo disponível em: direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/bkp/PROF0805.DOC. Acessado em 07 de maio de 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Campinas: Bookseller, 1999.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Princípios Políticos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Recurso de Apelação nº 2.0000.00.479634-1. Relator (a) Vieira de Brito. Belo Horizonte/MG. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroProcesso=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=bagatela&relator=&dataInicial=&dataFinal=20/05/2009&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&resultPagina=10&pagina=20&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 20 maio 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOLINA, Antônio Garcia – Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis Prado. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIRÓZ, Pablo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.

SELIGMAN Felipe, e FERNANDES Sofia. **Para STF, furto de pequeno valor não é crime**. Folha de São Paulo, 21 de março de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u538359.shtml>>. Acesso em: 21 maio 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WACQUANT, Luic. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

Stefane Veloso Gangana¹

RESUMO

A discussão acerca da “Possibilidade de o Ministério Público promover investigações criminais” tem provocado controvérsias, formando várias correntes sobre o assunto. Esse tema merece destaque, uma vez que a polêmica relacionada ao poder de investigação do *Parquet* se arrasta há mais de uma década. Fato é que, desde então, a questão abordada gerou intenso debate. O que se busca com este artigo é afirmar que, apesar de ainda não existir uma lei ou artigo específico que dê expressamente ao *Parquet* a prerrogativa de promover, em concomitância com a polícia judiciária, a investigação criminal. A corrente doutrinária majoritária e os Tribunais Superiores vêm aceitando de forma pacífica este entendimento, uma vez que as investigações feitas diretamente pelo Ministério Público não afrontam a Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) e, ao contrário, auxiliam na eficácia e celeridade da persecução penal, arma importante no combate à criminalidade e na construção de um Estado socialmente mais justo, tendo por objetivo fim um processo penal mais eficaz e maior combate ao crime organizado e à corrupção.

Palavras-chave: Ministério Público, investigação criminal, competência.

ABSTRACT

The discussion about the theme “Possibility of the Public Justice promote lawless investigations” has motivated polemic debates, creating many views to this subject. This theme deserves distinction, as the polemic related to the investigation power of the Parquet sift through more than two years. Fact is, since that time, the approached theme created an intense debate. What is been searched with this scientific article is to claim that, even that doesn't exist a specific law or an article that explicitly gives Parquet the privilege to promote, concomitantly with the judiciary police, the criminal investigation, the doctrinary line and the Superior Tribunal have been accepting in a pacific way this understanding, once the investigations done straight to the Public Justice don't struggle against the Federal Constitution and on the other hand, help in the efficiency and agility of the penal procedure, important weapon in the battle against the criminality and in the construction of a state socially more reasonable, having as a goal a penal process more efficient and a higher battle against the organized crime and corruption, which are today the biggest problem in the Brazilian society.

Keywords: Public Justice, criminal investigation and competence.

¹ Advogada; graduação em Direito pelas Faculdades Santo Agostinho; pós-graduanda em Direito Público. E-mail: stefanegangana@adv.oabmg.org.br

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de o Ministério Público promover investigações criminais em face do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público é o tema a ser abordado neste artigo. O estudo levará em consideração o ordenamento jurídico brasileiro: a Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), o Código de Processo Penal Brasileiro, a Lei Complementar nº 75, a qual dispõe sobre a Organização, as Atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União e a Lei nº 8.625, que dispõe sobre as normas gerais para a Organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.

Esse tema merece destaque, uma vez que a polêmica acerca do poder de investigação do *Parquet* se arrasta há mais de uma década. Fato é que, desde então, o tema abordado virou assunto de debate. De um lado, o Ministério Público vem afirmando ter prerrogativa para promover tais investigações criminais. Por outro lado, os delegados de polícia, também chamados de polícia judiciária, alegam que esta competência é exclusiva da polícia civil e da polícia federal, não podendo o *Parquet* realizar tais investigações. O Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Poder Judiciário Brasileiro e guardião da CRFB/88, logo se manifestará de forma definitiva sobre o assunto, devendo posicionar-se, ao que tudo indica, em favor do Ministério Público.

O objetivo deste artigo é afirmar que o que se busca não é tirar a competência da investigação criminal da polícia civil e da polícia federal, mas, sim, que o representante do *Parquet* possa trabalhar concomitantemente com a polícia judiciária na instauração do Inquérito Policial, para que se possa ter uma produção de provas eficiente, simplificando o Inquérito, diminuindo os prazos da investigação e, por conseguinte, um processo penal mais eficaz em prol de uma sociedade mais protegida.

2 APURAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A CRFB/88 estabeleceu, em vários artigos, o poder de investigação na esfera criminal para outros órgãos administrativos. Dentre eles está o Ministério Público com procedimentos administrativos de sua atribuição, nos quais, conforme o artigo 129 da CRFB/88, pode expedir notificações, requisitar informações e documentos, além de poder requisitar diligências investigatórias. Segundo o aludido artigo, uma das competências fundamentais do *Parquet* é propor ação penal pública condenatória, sendo, portanto, um procedimento administrativo investigatório criminal.

Pacheco (2006, p. 162) orienta ainda que há inúmeras investigações criminais realizadas pelos membros do Ministério Público, pelas autoridades fiscais e outras atividades administrativas em andamento e:

Tendo em vista o crescimento meteórico dos índices de criminalidade e a carência de recursos materiais, humanos e financeiros, pelos quais passam os órgãos estatais brasileiros, não nos parece que o Brasil possa se dar ao luxo de reduzir o número de órgãos que têm capacidade, determinação e coragem para fazer investigações criminais.

Fato é que o *Parquet* tem promovido investigações criminais, e este assunto tem sido debatido nos Tribunais superiores há mais de uma década, com a criação do Projeto de Lei nº 4.209/01, que visa alterar o Código de Processo Penal no que se refere à Presidência do Inquérito Policial. O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou de forma definitiva acerca do assunto ao criar a Súmula nº 234, e o Supremo Tribunal Federal deve se pronunciar em breve sobre o assunto, havendo forte tendência de que se pronuncie favoravelmente à possibilidade de investigação instaurada pelo Ministério Público, conforme será aprofundado em breve.

