

REVISTA

Ministério Público de Sergipe

27

Afluente do Rio São Francisco em Sergipe
Afluente protegido pelo Projeto "MP Salvando Rios"



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

REVISTA

Ministério Público de Sergipe



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador-Geral de Justiça: José Rony Silva Almeida
Corregedor-Geral: Josenias França do Nascimento
Coordenadora-Geral: Ana Christina Souza Brandi
Ouvidora: Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça

Colégio de Procuradores

José Rony Silva Almeida – Presidente
Moacyr Soares da Mota
José Carlos de Oliveira Filho
Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça
Rodomarques Nascimento
Luiz Valter Ribeiro Rosário
Josenias França do Nascimento
Ana Christina Souza Brandi
Celso Luís Dória Leó
Maria Conceição de Figueiredo Rollemberg
Carlos Augusto Alcântara Machado
Ernesto Anízio Azevedo Melo
Jorge Murilo Seixas de Santana
Paulo Lima de Santana
Eduardo Barreto d'Ávila Fontes

Comissões Permanentes

Assuntos Institucionais

Maria Conceição de Figueiredo Rollemberg
Carlos Augusto Alcântara Machado
Jorge Murilo Seixas de Santana

Assuntos Administrativos

José Carlos de Oliveira Filho
Rodomarques Nascimento
Celso Luís Dória Leó

Secretário-Geral do MPSE: Manoel Cabral Machado Neto

Assessor-Chefe do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça: Eduardo Barreto d'Ávila Fontes

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

Diretor-Geral: Newton Silveira Dias Junior

Coordenador De Ensino: Henrique Ribeiro Cardoso

Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, nº 27
Aracaju (2015): Ministério Público do Estado de Sergipe, 1991

ISSN 1806-2598

1. Direito - Periódicos. I. Sergipe. Ministério Público.
(060.1/8)

CDU. 34 (05)

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

AV. CONSELHEIRO CARLOS ALBERTO SAMPAIO, 505 - CENTRO ADMINISTRATIVO GOV. AUGUSTO FRANCO

Bairro: CAPUCHO

ARACAJU - SERGIPE - CEP: 49081-000 - Tel:79-3209-2400

Site: www.mpse.mp.br

E-mail: ouvidoria@mpse.mp.br

Diretor do Centro de Apoio Operacional das Atividades Cíveis e Criminais

Alexandre Albagli Oliveira

Diretor do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Ordem Tributária

Henrique Ribeiro Cardoso

Diretor do Centro de Apoio Operacional dos Direitos à Educação

Alexandro Sampaio Santana

Diretor do Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos

Berenice Andrade de Melo

Diretora do Centro de Apoio Operacional dos Direitos da Infância e Adolescência

Miriam Teresa Cardoso Machado

Diretora do Centro de Apoio Operacional dos Direitos da Mulher

Gicele Mara Cavalcante D. Fontes

Diretor do Centro de Apoio Operacional dos Direitos à Saúde

Nilzir Soares Vieira Junior

Diretor do Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio Social e Cultural

Carlos Henrique Siqueira Ribeiro

Diretora do Centro de Apoio Operacional de Proteção ao Rio São Francisco e às Nascentes

Allana Rachel Monteiro B. S. Costa

Diretor do Centro de Apoio Operacional de Segurança Pública

João Rodrigues Neto

Diretora do Centro de Apoio Operacional do Terceiro Setor

Ana Paula Machado Costa Meneses

Diretor do Gabinete de Segurança Institucional – GSI

Luís Alberto Moura Araújo

Diretor do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO

Jarbas Adelino Santos Junior

CONSELHO EDITORIAL

CONSELHO EDITORIAL:

Promotor de Justiça Alexandre Albagli Oliveira
Procurador de Justiça Carlos Augusto Alcântara Machado
Promotor de Justiça Henrique Ribeiro Cardoso
Promotor de Justiça Manoel Cabral Machado Neto
Promotor de Justiça Newton Silveira Dias Junior

Suplentes:

Promotor de Justiça Rafael Schwez Kurkowski
Promotor de Justiça Alex Maia Esmeraldo de Oliveira
Promotor de Justiça Kelfren Teixeira Rodrigues de Menezes
Promotor de Justiça Carlos Henrique Siqueira Ribeiro
Promotor de Justiça Sandro Luiz da Costa

CRÉDITOS

FOTOS:

CELENE SOCORRO DE MORAES OLIVEIRA
JOÃO RICARDO ANDRADE CÔRTEZ
MIRAILTON SILVA OLIVEIRA & (FOTO DA CAPA)

MATÉRIAS:

GÉSSICA SANTOS SOUZA
HEBERT DA SILVA FERREIRA
MÔNICA BARBOSA LIMA RIBEIRO
KAMILLE PEREZ PEREIRA RAMOS (ESTAGIÁRIA)

REVISÃO:

JOÃO RICARDO ANDRADE CÔRTEZ
LUÃ SILVA SANTOS
LUCAS CAMPOS SALMERON DANTAS
NEWTON SILVEIRA DIAS JUNIOR

EQUIPE TÉCNICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

CONCEIÇÃO FONTES FELIX COSTA
ELZA CESPEDES RAMOS SIQUEIRA
JAQUELINE BAPTISTA DE ALMEIDA
JOÃO RICARDO ANDRADE CÔRTEZ
LUÃ SILVA SANTOS
LUCAS CAMPOS SALMERON DANTAS
LUIZ TADEU COSTA MAYNARD
MARIANA BATISTA COSTA ARAÚJO
MILLIANE PINHEIRO DA SILVA
OLEÂNIA MENEZES SOUZA
RENATA MOREIRA SANDES GUERRA

ESTAGIÁRIOS DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

KAMILLE PEREZ PEREIRA RAMOS
RÔMULO SUED TEIXEIRA ARAÚJO

DESIGN, DIAGRAMAÇÃO, ILUSTRAÇÃO E PRODUÇÃO GRÁFICA

VANDERLEY RODRIGUES
AILLA FREIRE DE AZEVEDO (ESTAGIÁRIA)
ANDRÉ FILIPE MOITEIRO MARINHO DE CARVALHO (ESTAGIÁRIO)



Newton Silveira Dias Junior

Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe

Caro leitor,

Vivemos tempos em que a polarização de ideias ganhou em força na sua difusão e democratização, perdeu em argumentos, e ganhou em intolerância. Preferência partidária, redução da maioria, religião, orientação sexual geram exemplos cotidianos. “A nossa capacidade de ouvir está muito baixa. Quando não quero ouvir, a solução é a guerra civil”, disse o historiador Leandro Karnal.

É com esse espírito, de respeito à diversidade de ideias, e de valorização dos argumentos, que lhes apresentamos com imensa satisfação mais uma edição da REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE, seguindo a mesma linha de inovações gráficas e metodológicas introduzidas na edição de N. 26, e acolhidas pela não menos visionária gestão do novo Procurador-Geral de Justiça, Dr. José Rony Silva Almeida.

Vimos optando por um aspecto gráfico – aqui representando a estética – leve, colorido, com imagens associadas aos artigos (e aqui o crédito vai para a equipe de Designers do nosso M.P., em especial, Vanderley Rodrigues). Em tempos em que a imagem é cada vez mais valorizada, essa estética é, aqui, utilizada como forma de capturar a atenção do leitor, tão assediado pelas imagens, estáticas e dinâmicas, das redes sociais, de conteúdo muitas vezes questionável, mas eficiente na captura da atenção. O fast-food das ideias: rápido, dá prazer, mas engorda. Nossa proposta, aqui, é utilizar o lado bom da vida. Afinal, não é necessário ser sisudo, para ser sério.