A CRFB/88, por meio do seu artigo 127, *caput*, afirma que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Gomes (2003, p. 17) relata que o *Parquet* é “o advogado da sociedade, detentor de mandato constitucional para defender os mais relevantes interesses sociais, seja contra quem for, doa a quem doer”. Para ele, o Ministério Público “é um agente político constitucionalmente qualificado à interferência na condução do poder político estatal” (Gomes, 2003, p. 19).

Para Mendes (2008, p. 993), o *Parquet* é fiscal da lei e da sua execução, tendo por objetivo zelar pelo respeito à Lei Fundamental, assumindo, portanto, a condição de órgão essencial do Estado, visto que as tarefas do seu cargo são aquelas fundamentais à própria conceituação do Estado enquanto nação politicamente organizada.

Bonavides (2003, p. 56) afirma que o Ministério Público não é governo e nem oposição; para ele, o *Parquet* “é constitucional; é a Constituição em ação em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições”.

Portanto, conclui-se que a polícia judiciária trabalha para que a ordem pública seja preservada. Contudo, não há nenhuma lei que dê exclusividade à polícia civil para produção do Inquérito Policial, e, tangente às investigações feitas pelo *Parquet* nos processos criminais, os principais fóruns de representação política da Instituição têm declarado que os membros do Ministério Público não desejam presidir o Inquérito Policial, tampouco dirigir e ordenar as Polícias. O objetivo é desenvolver, em caráter excepcional, um trabalho concomitante a polícia judiciária, seus procedimentos administrativos investigatórios criminais, nos termos da CRFB/88 (Pacheco, 2006).

3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS

A sociedade brasileira tem-se sentido fragilizada diante da precariedade do aparelho repressor, uma vez que, diante da quantidade de crimes e ocorrências, a apuração dos fatos é prejudicada, o que muitas vezes leva o representante do *Parquet* a pedir a absolvição do acusado com base no princípio “*in dubio pro reo*”².

Diante desse caos, existe a necessidade de se sofisticar os recursos investigativos para que o Estado seja mais eficaz na persecução penal e, com a atuação do Ministério Público, cumprindo o seu dever de zelar para que o combate à criminalidade não acabe, o processo penal se torna mais bem feito e a aplicação da pena mais eficaz.

3.1 Argumentos Contrários

De um lado, alguns autores sustentam que é vedada a legitimidade para o Ministério Público promover investigações no processo penal, pois extrapolaria os limites da instituição, argumentando que haveria um grande aumento de poder do *Parquet*. Ficariam, assim, os promotores de justiça com poderes além da sua competência, provocando, por conseguinte, desequilíbrio das partes, sendo, portanto, a competência para tal feito do delegado de polícia, posto que este não seria parte no processo.

Os doutrinadores que seguem esta corrente alegam que o representante do *Parquet* não é legitimado para promover tal investigação, pois, para eles, a Instituição extrapolaria o seu limite. Relatam ainda que a CRFB/88 não prevê tal possibilidade.

Nesse aspecto, Nucci (2005, p. 124) afirma:

O tema é, sem dúvida, controverso, comportando várias visões a respeito, mas cremos inviável que o promotor de justiça, titular da ação penal, assuma a postura de órgão investigatório, substituindo a polícia judiciária e produzindo inquéritos visando à apuração de infrações penais e de sua autoria.

Neste contexto, Oliveira (2004, p.466) relata que o Ministério Público não pode proceder investigações criminais, tendo somente a faculdade de requisitar diligências investigatórias para que o delegado de polícia o faça: “detém, também ele, prerrogativas e poderes necessários para o fim de determinar diligências investigatórias para a apuração de fatos delituosos”.

Segundo Andrade (2006), os argumentos utilizados pelos doutrinadores que são contra o poder investigatório dos promotores de justiça vão além. Dentre esses

² O princípio do “*in dubio pro reo*” orienta que, quando não houver provas concretas e suficientes para a condenação do acusado, impõe-se a sua absolvição.

argumentos, um dos mais difundidos pela doutrina processualista se refere ao possível ferimento ao Princípio da Paridade de Armas³, que tem sido invocado sistematicamente como um forte aliado.

A simples presença do Ministério Público na fase processual já caracterizaria a referida desigualdade de armas, ao passo que outros doutrinadores, como Andrade (2006, p. 119), defendem que o *Parquet* “é que seria o garantidor da presença deste princípio no processo penal, evitando que as vítimas sofram algum tipo de constrangimento ou ameaça ao terem que acusar pessoalmente seus agressores”.

Contudo, Moraes (2008) entende que o poder investigatório do promotor de justiça não é um sinônimo de poder sem limites, mas sim derivado diretamente das funções Constitucionais enumeradas no rol do artigo 129, da CRFB/88, vigente no país.

Portanto, fica claro que, ao promover investigações criminais, o Ministério Público não feriria o Princípio da Paridade de Armas, uma vez que o fato de o representante do *Parquet* coletar provas, mesmo sendo parte no processo criminal, não deixaria, de forma alguma, o acusado em situação de desvantagem.

3.2 Argumentos favoráveis

A corrente dominante vem relatando que é possível a investigação feita pelo Ministério Público dentro da esfera penal durante o Inquérito Policial, uma vez que não existe norma proibitiva a respeito e, ao revés, conforme a redação do artigo 129, da CRFB/88 (que trata das funções dos membros do Ministério Público), há, no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que de forma implícita, tal legitimação, o que leva à conclusão de que o *Parquet* deve assumir a postura de órgão investigador junto à polícia judiciária⁴. Conforme o exposto, a CRFB/88, em seu artigo 129, deu assento ao Ministério Público, elencando as suas funções ao longo de seus incisos. Apesar de o legislador não descrever expressamente que o *Parquet* tem a prerrogativa de realizar investigações criminais, os Tribunais Superiores e grande maioria das correntes doutrinárias têm entendido e afirmado, de maneira que se considera mais coerente, que o representante do Ministério Público é, sim, legitimado para tal feito.