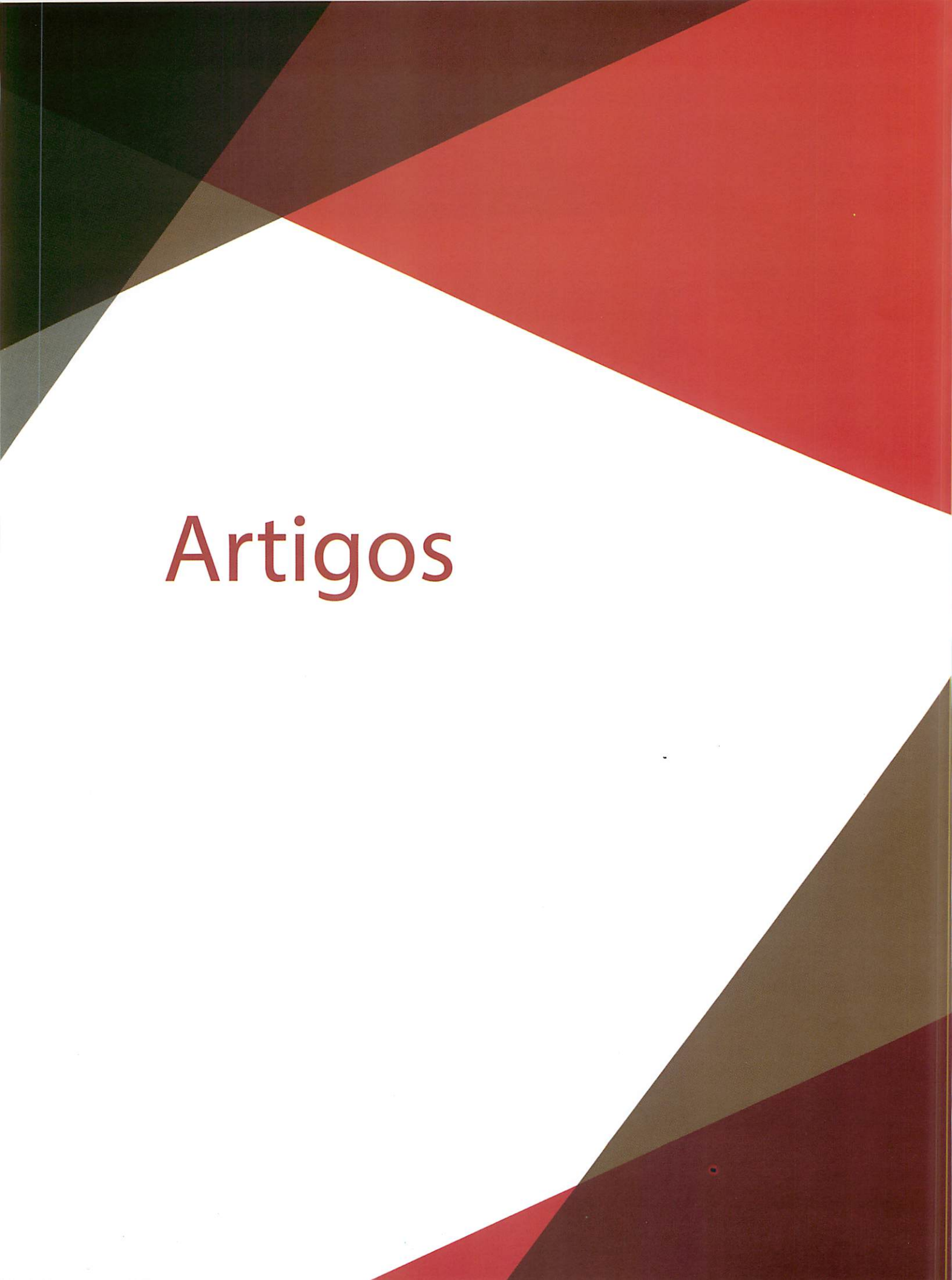
Mais uma vez foi dada ampla publicidade à época da chamada de artigos, com o propósito de acolher toda a comunidade jurídica, sem privilegiar, nem muito menos prescindir dos grandes nomes que temos nos quadros de membros e servidores do nosso Ministério Público. Para alcançar esse intento, valemo-nos do método “blind review”, comum aos periódicos que, como o nosso, pretendem garantir independência, neutralidade e qualidade nos artigos selecionados.

Livres das amarras ideológicas, e o mais próximo possível da liberdade científica, os artigos refletem a opinião dos seus autores. E quizá alguns até se distanciem (oxalá!) da zona de conforto do “entendimento majoritário”. Aqui vai mais uma exortação para a leitura do que ora lhes apresentamos. Afinal, para discordar, é preciso conhecer, também, os argumentos contrários. “Posso não concordar com uma só palavra do que dizeis, mas defenderei até a morte vosso direito de dizê-lo.” Não se sabe se o próprio Voltaire o disse, ou se foi o seu biógrafo que lhe imputou a frase, mas o que importa aqui é seu significado e alcance.

Portanto, que venham os artigos, com suas novas e velhas ideias, com as quais concordemos ou não, mas que as conheçamos e as respeitemos. Esse é o nosso lema.

Somos gratos a todos os autores pela sua generosidade na contribuição intelectual, bem como aos membros do Conselho Editorial, fiéis, não apenas aos seus próprios preceitos, com também às regras técnicas, para que nossa publicação continue perseguindo seu intento de ser um periódico de conteúdo científico, e cada vez melhor.

Entre e fique à vontade!



Artigos

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CRIME ORGANIZADO SOB O ENFOQUE DA LEI 12.850/2013.



Ana Carolina Oliveira D'Avila

Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes. Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Sergipe.

RESUMO

O estudo apresentado teve como principal motivação as recentes alterações trazidas pela Lei 12.850/13, a qual modificou significativamente o conceito de organização criminosa, bem como introduziu no ordenamento jurídico brasileiro inovações importantes que aumentarão a eficiência na repressão e combate ao crime organizado. Buscou-se ainda analisar os requisitos para a definição jurídica da organização criminosa e a tipificação do respectivo crime, assim como os institutos da colaboração premiada, ação controlada, infiltração de agentes e outros meios de obtenção da prova previstos na Lei. Por fim, percebe-se com a análise do instituto jurídico em discussão que, apesar de alguns equívocos e falhas, houve, por certo, uma inovação considerável no tratamento dispensado à persecução penal nitidamente ligada à criminalidade organizada.

Palavras-chaves: Organização Criminosa. Persecução Penal. Crime Organizado.

1. INTRODUÇÃO

É pacífico o entendimento que a globalização trouxe consigo o avanço tecnológico, e, conseqüentemente, o aumento da criminalidade ao facilitar as infiltrações de grupos cada vez mais organizados nas esferas estatais, trazendo à baila a necessidade de um tratamento penal diferenciado, ante o alto grau de ofensividade à paz pública.

Nos tempos atuais, certamente o maior exemplo dessa evolução da criminalidade organizada encontra-se associada aos meios informáticos e à internet, os quais demandam equipamentos e técnicas cada vez mais específicos para o seu controle e combate.

Dentro deste contexto, percebe-se evidentemente, que tal fenômeno se apresenta como uma questão de segurança pública de ordem internacional constituindo uma potencial ameaça contra a estabilidade das sociedades democráticas.

Neste sentido, o mestre Alberto Silva Franco identifica com propriedade o crime organizado:

“O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentiais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inercial ou fragilizar os poderes do próprio Estado”¹

No Brasil, especificamente, no âmbito da política criminal, observou-se uma lenta e gradual evolução no sistema legislativo no que se refere às

¹ FRANCO, Alberto Silva. Crime Organizado e a Legislação Brasileira. São Paulo: RT, 1995.p.75.



organizações criminosas. Assim, temos como marco inicial a Lei 9.304/1995, que tratou da utilização dos meios operacionais para prevenção e repressão das ações praticadas por organizações criminosas, sem, contudo, conceituar legalmente o instituto jurídico.

Durante a vigência da mencionada Lei, houve a edição do Decreto nº 5.015 de 2004, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, surgindo assim um conceito internacional de grupo criminoso organizado.

No entanto, ao contrário do que se chegou a cogitar sobre uma possível adoção do conceito ao ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, enfrentando a questão através do HC nº 96.007/SP ², impetrado por membros da Igreja Renascer em Cristo, acusados pela prática do delito tipificado no art. 1º, inciso VII, da lei 9.613/98 (lavagem

de dinheiro), entendeu que a definição trazida pela Convenção não deveria ser tomada como parâmetro para regular os procedimentos dispostos na Lei 9.034/95, uma vez que havia elementos inexistentes à norma.

No ano de 2012, o imbróglio jurídico acerca do conceito legal do instituto foi amenizado com a edição da Lei 12.694/12, que trata, especificamente, sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Embora essencialmente processual, a Lei definiu de forma concisa o conceito de organização criminosa.

Por fim, com advento da Lei 12.850/2013, surge não somente um conceito reformulado acerca do instituto como também acrescenta elementos estruturais tipológicos a exemplo da definição do número mínimo de integrantes, a maior abrangência das ações ilícitas, a forma de investigação e de obtenção de prova, a delação premiada, a infiltração de agentes, bem como o acesso aos dados cadastrais pelo Ministério Público e Delegados de Polícia.

2 TIPO PENAL. NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO LEI Nº 9.613/98. CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. (STF - HC: 96007 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/06/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013).

2. DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS PARA OBTENÇÃO DA PROVA

O Capítulo II, art. 3º da Lei 12.850/13, trata da investigação e dos meios de obtenção da prova durante toda a fase da persecução penal, ou seja, na investigação preliminar e em Juízo.

Neste contexto, dá-se o nome de técnicas especiais de investigação (TEI), aos meios de prova ou de obtenção de elementos de prova utilizados quando da inviabilidade de obtê-los por intermédio dos instrumentos investigativos convencionais, insuficientes para dar corpo ao dever de proteção e direito à segurança, principalmente em face das características estruturais do crime organizado e da complexidade dos delitos econômicos e transnacionais cometidos por grupos dessa espécie.³

Em seguida, tratar-se-á de forma detalhada dos meios para obtenção das provas.

2.1. DA COLABORAÇÃO PREMIADA

O instituto da delação premiada foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1990, quando da edição da Lei Federal nº 8.072/90. Trata-se de instrumento de política criminal importado do Direito Italiano, e que pode ser definido como um “benefício concedido ao acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime” (HC 174.286-DF. Informativo do STJ 495)⁴.

3 ANDREATO, Danilo. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1450461&tit=Cri-me-Organizado-e-Tecnicas-Especiais-de-Investigacao>>. Acesso em 15 de outubro de 2014.

4 HABEAS CORPUS Nº 174.286 - DF (2010/0096647-1) RELATOR: MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) IMPETRANTE: DJALMA FERREIRA FILHO IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS PACIENTE: GUILHERME DOS SANTOS PEREIRA DECISÃO Trata-se de habeas corpus impetrado em benefício de GUILHERME DOS SANTOS PEREIRA - condenado como incurso nos arts. 157, § 2º, II, do Código Penal; art. 244-B, caput, da Lei nº 8.069/90, às penas de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e multa, - pelo qual se alega constrangimento ilegal por parte do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, o qual negou provimento à apelação ali interposta, mantendo a condenação imposta ao paciente. Diante disso, o impetrante postula o deferimento de

Vale ressaltar que o instituto também está previsto em outros diplomas legais como na Lei 9.269/96, Lei 7.492/86, Lei 8.137/90, Lei 9.613/98, Lei 11.343/06, Lei 9807/99. Nesta senda, temos que com a edição da Lei 12.850/13, os dispositivos anteriores não foram revogados, contudo, poderão servir de complemento em suas respectivas áreas de atuação, uma vez que o atual diploma legal normatiza de maneira mais complexa os procedimentos para a colaboração.

Nos termos da Lei 12.850/2013, a colaboração premiada possibilita ao autor do delito, dentre outras finalidades, obter o perdão judicial (extinção da punibilidade), a redução da pena em até dois terços, ou ainda a substituição por outra pena restritiva de direitos, desde que, de forma eficiente e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei.

Neste diapasão, a partir da homologação do acordo pelo Juiz é que o colaborador/investigado efetivamente começará a contribuir para a concretização dos resultados previstos no caput do artigo 4º, sendo que, somente ao final do processo, após a análise da eficácia da colaboração prestada, o Juiz decidirá quanto ao benefício. Ressalte-se ainda que as partes poderão se retratar do acordo firmado, hipótese em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador/investigado não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, nos termos do § 10.

Destaque-se ainda, em respeito aos princípios à ampla defesa e contraditório, todos os atos relativos à colaboração premiada deverão ser assistidos por um defensor, sendo que, nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará ao seu direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, podendo incorrer no crime de falso testemunho.

medida liminar, para que sejam suspensos os efeitos da condenação, até o julgamento do mérito do presente writ, em face da não concessão do benefício da delação premiada, previsto no art. 14 da Lei nº 9.807/99. É o breve relatório. Não estão presentes os pressupostos da medida urgente requerida, porquanto o pedido deduzido demanda a análise do próprio mérito da impetração, inviável em juízo de cognição perfunctória e prelibatória, reservando-se ao Colegiado, em momento oportuno, o pronunciamento definitivo acerca do mérito. Posto isso, indefiro a liminar. Ao Ministério Público Federal para parecer. Publique-se e intimem-se. Brasília, 24 de junho de 2010. MINISTRO CELSO LIMONGI Relator (STJ - HC: 174286, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Publicação: DJe 04/08/2010).

Consigne-se ainda que a colaboração poderá ocorrer após o proferimento da sentença penal condenatória, hipótese em que poderá ser concedida ao colaborador a redução da pena até a sua metade e ainda a progressão de regime de cumprimento de pena, ainda que não tenha o condenado preenchido os requisitos objetivos para o benefício.

No caso do perdão judicial, instituto pelo qual o Juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias⁵, vê-se que tanto o Delegado de Polícia quanto o Ministério Público poderão representar pela sua concessão. Na primeira hipótese, o Ministério Público atuará no controle externo da atividade policial, enquanto que na segunda, por ocasião da sentença penal, não reconhecendo o Juiz a aplicabilidade da causa extintiva da punibilidade, aplicará o quanto disposto no art. 28 do Código de Processo Penal.

In casu, percebe-se que as circunstâncias para a não aplicação da pena, em que pese o reconhecimento da prática delitiva, decorrem dos benefícios reais gerados pela colaboração, bem como da sua relevância para a desarticulação da organização criminosa.

Por fim, merecendo o último registro, deve se atentar que muito embora a colaboração premiada constitua uma importante fonte probatória, nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. Como se pode observar, a norma delimita de certa forma o valor processual da colaboração premiada, sendo necessário que ela esteja atrelada aos demais aparatos probatórios para fins de ulterior condenação.

2.2. DA AÇÃO CONTROLADA

No tocante à ação controlada temos o que a doutrina denomina de flagrante postergado ou diferido, na qual a intervenção policial, no decorrer da investigação das atividades das organizações criminosas, permanecem suspensas, ainda que diante

da hipótese de situação flagrancial, mantendo as atividades do grupo criminoso sob observação e acompanhamento, tendo por finalidade aguardar o momento mais oportuno para atuação, bem como para a produção de provas e coleta de informações.

Com efeito, no caso da ação controlada, deverão ser adotadas todas as medidas cabíveis de modo a garantir o monitoramento das atividades criminosas, as quais deverão ser mantidas sob observação sendo que até o término das diligências, tudo deverá ser realizado sob sigilo, como forma de garantir o êxito das atividades investigativas.

Durante o desenvolvimento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao Juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia, sendo que, ao final, será elaborado um auto circunstanciado indicando as atividades desenvolvidas durante a ação controlada.

Por fim, no caso das atividades criminosas incluírem transposição de fronteiras de Estados ou mesmo fronteira nacional, a ação controlada para se realizar dependerá da cooperação autorizada pelas autoridades dos Estados ou países incluídos nas possíveis rotas investigadas de modo a reduzir os riscos de fuga, extravio de produtos, ou objetos e instrumento utilizados em proveito do crime, bem como para se evitar conflitos diplomáticos.

2.3. DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES DE POLÍCIA

A raiz histórica da infiltração dos Agentes de Polícia está intrinsecamente ligada à figura do Rei Luís XIV, o qual se utilizava de tal artifício para fortalecer o regime que vigorava na França, conhecido pelo Absolutismo Francês.⁶

Os agentes infiltrados, os quais ficaram conhecidos mundialmente como Undercover Operations, eram contratados pela polícia parisiense e exerciam a função precípua de descobrir a identificação dos inimigos políticos do Rei, os quais se

⁵ JESUS, Damásio de. Código de Processo Penal Anotado. 18. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 287.

⁶ SILVA, Eduardo Araújo. Crime Organizado- procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p.87.



encontravam inseridos no seio da sociedade francesa, em troca dos mais diversos favores.⁷

No Brasil, a primeira aparição do instituto surge a partir da edição da Lei 10.217/01, que alterou a revogada Lei 9.034/95. Entretanto, uma das falhas da citada Lei foi a ausência de regulamentação do processo de infiltração de agentes, o que consequentemente, tornou inexecutível a aplicação do instituto à época. Contudo, a partir da edição da lei 12.850/13, houve uma reformulação do instituto tornando possível sua eficácia.

Assim, temos que a infiltração de agentes consiste em um método de investigação em que o membro da Polícia Judiciária se infiltra na organização criminosa participando da trama organizativa, devendo ser previamente autorizado pelo Juiz, a partir da representação pelo Delegado de Polícia, a qual deverá constar indícios da infração penal ocorrente, a necessidade da medida, o alcance das tarefas do agente, a identificação das pessoas investigadas quando for possível, bem como o local da infração e a impossibilidade da prova ser produzida por outros meios de investigação.

Como se percebe, a infiltração só será admitida se houver indícios de infração penal praticada por

organização criminosa e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis, constituindo medida de ultima ratio diante do risco elevado que a medida se propõe.

O prazo estabelecido para permanência do agente infiltrado será de até 06 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade, conforme dispõe o §3º do citado artigo.

Assevera-se, contudo, não obstante haja permissivo legal à atuação do agente infiltrado, que esta deve ser pautada na proporcionalidade em relação à finalidade da investigação, não sendo afastada sua responsabilidade diante de excessos praticados, sendo somente excluída a culpabilidade nos casos de inexigibilidade de conduta diversa.

Ainda de acordo com o texto legal, com o intuito de preservar a integridade física do Agente Infiltrado, a participação no procedimento é voluntária e também pode ser interrompida a critério do Agente.