Siqueira (2007) acrescenta:

Não havendo na Constituição Federal norma proibitiva no sentido de que apenas a polícia judiciária tem atribuições para a realização de

³ Segundo Garcia (2003), “o princípio da paridade de armas legitima normas tendentes a reequilibrar as partes e permitir a efetiva igualdade na lide”. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4993>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2009.

⁴ “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e sua autoria.” (Código de Processo Penal Brasileiro, artigo 4º).

diligências investigatórias, pode o ordenamento infra-constitucional estabelecer medidas a fim do Ministério Público proceder a esse desiderato”.⁵

Segundo o § 4º, do artigo 144, da atual CRFB/88: “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Evidencia-se, portanto, que em momento algum se utilizou a palavra exclusividade ao definir as funções da polícia civil, não possuindo qualquer monopólio na condução de investigações criminais no Brasil. Por esse motivo, Andrade (2006) afirma que não há uma razão técnica que justifique a existência de manifestações noticiando que a CRFB/88 teria conferido a exclusividade ou mesmo monopólio à polícia civil.

O atual Código de Processo Penal Brasileiro, no seu artigo 4º, parágrafo único, traz a seguinte redação:

A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e sua autoria. Parágrafo único: A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Segundo Andrade (2006, p. 202), “a um só tempo, tal artigo trata de afastar a exclusividade da investigação criminal realizada pela polícia judiciária, e abrir caminho à possibilidade de investigação ministerial”. Para o autor, em suma, atualmente o *Parquet* está legitimado por lei a investigar na esfera criminal, atendendo, assim, à exigência do parágrafo único, do artigo 4º, do Código de Processo Penal.

Andrade (2006) relata ainda que a primeira função do Ministério Público é promover, privativamente, a ação penal pública, e, segundo a interpretação do autor, com essa exclusividade, ainda que de forma implícita, também é dada a legitimidade para investigar na esfera criminal, visto que o efetivo exercício da sua função acarretaria à possibilidade fática de ele, *motu proprio*, buscar os elementos indispensáveis para a sua propositura.

Andrade (2006) complementa que a investigação criminal tem como base teórica a “Teoria dos Poderes Implícitos”, ou *implied powers*, que, em outras palavras significa: quem pode o mais, pode também o menos. Ou seja, se o Ministério Público é o titular da ação penal, também poderá ele fazer suas próprias investigações, com o objetivo final de melhor exercer essa titularidade e se convencer sobre o oferecimento ou não da acusação.

⁵ Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1708>. Acesso em 05 de maio de 2008.

Tangente à normatização do poder investigatório do *Parquet* no estado de Minas Gerais, Soares Júnior (2009) orienta:

Em Minas adveio a Resolução Conjunta nº 002/2004, que regulamentou o art. 67, I, da Lei Complementar Estadual nº 34/94. Essa norma disciplina a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério Público Estadual.

E assim entendendo, a Associação Nacional dos Procuradores da República elaborou o Decálogo da Investigação Criminal pelo Ministério Público, o qual traz as razões para que a Instituição possa desenvolver atividades de investigação⁶.

A Lei nº 8.625 de 1993, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a qual dispôs sobre Normas Gerais para a Organização dos promotores de justiça dos Estados e dá outras providências, também prevê a possibilidade de tais investigações criminais serem realizadas diretamente pelo *Parquet*.

No que se refere à polícia judiciária, o Ministério Público, ao realizar as investigações criminais, não se torna superior a ela. Segundo Barroso (2005, p. 231) “a investigação pelo Ministério Público tem um caráter subsidiário e será empregada apenas quando for necessário, de modo que a competência da polícia não é subtraída”. Portanto, jamais o Delegado de Polícia terá o seu lugar discriminado, ou será considerado submisso ou hierarquicamente inferior ao promotor de justiça. O que se busca é um processo penal mais justo e eficaz e, para isso, o Ministério Público e a polícia judiciária devem trabalhar unidos ao promover as investigações criminais.

Andrade (2006) relata que, entre os vários e importantes processualistas que tinham opinião contrária, muitos acabaram a favor da investigação pelo Promotor de Justiça e, realça Carnelutti que, nas décadas de quarenta e cinquenta, se posicionou diversas vezes frontalmente contrário ao fato de o *Parquet* assumir essa atividade investigatória, entendendo que ela não deveria ser realizada por uma parte do processo, e sim pela figura do juiz-instrutor. Entretanto, na década de sessenta, seu posicionamento acerca do tema mudou, de forma que, “além de passar a entender que o Ministério Público deveria ser o condutor da investigação criminal, se ocupou ele em redigir um projeto de reforma do Código de Processo Penal italiano, onde deixou ainda mais clara a sua posição” (p. 99).

Andrade (2006, p. 218) afirma ainda que, se equiparando ao princípio do juiz natural, “ou seja, se o melhor juiz para julgar o processo é aquele que presidiu a instrução, então o melhor agente ministerial para acusar o investigado será aquele que presidiu a investigação”.

⁶ Decálogo da investigação criminal pelo Ministério Público. *Dez razões para o Ministério Público desenvolver atividades de investigação*. Disponível em: <http://www.prpr.mpf.gov.br/arquivos/externas/decalogo.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2008

Por conseguinte, Moraes (2008, p. 611) conclui acerca do tema:

O que não se pode permitir é, sob falsos pretextos, o afastamento da independência funcional do Ministério Público e a diminuição de suas funções – expressas ou implícitas -, sob pena de grave perigo de retrocesso no combate ao crime organizado e na fiscalização à corrupção na administração pública, pois esse retorno à impunidade, como sempre alertado por Norberto Bobbio, gera ineficiência e o descrédito na Democracia.

O Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 13⁷, de 02 de outubro de 2006, expediu Resolução disciplinando em seus artigos a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, legitimando o *Parquet* para produzir as investigações junto à polícia judiciária, com o fim de combater a criminalidade e diminuir a impunidade no país.