Por fim, havendo indícios seguros de risco iminente ao Agente Infiltrado, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia, sendo que na segunda hipótese se dará imediata ciência ao Ministério Público e à Autoridade Judicial.

⁷ SILVA, Eduardo Araújo. Crime Organizado- procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p.87.

2.4. DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL DE SINAIS ELETROMAGNÉTICOS, ÓPTICOS OU ACÚSTICOS

A interceptação ambiental consiste na captação de imagens e sons realizada por terceiros, sem que os interlocutores saibam que estão sendo monitorados ou vigiados.

Esse método investigatório consiste em um eficaz instrumento utilizado por autoridades de inúmeros países para o combate das organizações criminosas. Segundo expõe o professor Luiz Flávio Gomes há uma tênue diferença entre a interceptação ambiental e a escuta ambiental. Vejamos:

“entende-se por interceptação ambiental a captação de uma conversa alheia (não telefônica), feita por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação. Não se trata, como se percebe, de uma conversa telefônica. Não é o caso. É uma conversa não telefônica, ocorrida num gabinete, numa reunião, numa residência etc. Se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em interceptação ambiental em sentido estrito; se um deles tem conhecimento, fala-se em escuta ambiental.”⁸

Assim como na interceptação telefônica a captação ambiental encontra respaldo na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XII:

“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Conforme dispõe o art. 3º, inciso IV, o Delegado de Polícia e o Ministério Público terão acesso aos registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais.

Por sua vez, as empresas de transporte serão obrigadas a manter, pelo prazo de 05 (cinco) anos, em registro, os dados sobre reservas e registros de viagens.

Ademais, as concessionárias de telefonia

fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 05 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

Neste sentido, como pode se observar, a Autoridade Policial Judiciária não precisará mais representar ao Poder Judiciário para ter acesso a estas informações, sendo que a recusa ao fornecimento desses dados pode caracterizar o crime previsto no artigo 21 da citada Lei, punido com pena de até dois anos de reclusão.

Entrementes, é importante salientar que o poder requisitório do Delegado de Polícia se restringe aos dados cadastrais do investigado, os quais estão relacionados estritamente à sua qualificação e endereços, sendo motivada apenas para garantir maior agilidade à persecução penal. Nesse sentido, informações referentes ao sigilo bancário ou telefônico do investigado ainda continuam sujeitas à cláusula da reserva de jurisdição.

3. DAS RECENTES ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Além de criar alguns tipos penais, a Lei 12.850/2013 também provocou algumas alterações no Código Penal.

Neste sentido, a alteração mais importante envolve o artigo 288, que antes tratava do crime de quadrilha ou bando. Assim, de acordo com o novel, este crime passa a adotar o nomen iuris de “associação criminosa”. Ademais, o novo tipo penal pune a conduta daqueles que se associarem em três ou mais pessoas com o fim específico de cometer crimes.

Neste toar, para que se caracterize o delito em questão, não é mais necessária a reunião de pelo menos quatro pessoas, mas sim a partir de três.

Com a modificação trazida pela nova Lei, o campo que separa o crime de associação criminosa do de organização criminosa ficou mais nítido,

⁸ GOMES, Luiz Flávio. Interceptação Telefônica, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 95.

na medida em que somente se poderá cogitar a ocorrência deste delito se comprovada a existência de estruturação ordenada, com divisão interna de tarefas entre os participantes e objetivo de obtenção de vantagem diversa da inerente ao próprio delito meio, ou seja, deve se comprovar que a existência do grupo criminoso se faz em razão da obtenção de vantagens próprias.

Ressalte-se ainda que a Lei nº 12.850/2013, outorga seus meios investigativos somente para o crime de organização criminosa, expressamente revogando a Lei nº 9.034/1995, em que alguns dispositivos admitiam aplicação análoga para o antigo crime de formação de quadrilha ou bando.

Por fim, alterou-se o art. 342 (falso testemunho ou perícia), que agora será punida mais severamente com reclusão de dois a quatro anos e multa.

4. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

O Ministério Público é um órgão de Estado que atua na defesa da ordem jurídica e fiscaliza o cumprimento da lei no Brasil. Na Constituição de 1988, o MP está incluído nas funções essenciais à justiça e não possui vinculação funcional a qualquer dos poderes do Estado.⁹

O Parquet atua também na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis e no controle externo da atividade policial. Desta forma, o Órgão Ministerial trata da investigação de crimes, da requisição de instauração de inquéritos policiais, da promoção pela responsabilização dos culpados, do combate à tortura e aos meios ilícitos de provas, entre outras possibilidades de atuação.¹⁰

No tocante ao crime organizado, os Ministérios

9 Conselho Nacional do Ministério Público. Funções do Ministério Público. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/component/content/article/94-institucional/ministerio-publico/130-funcoes-do-mp>. Acesso em 15 de outubro de 2014.

10 Conselho Nacional do Ministério Público. Funções do Ministério Público. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/component/content/article/94-institucional/ministerio-publico/130-funcoes-do-mp>. Acesso em 15 de outubro de 2014.

Públicos Estaduais atuam através dos GAECO's (Grupo de Atuação Especial no Combate ao Crime Organizado), que tem como função básica o combate às organizações criminosas e se caracteriza pela atuação direta dos Promotores na prática de atos de investigação, ou em conjunto com organismos policiais dentre outros órgãos.

No Ministério Público de Sergipe, o GAECO foi instituído através da Portaria nº 635/2011, de 03/10/2011, tendo sua atuação voltada para obtenção de suporte probatório necessário aos procedimentos, medidas e ações judiciais ou extrajudiciais, através do intercâmbio de informações técnico-jurídicas com órgãos policiais civis, federais ou militares, cujo acervo será remetido aos órgãos de execução.

O Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas – GAECO, poderá propor, em conjunto com órgãos locais de execução, as medidas administrativas e judiciais pertinentes, podendo, para tanto, requisitar inquéritos, laudos, certidões, informações, exames e quaisquer documentos dos órgãos públicos ou privados, expedir notificações, e estabelecer intercâmbio permanente com entidades públicas ou privadas que se dediquem ao estudo, prevenção e repressão às atividades de organizações criminosas.

Por fim, é imprescindível ressaltar que o poder de investigação direta pelo Ministério Público é tido como de extrema importância para o êxito das Ações Penais Públicas, considerando a complexa articulação de poderes e tarefas inseridos nas organizações criminosas, sendo portanto, considerada uma das mais relevantes atribuições da Instituição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas breves considerações, evidentemente, não esgotam as questões que podem ser suscitadas diante da Lei 12.850/13, nem mesmo objetiva o aprofundamento da discussão dos temas abordados, sendo apenas uma análise superficial da Lei feita a partir de um primeiro contato.

Não obstante, pode-se afirmar que se a lei traz diversos pontos positivos principalmente no que diz respeito ao conceito de organização criminosa, por outro lado traz disposições passíveis de críticas, especificamente quanto à omissão de autorização judicial para obtenção dos meios de prova, demandando uma cuidadosa interpretação por parte dos Operadores do Direito, já que, em um Estado Democrático de Direito embora deva prevalecer a Supremacia do Interesse Público, este não deve se sobrepor de forma absoluta aos direitos e garantias fundamentais.

Por fim, é notório que de uma maneira geral a Lei 12.850/2013 traz inovações extremamente positivas, que, sem sombra de dúvida, apresentarão resultados significativos no combate à criminalidade organizada.

6. BIBLIOGRAFIA

ANDREATO, Danilo. **Crime Organizado e Técnicas Especiais de Investigação**. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1450461&tit=Crime-Organizado-e-Tecnicas-Especiais-de-Investigacao>>. Acesso em 15 de outubro de 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Primeiras Reflexões sobre Organização Criminosa – Anotações à Lei 12.850/2013**. Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao>>. Acesso em 08 de novembro de 2013.

BRASIL. **LEI 12.850/13, de 02 de agosto 2013**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em 06 de novembro de 2013.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: Comentários à nova

lei sobre crime organizado (Lei n. 12.850/13). 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

FRANCO, Alberto Silva. **Crime Organizado e a Legislação Brasileira**. São Paulo: RT, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 06 de novembro de 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação Telefônica**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MOREIRA, Rômulo Andrade. **A nova lei de organizações criminosas**: Lei 12.850/2013. Disponível em <http://atualidadesdireito.com.br/romulopereira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-n-12-8502013/>>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

PEREIRA, FILIPE MARTINS ALVES. **Análise Jurídica da Nova Lei de Organizações Criminosas**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada>>. Acesso em 08 de novembro de 2013.

TASSE, Adel El. **Nova Lei do Crime Organizado**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/adeleltasse/2013/08/22/nova-lei-de-crime-organizado/>. Acesso em 09 de novembro de 2013.