O Projeto de Lei nº 4.209/01, que hoje tramita pelo Senado, visa alterar o Código de Processo Penal, no que se diz respeito à investigação criminal, da seguinte maneira, segundo o Conselho Nacional dos Membros do Ministério Público:

O PL 4.209/01, original do Poder Executivo, reduz prazos da investigação, acaba com a exclusividade da condução dos inquéritos pela Polícia Civil e transfere do juiz para o Ministério Público a função de supervisionar e controlar a investigação policial⁸.

Esse Projeto ainda está sendo debatido por comissão especial do Senado, depois passará a tramitar por ambas as Casas do Congresso e, ao final, passará ainda pelo Presidente da República para sanção ou veto, devendo ser aprovado rapidamente.

O Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Souza, durante a solenidade de abertura do ano judiciário 2009, realizada no Supremo Tribunal Federal, no dia 02 de fevereiro de 2009, em seu discurso, defendeu o poder investigatório realizado pelo Ministério Público, relatando que tem expectativas de que o Supremo Tribunal Federal decidirá em breve a questão de modo que reconheça a legitimidade de atuação do *Parquet* em atos de investigação criminal durante o inquérito policial.

4 Posição do Superior Tribunal de Justiça

Assim como a corrente doutrinária dominante, o Superior Tribunal de Justiça vem aceitando, de forma pacífica, que o Ministério Público participe da investigação

⁷ Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/legislacao/resolucoes/resolucoes-index/?searchterm=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C3%BAmero%2013>. Acesso em 27 de abril de 2009.

⁸ Disponível em: http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra_noticias.php&ID_MATERIA=2847. Acesso em 15 de fevereiro de 2009.

durante a realização do Inquérito Policial.

A Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça, aprovada em 13 de dezembro de 1999, traz em sua narração: “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”⁹.

Nesse sentido, o Ministro Gilson Dipp julgou, em 03 de abril de 2001, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 8.106 – DF,¹⁰ favorável com o poder investigatório do *Parquet* e, no mesmo espeque, o Ministro Fernando Gonçalves julgou o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 11.670 – RS¹¹, em 13 de novembro de 2001 do corrente ano e, também, o *Habeas Corpus* nº 24.493 – MG¹², julgado pelo Ministro Hamilton Carvalhido em 23 de setembro de 2003; o Ministro Félix Fischer, relator do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 15.469 – PR¹³, que foi julgado em 08 de junho de 2004, também seguiu a mesma posição.

Segundo o exposto nos julgados dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, consagram-se a eficácia e a importância do Ministério Público promovendo investigações criminais, salientando que o Superior Tribunal de Justiça tem aceitado de forma reiterada tal possibilidade.

5 Posição do Supremo Tribunal Federal

Acerca do tema em estudo, o Supremo Tribunal Federal, assim como o Superior Tribunal de Justiça, também vem aceitando que o Ministério Público tem, sim, legitimidade para realizar investigações criminais.

Para tanto, desde 1997 há julgados no STF assinalando a possibilidade da realização da investigação, como no julgamento do *Habeas Corpus* nº 75.769-MG¹⁴, de

⁹ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=135>. Acesso em 09 de fevereiro de 2009.

¹⁰ Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/REJ.cgi/IMGD?seq=220855&nreg=199800892010&dt=20010604&formato=PDF>. Acesso em 09 de fevereiro de 2009

¹¹ Disponível; em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/REJ.cgi/IMGD?seq=132582&nreg=200100940380&dt=20020204&formato=PDF>. Acesso em 09 de fevereiro de 2009

¹² Disponível; em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=936118&sReg=200201203204&sData=20031117&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em 09 de fevereiro de 2009.

¹³ Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1280954&sReg=200302268067&sData=20040802&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em 09 de fevereiro de 2009.

¹⁴ Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2075769.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2075769.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2075769.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2075769.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 09 de fevereiro de 2009;

30 de setembro de 1997, que teve como relator o Ministro Octávio Gallotti; no *Habeas Corpus* nº 77.371-SP¹⁵, cujo relator foi o Ministro Nelson Jobim, em 1º de setembro de 1998; e o *Habeas Corpus* nº 7770-SC¹⁶, julgado em 07 de dezembro de 1998 pelo relator, Ministro Néri da Silveira.

Nos últimos anos, o Supremo se posicionou favorável, por meio do Inquérito nº 1957-PR, julgado pelo Ministro Carlos Velloso, em 11 de maio de 2005 e afirma:

II. - Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado. [...] ¹⁷

Em março de 2010, a Ministra Ellen Gracie, relatora do *Habeas Corpus* nº 91661-PE, se pronunciou reconhecendo a prerrogativa de o Ministério Público promover investigações na esfera criminal, da seguinte maneira:

[...] 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas [...] ¹⁸

A última manifestação da Corte foi através do *Habeas Corpus* nº 89837-DF¹⁹, no qual o Ministro Celso de Mello, relator do referido HC, em outubro de 2009 foi categórico ao reconhecer prerrogativa de o Ministério Público promover investigações na esfera criminal.

¹⁵ Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2077371.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2077371.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2077371.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2077371.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 09 de fevereiro de 2009;

¹⁶ Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2077770.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2077770.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2077770.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2077770.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 09 de fevereiro de 2009;

¹⁷ Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Inq\\$.SCLA.%20E%201957.NUME.\)%20OU%20\(Inq.ACMS.%20ADJ2%201957.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Inq$.SCLA.%20E%201957.NUME.)%20OU%20(Inq.ACMS.%20ADJ2%201957.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 09 de fevereiro de 2009;

¹⁸ Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2091661.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2091661.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2091661.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2091661.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 27 de Abril de 2009;

¹⁹ Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA. E 89837.NUME.\) OU \(HC.ACMS. ADJ2 89837.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA. E 89837.NUME.) OU (HC.ACMS. ADJ2 89837.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 17 de junho de 2010.

[...] A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o “*dominus litis*”, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua “*opinio delicti*”, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial [...]