SILVA, Eduardo Araujo. **Crime Organizado**: Procedimento Probatório. São Paulo: Atlas, 2003.



Denise Coelho De Almeida

Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes - SE (2005).
Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Cândido
Mendes - RJ (2006). Pós-graduada em Docência para o Ensino
Superior pela Universidade Federal de Sergipe (2007).

1. INTRODUÇÃO

O termo “síndrome da alienação parental”, também conhecido pela sigla SAP, foi proposto pelo psicólogo americano Richard A. Gardner em 1985 para tratar, basicamente, do distúrbio advindo da situação em que o genitor¹ ou qualquer pessoa, detentora da guarda da criança, atua no sentido de impedir, interferir ou denegrir a relação desta com o outro genitor.

Definição da Síndrome da Alienação parental apresentada por Gardner:

Um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.²

Muito embora esse termo tenha alcançado registro em 1985, a alienação parental sempre existiu. Aliás, não se trata de um fenômeno jurídico e sim sociológico, que alcançou maiores proporções com a possibilidade de ruptura da relação conjugal e a

entrega da guarda do menor a um dos genitores ou a outrem.

No Brasil, a alienação parental tomou grande repercussão com a promulgação da Lei 12.318 em 26 de agosto de 2010, trançando seu conceito, expondo um rol exemplificativo de situações ensejadoras desta e determinando o procedimento a ser adotado na sua ocorrência.

Ao analisar o panorama em que a lei foi editada, Yves Zamataro aduziu o seguinte:

Essa lei surgiu da necessidade, urgente, de se conferir maiores poderes, aos juízes, a fim de se preservar direitos fundamentais da criança e do adolescente, vítimas de abusos causados por seus responsáveis, punindo ou inibindo eventuais descumprimentos dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes da tutela ou da guarda do menor.³

Cabe expor que, não obstante ter alcançado a regulamentação em 2010, a alienação parental já era objeto de estudo e já vinha sendo alvo de enfrentamento nos tribunais do país.

Preliminarmente, observa-se que a conduta praticada pelo alienador é totalmente defesa a ordem jurídica vigente e a moral atualmente aceita. A influência negativa em indivíduo em plena formação psicológica constitui uma atrocidade, sendo ainda mais grave quando perpetrada por seu guardião, sejam os genitores ou quem quer que seja.

¹ Leia-se genitor ou genitora (termo utilizado em sentido amplo abarcando os genitores).

² GARDNER, Richard Allan. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)? Disponível em: <<http://www.mediacaoparental.org>> Acesso em 31/07/2014.

³ ZAMATARO, Yves A. R. A alienação parental no Direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI178383,21048-A+alienacao+parental+no+Direito+brasileiro>> Acesso em 31/07/2014.

2. CONCEITUAÇÃO

Maria Berenice Dias, ao tratar sobre o tema, define de forma simples como ocorre a alienação parental:

Nada mais é do que uma lavagem cerebral feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador. Assim, o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato ocorreram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo o que lhe é informado.⁴

Ao visar coibir de forma efetiva tal conduta, o legislador buscou traz o conceito legal de Alienação parental. Assim, trouxe-o no bojo do Artigo 2º da Lei 12.318/2010:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ou estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este⁵.

Giselda Hironaka e Gustavo Mônaco, com enfoque na consequência do ato de alienação, definem como sendo “uma situação patológica no ambiente familiar em que estivesse inserida a criança, normalmente em decorrência de seu desfazimento e da má resolução de sentimentos de índoles diversas”⁶

2. PRINCIPIOLOGIA

Princípio mor, valor fundamental do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana tem suma importância na discussão acerca do temário. Com a valorização deste princípio, houve uma releitura

do Direito como um todo, passando a evidenciar o sujeito.

A Ordem constitucional, baseada na dignidade da pessoa humana, eleva o sujeito ao centro de proteção do Direito com a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos. Não se restringe a atuação do Estado, muito pelo contrário, passa exigir sua atuação positiva em prol da efetivação daquele, garantindo o mínimo existencial, protegendo os direitos da personalidade acima de qualquer outro.⁷

A dignidade da pessoa humana é reconhecida como um macroprincípio do qual se extrai inúmeros outros, dentre os quais há de se pontuar a proteção integral a criança e adolescente e a afetividade nas relações, princípios estes fundamentais ao estudo da Alienação Parental.

Paulo Luiz Netto Lôbo bem expõe o princípio da dignidade da pessoa humana ao tecer comentários sobre o artigo 227, “caput”, CF/88:

No que respeita a dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico bill of rights, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.⁸

A Constituição Federal, em seu artigo 227, “caput”, prevê a proteção integral a criança e adolescente, constituindo uma diretriz nas relações familiares. Essa proteção surge exatamente do panorama de hipossuficiência em que o menor se encontra e visa assegurar seu desenvolvimento num ambiente equilibrado, saudável, livre de quaisquer abusos e pressões psíquicas.

Tânia da Silva Pereira, em análise do princípio do melhor interesse da criança no âmbito familiar, demonstra inequivocamente a necessidade da

4 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pag. 455.

5 BRASIL, Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.

6 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Síndrome de alienação parental. Disponível em: < www. ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>. Acesso em 31/07/2014.

7 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Famílias. 6ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pag. 62/63.

8 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/527>. Acesso em: 27 jul. 2014.



proteção para garantir seu crescimento salutar e seu desenvolvimento para uma vida adulta digna:

A identidade pessoal da criança e do adolescente tem vínculo direto com sua identidade no grupo familiar e social. Seu nome e seus apelidos o localizam em seu mundo. Sua expressão externa é a sua imagem, que irá compor a sua individualização como pessoa, fator primordial em seu desenvolvimento.

Ser "sujeito de direitos" para a população infanto-juvenil significa deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, semelhante aos adultos, sendo titular de direitos juridicamente protegidos.⁹

Do Estatuto da Criança e Adolescente, também, pode-se extrair a proteção integral a criança e adolescente. Vide os termos do artigo 5º e 6º:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei

9 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do "melhor interesse da criança" no âmbito das relações familiares. Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia. Coordenadores: Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago. Pag. 210

qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.¹⁰

O Código Civil Brasileiro também faz menção ao princípio do melhor interesse da criança ao tratar da proteção da pessoa do filho. Vejamos as disposições concernentes:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

10 BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.



I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
II - saúde e segurança;
III - educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.¹¹

Além da proteção integral a criança e ao adolescente, há de se falar no princípio da afetividade

¹¹ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

nas relações. Este, muito além de um valor jurídico, extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, deriva da essência do ser humano, independentemente de imposição legal ou mesmo de imposição da natureza. Trata-se uma construção a partir da convivência, derivando de fatores biofísicos e psicológicos, cuja proteção encontra respaldo legal, tendo sido elevada a princípio jurídico.

Giselle Câmara Groeninga expõe com brilhantismo considerações acerca do princípio da afetividade:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.¹²

No artigo 1.584 do Código Civil brasileiro, acima transcrito, já se observa a codificação desse princípio. Constitui um marco da quebra da postura meramente patrimonialista do direito, abrindo espaço para a tutela das relações afetivas.

A boa doutrina revela a necessidade do equilíbrio entre o espaço público e privado nas relações familiares com vistas a efetivação da dignidade da pessoa humana dentro do seio familiar. Desta forma,

¹² GROENINGA, Giselle Câmara. Direito de Família. Volume 7. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008. p. 28.

não se trata de um direito oponível apenas ao Estado, é uma norma geral, destinada não só aos membros da família, mas a sociedade como um todo, é uma responsabilidade de todos.¹³

4. ASPECTOS LEGAIS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Legalmente regulada com o advento da Lei nº 12.318 de 6 de agosto de 2010, facilitou aos operadores do direito postularem seu combate e asseverarem os direitos da criança e do adolescente.

Para a caracterização da alienação parental, há de se verificar alguns fatores:

- a) Interferência na formação psíquica da criança (menor de até 12 anos de idade) ou do adolescente (menor de 12 até 18 anos de idade);
- b) Consiste em ato direto ou indução do alienado;
- c) O alienador não precisa necessariamente ser um dos genitores ou ter a guarda, podendo ser enquadrado na situação qualquer um que detenha autoridade ou vigilância sobre o menor;
- d) Faz-se necessário um “dolo específico”¹⁴ de fazer com que o menor repudie o genitor ou prejudicar a manutenção do vínculo com este.

Descabe a este estudo analisar os motivos ensejadores da alienação parental por se tratar de elementos de natureza exclusivamente subjetiva, com decepção amorosa, vingança pessoal, ou mesmo puro egoísmo. Na verdade, não há nada que justifique tamanha crueldade em se utilizar uma criança ou um adolescente como objeto para atingir outrem.

Ao retomar o estudo da lei, observa-se que esta prevê um rol exemplificativo de situações de alienação parental, melhor explicando, pode haver outros fatos não relacionados nesta lei que também possam ser enquadrados como tal. Vale ainda salientar que estas ações podem ser praticadas diretamente pelo alienador ou com auxílio de terceiros. Vide disposição do artigo para melhor compreensão:

13 LÓBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 1999. Direito de Família: A família na Travessia do Milênio. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG: Del Rey, 2000. pags. 245/253.

14 Neologismo aplicado uma vez que a expressão “dolo específico” é utilizada no ramo do direito penal para constituir o elemento do tipo penal. Neste caso, há de se formar o tipo civil do alienador.

Art. 2º. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.¹⁵

Euclides de Oliveira, ao falar sobre alienação parental, descreve uma série de práticas que podem ser caracterizadas como tal:

Os diferentes nomes que podem ser ajuntados bem demonstram como se pratica a alienação parental: “lavagem cerebral” (influência nefasta na mente do filho), “implantação de falsas memórias” (pela introdução de elementos fantasiosos e prejudiciais ao outro cônjuge, fazendo o filho acreditar que sejam fatos verdadeiros, por isso motivadores de seu afastamento), “pressão psicológica” (chegando às raízes da coação moral, impingir ao filho conduta danosa ao outro genitor), “relação de influência” (que é pouco, diante da carga de força negativa empregada contra a mente do filho em formação), “fazer a cabeça da criança” (no sentido comum de desviar a liberdade de expressão e direcionar a conduta pessoal de outrem), etc. (...)

Tais elementos comportamentais podem surgir isoladamente, em casos menos severos, ou vir à tona de modo conjunto, acrescidos de outras ações mais graves, em situação de maior gravidade. Assim, comuns se mostram imputações de falhas de conduta do outro genitor, por descuidos nos cuidados ao filho, desleixo, agressões, violências, abuso sexual, práticas de ato ilícitos, relações com pessoas de baixa reputação, abandono do filho e outras tantas mazelas de caráter e de procedimento.¹⁶

Trata-se de uma situação deveras complicada, uma vez que na situação estão envolvidas pessoas que, hipoteticamente, deveriam zelar pela segurança da criança ou do adolescente e, por um desequilíbrio emocional ou por qualquer outro fator e até mesmo

15 BRASIL, Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.

16 OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental. Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2009. Família e Responsabilidade: Teoria e Pática do Direito de família. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. pg. 238/239.

inconscientemente, praticam atos de alienação, prejudicando o desenvolvimento deste.

A prova, nesta situação, é bastante delicada. Deve-se ter cautela ao analisar as circunstâncias, afinal de contas, muito embora as partes possuam interesses diversos na demanda, são pessoas ligadas ao menor, normalmente, as figuras dos genitores e parentes.

Por isso, o reconhecimento da alienação parental deve ser feito necessariamente em juízo, em ação autônoma ou de forma incidental, podendo ainda fazê-lo de ofício. É possível, além disso, determinar a realização de perícia profissional ou equipe multidisciplinar habilitados para uma avaliação mais apurada da situação.

A avaliação acurada da situação é importante para adequação da medida a ser tomada. A legislação prevê um rol de medidas a serem adotadas em caracterizada a alienação. Neste aspecto, cabe pontuar que não há previsão da perda do poder familiar em razão desta. Artigo 6º da lei 10.318/2010 in verbis:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.¹⁷

A aplicação das medidas enumeradas irá pender da situação e da análise do julgador, pois só o caso concreto pode definir a melhor adequação.

A despeito da Lei 12.318/10 não ter previsto a perda do poder familiar, a jurisprudência já discute essa possibilidade, analisadas as peculiaridades de cada caso proposto. Vejamos julgado neste sentido:

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda a destituição do poder familiar. A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora, não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental. Negado provimento.¹⁸

A Legislação foi silente a respeito da responsabilização civil e criminal pelos danos causados pelo alienante. Em relação a esfera cível, nada impede a parte de comprovar os danos e buscar o ressarcimento com base na teoria dos atos ilícitos. No tocante a criminalização, é mais complicado, vez que o Direito Penal é regido pelo princípio da reserva legal, inadmitindo punição por ato não tipificado como crime.

A alienação parental não constitui crime, esta hipótese foi vetada pelo Presidente da República. A inclusão do tipo penal no bojo do ECA, sanção de natureza penal para este ato, foi entendida como desnecessária, pois os efeitos dessa criminalização da conduta poderia ser prejudicial a criança ou ao adolescente. Isso não quer dizer que a prática do ato não possa ensejar outros crimes previsto no Código Penal Brasileiro.

Ademais, cabe pontuar que a legislação não quer excluir as pessoas do convívio familiar, muito pelo contrário, procura apenas o bem-estar do menor exposto à situação, trazendo medidas para cessar a alienação e só se aplicando medidas mais drásticas restando as outras ineficazes.

17 BRASIL, Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.
18 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70015224140. Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/07/2006.

5. CONCLUSÃO

O tema é complicado por si só, envolve muito mais do que aspectos restritamente jurídicos, envolve seres humanos, detentores de sentimentos. Além disso, a grande vítima é a criança e o adolescente, cuja formação ainda está em curso e sobre a qual poderá reais um trauma para toda vida.

Mesmo com o advento de Legislação específica e de amplos estudos doutrinários e interdisciplinares, ainda persiste uma enorme dificuldade de constatação da situação, dada a delicadeza do assunto. Faz-se necessária cautela redobrada na sua análise do fato e para adoção de medidas aplicáveis as partes envolvidas.

O Direito, neste aspecto, vem a socorrer aquele mais fragilizado na relação, intervindo para protegê-lo de abusos, evitando que não lhe seja resguardada a dignidade, valor fundamental.

Em suma, essa reflexão sobre alienação parental não se propõe a tratar do tema como um problema familiar isolado, mas sim em enfrentá-lo com um problema a ser combatido pela sociedade com atuação Estatal. Refletir sobre o tema é repensar um melhor modo de lidar com a situação, reavaliando medidas assecuratórias e formas de conscientização dos responsáveis.

6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL, **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990.

BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, **Lei nº 12.318**, de 26 de agosto de 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARDNER, Richard Allan. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)?** Disponível em: <<http://www.mediacaoparental.org>>

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito de Família**. Volume 7. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Síndrome de alienação parental**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 1999. Direito de Família: A família na Travessia do Milênio. Coordenador: Rodrigo da Cunha pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG: Del Rey, 2000.

Princípio jurídico da afetividade na filiação. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

OLIVEIRA, Euclides de. **Alienação Parental**. Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2009. Família e Responsabilidade: Teoria e Pática do Direito de família. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares**. **Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Coordenadores: Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 70015224140**. Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/07/2006.

ZAMATARO, Yves A. R. **A alienação parental no Direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI178383,21048-A+alienacao+parental+no+Direito+brasileiro>> Acesso em 31/07/2014.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA X MORALIDADE OBJETIVA



Erick Juliano dos Santos Ferreira

Graduado em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). Técnico Administrativo do Ministério Público do Estado de Sergipe (MP/SE).

RESUMO

O presente artigo aborda a problemática acerca do suposto conflito entre a responsabilidade subjetiva (dolo e culpa) do agente público, positivada no art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988 e a moralidade objetiva prevista no art. 37, *caput*, do mesmo diploma. Para tanto, o estudo em comento foi concretizado por meio da interpretação literal e sistêmica da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) com os dispositivos constitucionais que tratam da matéria, bem como das posições doutrinárias e do entendimento jurisprudencial sobre o tema.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Elemento subjetivo. Moralidade objetiva.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da moralidade, assim como os princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, está previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) como um dos princípios norteadores da administração pública, sendo a probidade administrativa corolário lógico do referido princípio, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.¹ (itálico nosso)

Doutrinariamente, probidade simboliza a “[...] *função subjetiva e positiva do princípio jurídico da moralidade administrativa insculpada no art. 37 da CF de 1988.*”²

Todavia, em que pese a posituação constitucional, a improbidade administrativa somente foi instrumentalizada infraconstitucionalmente em 1992, com a edição da Lei n.º 8.429/92.³ Desde então, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) vem se destacando como a principal ferramenta contra o fenômeno da corrupção, consolidando um marco histórico diante das demais tentativas de proteção da moralidade administrativa, a exemplo das Leis Pitombo-Godoy Ilha (n.º 3.164/57)⁴ e Bilac Pinto (n.º 3.502/58),⁵ que foram expressamente revogadas pela LIA.

1 BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2014, 13:07:00.

2 GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.188.

3 BRASIL. Lei n.º 8.429 de 02 de junho de 1992. Regula a ação de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014, 11:00:00.

4 BRASIL. Lei n.º 3.164 de 01 de junho de 1957. Regulava o sequestro os bens de servidor público adquiridos por influência ou abuso de cargo. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.actionnumero=3164&tipo_norma=LEI&data=19570601&link=s>. Acesso em: 02 set. 2014, 14:00:00.