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, o Supremo Tribunal Federal logo deverá se posicionar sobre o assunto. Tudo indica que será favorável ao poder de investigação do Ministério Público, visto que, como foi expresso acima pelos julgados dos Tribunais Superiores, é nítido que os Ministros vão se pronunciar no sentido de que não há afronta ao Texto Constitucional diante das investigações feitas diretamente pelo *Parquet*. Isso porque há total compatibilidade com a atual CRFB/88, sendo seguro que, com o *Parquet* promovendo investigação concomitância com a polícia judiciária, o processo penal se torna mais eficiente. Tudo indica que o plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentará, ainda este ano, o julgamento deste tema, o que poderá ensejar, inclusive, a publicação de nova súmula vinculante.

Conclui-se, portanto, que, apesar de ainda não existir uma lei ou artigo específico que dê expressamente ao *Parquet* a prerrogativa de promover, concomitantemente com a polícia judiciária a investigação criminal, a corrente doutrinária majoritária e os Tribunais Superiores vêm aceitando de forma pacífica este entendimento, haja vista que as investigações feitas diretamente pelo Ministério Público não afrontam a CRFB/88 e, ao contrário, auxiliam na eficácia e celeridade da persecução penal, arma importante no combate à criminalidade e na construção de um Estado socialmente mais justo, tendo por objetivo fim um processo penal mais eficaz e maior combate à criminalidade e à corrupção!

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua investigação criminal**. Curitiba: Juruá, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional – tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo*. Revista **Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Del Rey, Belo Horizonte, vol I, p. 55-60, janeiro/junho de 2003.

GOMES, Luiz Roberto. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão Estatal no direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. Niterói: Impetus, 2006.

SIQUEIRA, Paulo Alexandre R. de. **O Poder de Investigação do Ministério Público, em face do atual entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1708>. Acesso em 05 de maio de 2008.

SOARES JÚNIOR, Jarbas. **O Poder Investigatório do Ministério Público**. Texto exclusivo.

SOUZA, Antônio Fernando. **Discurso do procurador-geral da República, Antonio Fernando Souza na sessão solene de abertura do ano judiciário de 2009, realizada em 02/02/2009**. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/pgr_abert_stf_2009.pdf. Acesso em: 11 fev 2009.



RESENHA



LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O Paraíso Destruído: a sangrenta história da conquista da América*. Porto Alegre: L&PM, 2001.

A obra de Frei Bartolomé de Las Casas retrata a colonização pelos espanhóis na América. Vindo pelo objetivo missionário, permaneceu neste continente por 42 anos, quando presenciou cenas desumanas e aversivas a todos que tomassem conhecimento. Como reação, escreveu uma carta ao seu Rei de Espanha Dom Carlos V, para que remediasse essa situação. Essa carta deu origem à obra “O Paraíso Destruído: a sangrenta história da conquista da América” e divide-se em capítulos, cada qual descrevendo as ações dos espanhóis e também dos “índios” que os recebiam.

1. A destruição das Índias Ocidentais

As Índias Ocidentais, descobertas em 1.492, de terra fértil e altamente povoada admiraram aos espanhóis. Seus habitantes eram pessoas simples, sem qualquer ambição ou malícia, humildes e pacientes, de trajes que cobriam somente o essencial. Mas os espanhóis instruíram nesse povo seus costumes católicos e logo passaram a destruí-los.

A população foi drasticamente reduzida de três milhões para cerca de duzentos habitantes, parte foi assassinada e outra levada para trabalhar na ilha Espanhola, onde já não havia nativos; diversas ilhas tornaram-se desérticas. Segundo Las Casas, há dados de que em aproximadamente quarenta anos “pela tirania e diabólicas ações dos espanhóis” (LAS CASAS, 1542. p.28), doze milhões de pessoas morreram; no entanto, ele acredita em cerca quinze milhões de nativos.

De modo geral, essas mortes deram-se sob duas maneiras: a guerra injusta e cruel (domínio) e o assassinato daqueles que se revoltavam contra o domínio. Tantas barbáries justificam-se pelo interesse dos espanhóis em enriquecer-se rapidamente pela busca do ouro: “...enfim, não foi senão sua avaréza que causou a perda desses povos, que por serem tão dóceis e tão benignos foram tão fáceis de subjugar...”. (LAS CASAS, 1542. p.29)

2. Da Ilha Espanhola e dos Reinos que havia na Ilha Espanhola

A Ilha Espanhola, assim chamada porque foi a primeira que os espanhóis descobriram, viu sua população ser violentamente assassinada. Após um capitão espanhol ter violentado a mulher do maior rei e senhor da Ilha, os índios começaram a procurar meios de expulsar os espanhóis de suas terras. Mas não tinham força e principalmente armas, enquanto os espanhóis eram dotados de cavalos e espadas.

Os espanhóis, com seus cavalos, suas espadas e lanças começaram a praticar crueldades estranhas; entravam nas vilas, burgos e aldeias,

não poupando nem as crianças e os homens velhos, nem as mulheres grávidas e parturientes e lhes abriam o ventre e as faziam em pedaços como se estivessem golpeando cordeiros fechados em seu redil. (LAS CASAS, 1542. p.31)

Batiam, espancavam, enforcavam, queimavam seus corpos lentamente e ainda vivos, mutilavam-nos. E como se não bastasse, ensinavam cães a matar índios, logo quando os vissem.

Na ilha Espanhola, havia cinco grandes reinos e algumas províncias que não reconheciam nenhum dos reis. Todos esses reinos possuíam uma rica e bela natureza, com rios, riachos, montanhas, terra fértil, minas de ouro e de cobre muito ricas, dominados por reis que eram, por sua vez, obedientes e virtuosos ao reis de Castela. Apesar disso, os espanhóis fizeram diversas atrocidades contra os índios. Estes, incapacitados de lutarem sob as mesmas condições que os espanhóis, foram pouco a pouco dizimados e, apesar de todas as atrocidades, “não cometeram os índios contra os espanhóis um só pecado mortal”, inclusive “o desejo de vingança, o ódio e a ira que podiam ter essas gentes contra inimigos tão mortais como lhes eram os espanhóis.” (LAS CASAS, 1542. p.36).

O cuidado que tomavam com os índios consistia em enviar os homens para as minas a fim de os fazer extrair o ouro, o que é um trabalho intolerável, e as mulheres metiam-nas a trabalhar nos campos, lavrando e cultivando as terras (...). A eles e a elas não lhes davam a comer senão ervas e cousas semelhantes, sem substância alguma (...); eles morriam nas minas de trabalho e de fome, e elas morriam do mesmo modo nos campos. Assim se consumiu uma parte das gentes desta ilha. (LAS CASAS, 1542. p.32)

Vale ressaltar que a Rainha Dona Isabel era contra tais guerras e quase não tomava conhecimento delas. Foi somente após a sua morte, em 1504, que as guerras tornaram-se incontroláveis e houve a perda das ilhas por despovoamento.

3. Das Ilhas de São João, Jamaica e de Cuba

Em 1509, os espanhóis invadiram as ilhas de São João (hoje, República Dominicana) e de Jamaica. Ocorreu ali o que havia acontecido nas ilhas espanholas, a população de seiscentos mil foi reduzida a cerca de cem pessoas nas duas ilhas.

Os espanhóis chegaram a Cuba em 1511. Havia, nessa ilha, um cacique procedente das ilhas Espanholas junto com alguns de seus súditos, fugindo dos espanhóis. Após capturado, foi queimado vivo. Cerca de três mil pessoas foram assassinadas, a fio de espada e sem qualquer motivo; dentre elas, homens, mulheres e crianças, todos

inofensivos. Não escaparam da morte os senhores da província de Havana, a quem Las Casas, autorizado pelo capitão, garantiu-lhes que nada lhes seria acontecido. Colhe-se o seguinte trecho: "... o capitão se apoderou deles incontinenti, rompendo a garantia que eu lhes havia dado e no dia seguinte quis queimá-los vivos..." (LAS CASAS, 1542. p.42). Frente à situação de escravidão e calamidades, alguns índios fugiram para as montanhas, sendo depois capturados, e outros, num ato de desespero, enforcaram-se.

4. Da Terra Firme

Chegando em 1514 e permanecendo até 1521-22, o Governador era o mais cruel de todas as terras, sem piedade ou prudência, "sobrepunha a todos os outros que os havia antecedido e a todos os de todas as ilhas, por mais execráveis e abomináveis que suas ações tivessem sido." (LAS CASAS, 1542. p.43). Os índios receberam ordem para aceitar a fé católica e obedecer ao Rei de Castela sob pena de terem de enfrentar uma guerra a ferro e fogo, com mortes e escravidão:

Caciques e índios desta Terra Firme do lugar tal: Nós vos fazemos saber que existe um Deus, um Papa e um Rei de Castela que é Senhor destas terras: vinde incontinenti render-lhes homenagens, etc. Porque se não o fizerdes sabeis que nós vos faremos guerra e vos mataremos e vos escravizaremos etc. (LAS CASAS, 1542. p.45)

Las Casas, afirma que, além do Capitão geral, oficiais do Rei e todos seus servidores, o bispo também participou de saques de ouro. Os espanhóis chegaram a fazer uso de torturas (como as mortes na Geena, suplício pelo fogo, em que a vítima era queimada) para obter ainda mais ouro. O autor relata um caso em que os espanhóis foram até as montanhas, onde grande número de pessoas escondia-se, e prenderam cerca de oitenta mulheres e crianças. Revoltosos, os índios armaram-se em guerra para recobrar suas mulheres e filhas; vendo a aproximação dos índios, os espanhóis mataram as oitenta mulheres com sua espada.

5. Da Província de Nicarágua e da Nova Espanha

Fértil, salubre, próspera e talvez o país mais povoado do mundo, foi aproximadamente entre 1522 a 1533 que o Governador chegou a essa província. A terra era plana e rasa, não havia montanhas para onde os índios pudessem fugir; restavam-lhes apenas suportar as perseguições e tiranias. Os índios eram utilizados para o transporte de cargas e escravidão; o Governador cedeu aos espanhóis uma licença para pedir escravos aos caciques e senhores. Os índios eram vendidos como escravos no Panamá e no Peru.

A Nova Espanha, atual México, foi invadida pelos espanhóis em 1518. Esses espanhóis perderam inteiramente o temor de Deus e do Rei e o senso da responsabilidade, pois as barbaridades, as crueldades, as matanças, as ruínas, as destruições de vilas, em tantos reinos e tão grandes, foram tais e tão horríveis, que todas as coisas que até agora se referiram não são nada comparadas com as que foram feitas e perpetradas desde o ano dezoito até 1542. Esses tiranos cruéis “São condenados não somente pela lei de Deus senão também por toda e qualquer lei humana (...)”. (LAS CASAS, 1542. p.53).

6. Da Nova Espanha em particular

Os Senhores, os padres e todos os demais recebiam com grande acolhimento e reverência aos espanhóis. Ainda assim, os espanhóis massacraram a todos a fim de implantar e estabelecer o terror pelas suas crueldades em todos os cantos dessa região. Não havia nos espanhóis nenhuma piedade ou compaixão.

Os índios vendo tão enorme e inaudita crueldade, perpetrada sem causa alguma sobre tantos inocentes, e tendo até sofrido com paciência o aprisionamento de seu Senhor Soberano, que lhes havia ordenado que não fizessem guerra aos espanhóis, levantaram em armas e, muitos deles feridos, com grande trabalho puderam escapar. Logo, porém, havendo os espanhóis se reunido, deram combate na vila e ali fizeram uma horrenda e espantosa carnificina de índios, matando uma infinidade de povo e queimando vivos grande número de grão-senhores.

O título a que entraram nesses países e começaram a destruir todos esses inocentes e pobres índios, e em virtude do qual despovoaram essa região e que deveria ter causado verdadeira alegria aos que fossem verdadeiramente cristãos, era que os índios deviam vir submeter-se ao rei da Espanha, pois, no caso contrário, os matariam e os fariam escravos: “Rendei-vos à obediência do rei estrangeiro que nunca vistes e de quem jamais ouvistes falar; caso contrário sabereis que vos faremos imediatamente em pedaços (...)”. (LAS CASAS, 1542. p.60).