5 BRASIL. Lei n.º 3.502 de 21 de dezembro de 1958. Regulava o sequestro e a perda de bens de servidor público da administração direta e indireta. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.actionid=175929&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 02 set. 2014, 13:33:00.

2. ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A LIA determinou os atos de improbidade administrativa em três categorias. A primeira no art. 9º, em que descreve os atos ímprobos que importam em enriquecimento ilícito do agente público. O segundo tipo foi definido pelo legislador no art. 10, elencando os atos que causam prejuízo ao erário e, por último, o art. 11, no qual está tipificado como ato ímprobo, qualquer ação ou omissão que atente contra os princípios da administração pública, a exemplo dos que violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Vale lembrar que, em todos os artigos supracitados, há um rol de incisos com condutas assemelhadas de caráter meramente exemplificativo (*numerus apertus*), o que se infere do termo *notadamente* utilizado antes de suas enumerações.

Nesse toar, mas antes de adentrar ao debate acerca do suposto conflito entre a responsabilidade subjetiva (dolo e culpa) do agente público e a moralidade objetiva, mostra-se necessário expor o elemento subjetivo exigido para configurar os três tipos de improbidade - arts. 9º, 10 e 11 da LIA.

Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, o elemento subjetivo pode ser definido como “[...] *elo de encadeamento lógico entre a vontade, conduta e resultado, com a consequente demonstração de culpabilidade do agente, poderá apresentar-se por duas únicas formas: o dolo e a culpa.*”⁶

Para Rogério Greco, o dolo se caracteriza como sendo “[...] *a vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador.*”⁷ Convém acrescentar, que os conceitos de dolo e de culpa também são definidos pelo Código Penal Brasileiro (Art. 18 do Decreto-Lei n.º 2.848/40),⁸ que traz a característica de que todo ilícito, em geral é doloso:

6 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.340.

7 GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p.191.

8 BRASIL. Código Penal Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 05 set. 2014, 13:00:00.

todo ilícito requer a presença do elemento vontade, por meio do dolo ou da culpa, no ilícito penal, não tendo agido com dolo e não havendo previsão de crime culposos, não haverá crime.

Art. 18 - Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Dessa maneira, seguindo uma ordem cronológica, temos o posicionamento pacífico da doutrina e da jurisprudência acerca da imprescindibilidade do dolo, como o elemento subjetivo necessário do sujeito ativo que se enriquece ilicitamente (art. 9º da LIA). Com esse posicionamento, José dos Santos Carvalho Filho:

O elemento subjetivo da conduta, embora omisso o dispositivo, restringe-se ao dolo; a culpa não se compadece com a fisionomia do tipo. Realmente, não se pode conceber que algum servidor receba vantagem indevida por imprudência, imperícia e negligência.⁹

Agora, no tocante à modalidade de improbidade administrativa insculpida no art. 10 da LIA (dano ao erário), há divergência doutrinária acerca do elemento subjetivo necessário para sua configuração, em que pese o *caput* do referido artigo tenha expressamente previsto as duas modalidades (dolosa e culposa), vejamos:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, *dolosa ou culposa*, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (itálico nosso)

Com entendimento minoritário, na defesa da impossibilidade de qualquer modalidade culposa de ato de improbidade que acarrete dano ao erário, Isabela Giglio Figueiredo: “*Não vislumbramos a possibilidade de prática de qualquer ato de improbidade administrativa na modalidade culposa, haja vista que o dolo é da própria essência do conceito.*”¹⁰

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.1022.

10 FIGUEIREDO, Isabela Giglio. Improbidade administrativa: - dolo e culpa. São Paulo: Quartier Latin: 2010. p.87.



Contudo, até que seja alterado o texto do *caput* do art. 10 da Lei n.º 8.429/92 pelo legislador ou até que seja declarada a inconstitucionalidade da expressão “culposa” pelo Supremo Tribunal Federal, a modalidade culposa de ato de improbidade previsto no do art. 10 persistirá em no nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, a suposta inconstitucionalidade é infunda, não só pela interpretação literal das expressões “dolo e culpa” previstos no *caput* do art. 10 da LIA (que aliás se repetem no art. 5º do mesmo diploma legal), mas também pelo maior zelo que o agente público deve demonstrar com a coisa pública, sendo esta a intenção do legislador em punir as condutas culposas que causem dano ao patrimônio público.

Isso, em termos práticos, significa o que mais se espera daquele que trabalha, manuseia ou administra a máquina pública, ou seja: um zelo maior pelo bem público, abstando-se de condutas que causem efeitos lesivos à administração pública, em razão dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia deste sobre o privado.

O doutrinador Fábio Medina Osório também não vislumbra problemas no reconhecimento de ato de improbidade administrativa na modalidade culposa para as hipóteses do art. 10 da LIA, sob o fundamento de que essa modalidade é apenas uma forma de responsabilidade subjetiva do infrator, não havendo problema em se reconhecer o ilícito culposo.¹¹

Dissertando sobre o assunto, Marino Pazzaglini Filho explica como ocorre a improbidade dolosa e culposa do dano ao patrimônio público:

A improbidade lesiva ao erário dolosa acontece quando o autor do ato ilícito catalogado como ato ímprobo está consciente da antijuridicidade de sua ação ou omissão funcional e do resultado danoso ao erário que dela sobreviverá. [...] A improbidade lesiva ao patrimônio público financeiro culposa se dá quando o resultado danoso involuntário, porém previsível, é consequência de comportamento voluntário do agente público, denotativo de má-fé, pela deslealdade funcional, pelo desvio ético (falta de probidade).¹²

11 OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.216.

12 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.63.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que para a configuração da improbidade administrativa do art. 10 da LIA basta a demonstração da culpa *lato sensu* (dolo – direto ou eventual – ou culpa):

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO. FUNASA. APLICAÇÃO. IRREGULAR DE VERBAS. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO OBJETO DO ACORDO. ATO ÍMPROBO POR DANO AO ERÁRIO CARACTERIZADO. DOLO CARACTERIZADO. ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENALIDADES DA LEI N.8.429/92. CABIMENTO.

A jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Logo, para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do art. 10.

[...]

3. Caracterizado o ato de improbidade administrativa por dano ao erário, nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429/92, já que, para enquadramento de conduta no citado artigo, é dispensável a configuração do dolo, contentando-se a norma com a simples culpa. (STJ - AgRg no AREsp 532421/PE, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 21/08/2014. T2 Segunda Turma, Data de Publicação: DJ-e 28/08/2014).¹³ (itálico nosso)

Quanto ao elemento subjetivo necessário para consumir o ato de improbidade do art. 11 da LIA, a doutrina majoritária e a jurisprudência são uníssonas no sentido de que para sua caracterização é imprescindível a comprovação do dolo do sujeito ativo.¹⁴

Segundo Waldo Fazzio Junior, não há espaço no art. 11 para considerações de negligência, imperícia ou imprudência.¹⁵ Nessa mesma linha, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS. SÚMULA 83/STJ. ATOS ÍMPROBOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SANÇÕES. RAZOABILIDADE. MODIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

[...]

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0142733-0, da 2ª Turma. Brasília, DF, 15 de setembro de 2014. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsplivre=improbidade+administrativa+elemento+subjetivo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 11 set. 2014, 20:06:50.

14 GIACOMUZZI, Op. Cit., nota 2, p.91.

15 FAZZIO JUNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.166.

3. Nos termos da jurisprudência do STJ, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10.

4. Ressalta-se, ainda, que os atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da Lei n. 8.429/92 dependem da presença do Dolo genérico, e dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a administração pública ou enriquecimento ilícito do agente.[...]

(STJ - AgRg no AREsp n.º 432418/MG. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 18/03/2014. T2 Segunda Turma, Data de Publicação: DJ-e 24/03/2014).¹⁶ (itálico nosso)

Portanto, delineado o conceito do elemento subjetivo, podemos observar que a doutrina majoritária entende que os atos de improbidade que causem enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA) e os transgridem os princípios da administração pública (art.11, Lei n.º8.429/92) somente são passíveis de punição se o sujeito ativo praticou o ato dolosamente, seja de forma direta (dolo direto), seja assumindo risco de produzir o resultado (dolo eventual). Já o tipo do art. 10 da Lei n.º 8.429/92, em que pese haja discussão doutrinária acerca da inconstitucionalidade da modalidade culposa, a jurisprudência e a doutrina majoritária são firmes na possibilidade de condenação por dano ao patrimônio público culposo.

3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA X MORALIDADE OBJETIVA

No estudo realizado pelo eminente José Guilherme Giacomuzzi, com o intuito de destrinchar o princípio da moralidade administrativa do art. 37, da CRFB/88 e diminuir o subjetivismo acerca da sua aplicação, foi elaborada a tese da existência de um elemento objetivo (boa-fé e confiança) e outro de ordem subjetiva (dever de probidade), previstos no *caput* do supracitado artigo.