7. Das demais províncias

Las Casas descreve, ainda, sobre a Província e Reino de Guatemala; da Nova Espanha, Panuco e Jalisco; do Reino de Iucatã; das Províncias de Santa Marta e de Cartagena; do Riacho Yuya-Pari; do Reino da Venezuela; das Províncias da Terra Firme até a Flórida; do Riacho de La Plata; dos Grandes Reinos do Peru; e, do Novo Reino de Granada (atual Colômbia). Em geral, o comportamento dos índios frente aos desumanos atos dos espanhóis, foi semelhante.

Esse tirano, quando movia guerra a alguma vila ou província, tinha o costume de levar consigo índios já subjugados, tantos quantos pudesse a fim de fazer guerra aos outros: e como não dava de comer a uns dez ou vinte mil homens, que levava Consigo, permitia-lhes comer os índios que tomassem: de modo que tinha comumente no campo um verdadeiro açougue de carne humana, em que, segundo a preferência, matavam-se e rostiam-se crianças; matavam-se os homens somente por causa das mãos e dos pés, que consideravam os melhores pedaços. (LAS CASAS, 1542. p.67).

A tirania que os espanhóis exerceram contra os índios Lucaios (das Ilhas Lucaias), obrigando-os a extrair e a pescar pérolas, é uma das mais cruéis que existem no mundo. Não há nesse mundo vida mais desesperada que se lhe possa comparar, embora a de tirar o ouro seja em seu gênero muito dura. Põem-nos ao mar desde a manhã até o cair do sol, onde ficam continuamente nadando sem respirar, arrancando as ostras onde se engendram as pérolas. Sobem à superfície da água com uma rede cheia de ostras para tomar fôlego; ali, há um carrasco espanhol numa pequena barca e se os infelizes ficam algum tempo a repousar, aplicam-lhes socos e arrastam-nos pelos cabelos a fim de que voltem a pescar. Muitas vezes afogam-se, pescando no mar e no trabalho de procurar pérolas e por causa dos tubarões e dos maroxos. Nesse trabalho, acabaram por consumir todos os índios Lucaios, eles eram bons nadadores.

Em 1531, um grão-tirano entrou no Peru, ia devastando povoados e vilas, matando os habitantes e causando muitos males a esse país. Logo à sua chegada, devastou várias povoações roubando-lhes grande quantidade de ouro e outras riquezas, o mesmo fez numa ilha próxima à província chamada Pugna.

Frase do Rei Atualpa, desses reinos, ao saber de sua sentença (ser enforcado e, em seguida, queimado): Por que me queimais? Que foi que vos fiz? Não me prometestes dar-me a liberdade se vos desse ouro? E não vos dei mais do que havia prometido? Pois que assim o quereis, enviai-me ao vosso rei da Espanha... dizendo ao mesmo tempo palavras confusas de abominação pela injustiça dos espanhóis: e por fim o queimaram. Segundo o Frei Marc de Nise, da Ordem de São Francisco, testemunho do que ocorrera na região, o rei Atualpa deu aos espanhóis mais de dois milhões de ouro.

Os espanhóis que estavam nas Índias possuem cães muito selvagens, instruídos e ensinados a matar e despedaçar os índios; para nutrir esses cães, os espanhóis, por toda parte aonde vão, levam consigo muitos índios acorrentados, como se fossem porcos e matam-nos para nutrir os cães, arrastando consigo um açougue de carne humana.

8. Considerações Finais

Após haver escrito o que acima se leu, Las Casas finaliza sua obra do seguinte modo:

Protesto em boa consciência perante Deus que acredito e tenho como certo que os prejuízos e suas perdas são enormes, com a destruição e arrasamento de vilas, massacres e matanças, com as crueldades horríveis e odiosas, com as violências, iniquidades e latrocínios, todas essas cousas foram cometidas entre essas gentes e nesses países e se cometem ainda todos os dias nesses lugares; declaro pois que todas as cousas que referi, tal como pude explicá-las o mais perto possível da verdade, não são nem a milésima parte do que foi feito e do que se faz ainda hoje, seja quanto à qualidade, seja quanto à quantidade. (LAS CASAS, 1542. p.121).

Encaminhada ao Rei de Espanha, este publicou certas leis e ordenações elaboradas, pelas quais foram estabelecidas certas coisas a fim de fazer cessar tantas maldades e pecados contra Deus e o próximo. Informados das leis e antes que chegassem os novos juizes que deviam executá-las, os colonizadores amotinaram-se de tal modo que, quando eles chegaram, resolveram (como homens que haviam perdido todo o amor e todo o temor de Deus) perder também toda a vergonha e a obediência que devem ao Rei; e assim tomaram o título de traidores. Essa traição ocorreu principalmente em Peru, onde, em 1542, se perpetravam atos horríveis e aterradores; e não apenas contra os índios, porque mataram quase todos, senão também contra si, por um justo julgamento de Deus que permitiu que os tiranos se tornassem carrascos uns dos outros. Estimulados pela rebelião, todas as outras partes do novo mundo rejeitaram a obediência às leis. E, onde deixam de matar a espada e de um só golpe, matam pouco a pouco por meio de servidões pessoais e trabalhos injustos e intoleráveis.

O doutor Sepúlveda, cronista do Imperador, havendo sido informado e persuadido por alguns espanhóis, daqueles que respondiam pelas destruições que foram feitas entre as gentes das Índias, escreveu em forma de diálogo um livro o qual continha duas conclusões principais: (1) As guerras que foram feitas pelos espanhóis nas Índias foram justas, quanto à sua causa e ao direito em cujo nome foram movidas, sendo que, de modo geral, essas mesmas guerras podem e devem ser feitas; (2) Os índios são obrigados a submeter-se para ser governados pelos espanhóis, como os menos sábios devem submeter-se aos mais prudentes e sábios; e que, se não querem submeter-se, os espanhóis podem mover-lhes guerra.

O referido doutor Sepúlveda deu a seu tratado a aparência de querer defender e justificar o título de direito que têm os Reis de Castela e Leon à dominação e soberania universal desse mundo das Índias, procurando cobrir com essa aparência a doutrina que

pretendeu espalhar e semear nesses reinos e nos próprios reinos das Índias. Houve grande controvérsia quanto à publicação de seu tratado e, sob ordem do Rei, o caso foi parar na Assembleia de Valladolid, onde se reuniram homens letrados, teólogos e jurisconsultos, o Conselho das Índias, o doutor Sepulveda e o Frei Bartolomé de Las Casas.

Entre os remédios que Dom Frei Bartolomé de Las Casas indicou, por ordem do Imperador, na Assembleia de Valladolid, em 1542, o oitavo remédio contém vinte razões e motivos pelos quais o autor conclui que os índios não devem ser dados aos espanhóis nem em comenda, nem em feudo, nem em vassalagem, nem de qualquer maneira. Esse remédio era o principal e o mais forte porque, sem ele, todos os outros perderiam o valor e porque todos se referem a ele. Os originais das vinte razões foram extraviados em Valladolid, Espanha. Resta hoje apenas o extrato de dez razões, alguns dos quais brevemente descritos abaixo.

Extrato da segunda razão:

Os espanhóis não procuram outra coisa senão mandar e ser adorados pelos índios como senhores; e impedem deliberadamente e abertamente que o Evangelho seja ensinado aos índios e que eles se tornem cristãos. Os espanhóis alegavam que, depois de terem sido ensinados e feitos cristãos, os índios são como que senhores e acreditam saber mais do que sabem, não sendo já possível servir-se deles como antes; além disso, os religiosos os tiram do trabalho quando os reúnem para lhes pregar e que nesse ínterim os afazeres ficam parados.

Extrato da terceira razão:

Os espanhóis têm o encargo de ensinar os índios em nossa fé católica, mas muitos deles ignoram o Credo e os Dez Mandamentos e a maioria ignora as coisas que interessam à sua salvação e não vão às Índias senão para satisfazer seu desejo e ambição, sendo todos viciados, corrompidos, desonestos e desordenados. De maneira que quem quisesse estabelecer um paralelo entre eles e os índios, chegaria à conclusão de que os índios são incomparavelmente mais virtuosos e mais santos que eles. Pois os índios, apesar de infiéis têm, entretanto, uma só mulher, não devoram os bens de ninguém, não injuriam, não atormentam, não oprimem e não matam ninguém.

Extrato da quarta razão:

Com as diversas atitudes dos espanhóis, os índios passaram a odiar o Rei de Castela e sua dominação e a amaldiçoar a Deus atribuindo-lhe todos os males que padecem, pois sob a aparência e em nome da fé lhes vêm todas essas infelicidades que têm que suportar e que lhes são dadas por homens que se dizem servidores dessa fé e

a quem, entretanto, não se castiga nem impede de proceder assim.

Choram seus deuses dia e noite, pensando que eram melhores que nosso Deus, pois que é por causa dele que suportam tantos males, enquanto que os seus lhes davam tantos bens e ninguém os atormentava como os atormentam os cristãos.

Extrato da sexta razão:

Para servir unicamente a seus interesses os espanhóis denegriram os índios e pela mais odiosa e mais malvada das infâmias quiseram colocá-los fora da espécie humana: taxaram-nos de estar todos corrompidos do pecado abominável contra a natureza. Porém, em todas as grandes ilhas Espanholas, São João, Cuba e Jamaica e em sessenta ilhas Lucaias assim como em todo o Peru e no reino de lucatã nunca se encontrou um único índio que pudesse ser incriminado nesse pecado e o mesmo se sucede geralmente em todas as Índias.

Os espanhóis deliberadamente e propositalmete impediram que a doutrina da lei de Deus e as virtudes fossem ensinadas aos índios, expulsando os religiosos das vilas e outros lugares, a fim de que não vissem nem descobrissem suas tiranias.

Extrato da sétima razão:

Os espanhóis sugam aos índios toda a substância do corpo porque não têm outra coisa em casa. Fazem-nos suar sangue: expõem-nos a todos os perigos; oprimem-nos sob o jugo de trabalhos vários e insuportáveis, torturam-nos com bastonadas, com flagelações, consumindo-os.

Extrato da décima razão:

É muito de temer que Deus desole a Espanha por causa dos grandes pecados que essa nação perpetrou nas Índias. Deus já encaminhou um castigo pois, de tantos tesouros que se trouxeram das Índias, nada ficou na Espanha; assim, se um pouco havia antes que as Índias fossem descobertas, hoje não há nada.

O Frei exerceu importante papel ao testemunhar os atos desumanos dos espanhóis ao colonizar a América e, posteriormente, descrevê-los em sua obra. Os índios que aqui estavam foram tratados de maneira nunca imaginável por qualquer ser humano, suas histórias, costumes, sentimentos e valores não foram em qualquer momento considerados. Tudo em nome do ouro e outras riquezas.

Os espanhóis tinham ciência de suas barbáries, pois a todo tempo tentaram esconder de seu Rei a verdadeira história e, quando este tomou conhecimento através da carta de Las Casas, tentaram justificar seus atos com o tratado de Sepúlveda. Apesar disso, Las Casas apresentou justificativas, demonstrando que os índios devem ter

respeitada sua dignidade humana.

Por seu caráter peculiar no que se refere à descrição da colonização espanhola na América sob um ponto de vista de um terceiro e não, necessariamente, sob a ótica do colonizador ou do colonizado, essa obra destina-se a todos aqueles interessados em compreender a história de seu país, bem como aos estudantes das diversas disciplinas do conhecimento.

ANDRÉIA COUTINHO SANTOS

Bióloga pela Universidade Estadual de Montes Claros (2001)
Acadêmica 3º período Curso de Direito, Faculdade Santo Agostinho



CAMPUS II
Av. Osmane Barbosa, 937 – JK
(38) 3690-3600 – Montes Claros - MG
CEP 39404-006

CAMPUS III
Av. Donato Quintino, 90 - Cidade Nova
(38) 3690-1012 – Montes Claros - MG
CEP 39400-546