Segundo o mencionado autor, o elemento

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 432418 - MG, da 2ª Turma. Brasília, DF, 18 de março de 2014. Lex: jurisprudência do STJ. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsplivre=dolo+e+culpa+improbidade+administrativa&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 04 set. 2014, 18:46:50.



8.429/92, não de ser sempre analisadas do ponto de vista subjetivo do agente.¹⁹

Todavia, esse não é o pensamento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, que já denunciavam a identidade/similitude entre o instituto da boa-fé objetiva (boa-fé como regra de conduta) com a moralidade administrativa, tendo em vista que esses institutos estão lastreados pela imperativa proteção da confiança e na projeção dos dados materiais relevantes do sistema (postura pós-formalista), sendo que a boa-fé objetiva é absorvida pela moralidade administrativa, não se confundindo com ela.²⁰

Aqui, há o desapego da simples análise do *animus* que motivou o agente (moral ou imoral), bem como da simplória aferição da legalidade do ato, que não devem ser o critério preponderante da existência ou não da improbidade, devido a divisão entre a moralidade comum e a moralidade jurídica, conforme ensina José Afonso da Silva, “[...] a ideia subjacente ao princípio é a de que a moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto”.²¹

objetivo (boa-fé objetiva) da moralidade prescinde da análise da intenção do agente que praticou o ato administrativo, quer dizer, é despidianda a “[...] investigação do eventual elemento psicológico do agente; ou seja, a boa-fé objetiva prescinde de qualquer consideração subjetiva ou intencional do agente.”¹⁷

Nesse toar, a “parte subjetiva” (boa-fé subjetiva) do conteúdo da moralidade administrativa do art.37, caput, da CRFB/88 seria a responsabilidade pessoal/subjetiva, materializada no §6º do art. 37 da Carta Maior.¹⁸

Desse modo, para Giacomuzzi apenas estão passíveis de condenação por ato de improbidade administrativa os atos que ofendam a “parte subjetiva” (probidade) do art. 37, caput, da CRFB/88, em razão da imprescindibilidade de investigação do elemento psicológico do agente, não sendo possível a prática de ato de improbidade por violação da boa-fé objetiva.

Se a improbidade têm caráter subjetivo, as condutas do administrador ímprobo, merecedor das sanções da Lei

Ratificando idêntico pensamento Hely Lopes Meirelles, que ao citar Hauriou, diferencia as duas moralidades: “[...] a moral comum é imposta ao homem para sua conduta externa, já a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.”²²

Assim, a tentativa de se penetrar na *psique* do sujeito ativo, para vislumbrar sua verdadeira intenção, mostra-se como de grande dificuldade. Atentos a esse fato, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves propõem que a aferição do elemento subjetivo ocorra de acordo com as circunstâncias do caso concreto, levando-se em consideração fatores como o conhecimento dos fatos e a presença de possíveis escusas.²³

Na defesa dessa tese, Wallace Paiva Martins

¹⁹ *Ib* *Ibid.*, p.296.

²⁰ GARCIA; ALVES, Op. Cit., nota 6, p.97.

²¹ SILVA. José Afonso da. Direito constitucional positivo. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.670.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.167, apud Hauriou, 1926.

²³ GARCIA; ALVES, Op. Cit., nota 6, p.344.

¹⁷ GIACOMUZZI, Op. Cit., nota 2, p. 246.

¹⁸ *Ib* *Ibid.*, p. 246-247.

Júnior, ao entender que o juiz deve analisar as circunstâncias do caso concreto para aferir a boa-fé do sujeito ativo, mas destaca, contudo, a dificuldade de visualizar essa prova:

A autoridade dissimula os móveis verdadeiros que a impedem, devendo o juiz analisar todas as circunstâncias que cercaram a edição do ato. Essa prova é difícil de ser feita. O elemento psicológico do agente é difícil de captar, admitindo o desvio de poder prova indireta.²⁴

Nesse mesmo sentido, Hamilton Rangel Júnior ao destacar o problema da boa-fé no campo probatório: “[...] *como difícil é provar a boa-fé, as situações jurídicas em que ela seja alegada estão suscetíveis do vício de, sob sua escusa, camuflar-se a má-fé.*”²⁵

Dessa maneira, tendo como norte o suposto conflito entre esses dois postulados constitucionais: moralidade administrativa objetiva (art. 37, *caput*, da CRFB/88) e a responsabilidade subjetiva do agente público (art. 37, §6º da CRFB/88), sobreleva citar, que no confronto entre princípios não haverá a declaração de invalidade do princípio preterido, mas apenas a precedência de um princípio sobre outro, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.²⁶

4. CONCLUSÃO

Diante do presente estudo, conclui-se que a boa-fé subjetiva (que se contrapõe à má-fé) e a boa-fé objetiva integram, respectivamente, o aspecto subjetivo e objetivo do princípio da moralidade administrativa do art. 37, *caput*, da nossa Carta Maior. Desse modo, levando-se em consideração que a LIA veio a tipificar infraconstitucionalmente os atos que atingem a moralidade no âmbito da administração pública (probidade administrativa), qualquer descumprimento, seja da boa-fé subjetiva ou da boa-fé objetiva, resultará na configuração do ato de improbidade administrativa, de acordo com o caso concreto.

24 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.28.

25 RANGEL JÚNIOR, Hamilton. Princípio da moralidade institucional: conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988. São Paulo: J. de Oliveira, 2001. p.37

26 ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.93-94.

Nessa toada, diversamente do que ocorre com o subjetivismo das análises de boa-fé (ou do seu oposto, a má-fé) na conduta do sujeito ativo, com a tutela da moralidade objetiva pela LIA temos à apreciação de modo mais claro, “palpável”, de acordo com os elementos fáticos (circunstâncias do caso concreto) levados a juízo, que podem ser tanto de acusação, como de defesa, não afetando em nada a ampla defesa e o contraditório - art.5º, inciso LV da CRFB/88.

Não há aqui imputação objetiva contra o agente público que comete improbidade, seja em qualquer uma de suas modalidades (art.9º, 10 e 11). Até mesmo porque, qualquer julgamento realizado sem apurar o elemento subjetivo (dolo ou culpa) violará o art. 37, §6º da CRFB/88 que impõe a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos.

Portanto, a má-fé que se contrapõe à boa-fé subjetiva, não é imprescindível para configuração do ato de improbidade administrativa, visto que, a violação da boa-fé objetiva (boa administração/moralidade objetiva) também está abrangida pelo princípio da moralidade insculpido no *caput* art. 37, *caput* da CRFB/88, podendo levar a uma condenação por ato de improbidade administrativa.

5. BIBLIOGRAFIA

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 05 abr. 2014, 13:00:00.

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2014, 12:00:00.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 432418 – MG, da 2ª Turma. Brasília, DF, 18 de março de 2014. **Lex: jurisprudência do STJ**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?>

livre=dolo+e+culpa+improbidade+administrativa&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em 04 set. 2014, 18:46:50.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0142733-0, da 2ª Turma. Brasília, DF, 15 de setembro de 2014. **Lex:** jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsplivre=improbidade+administrativa+elemento+subjetivo&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 11 set. 2014, 20:06:50.

_____. **Lei n.º 3.164 de 01 de junho de 1957.** Regulava o sequestro os bens de servidor público adquiridos por influência ou abuso de cargo. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.actionnumero=3164&tipo_norma=LEI&data=19570601&link=s>. Acesso em: 02 set. 2014, 14:00:00.

_____. **Lei n.º 3.502 de 21 de dezembro de 1958.** Regulava o sequestro e a perda de bens de servidor público da administração direta e indireta. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.actionid=175929&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 20 set. 2014, 13:33:00.

_____. **Lei n.º 8.429 de 02 de junho de 1992.** Regula a ação de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014, 11:00:00.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa:** doutrina, legislação e jurisprudência. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Isabela Giglio. **Improbidade administrativa:** - dolo e culpa. São Paulo: Quartier Latin: 2010.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa:** má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada:** aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RANGEL JUNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional:** conceito, aplicabilidade e controle na constituição de 1988. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo.** 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

É CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A LEGITIMAÇÃO DO ÓRGÃO QUE O EXERCE?



Fernando Luiz de Araujo Monteiro

Doutorando em Direito na UNESA-RJ, mestre em Direito pela UFPE, graduado em Direito e Economia pela UFS. Desde 2001 atua no Ensino Superior, ministrando aulas na graduação e pós-graduação. Atualmente leciona no curso de Direito da Faculdade Estácio de Sergipe - FASE.

RESUMO

Este texto aborda o tema do *Judicial Review*, que tem sido objeto de variadas polêmicas ao longo dos últimos duzentos anos, desde a sua aparição no cenário constitucional norte-americano. Alguns aspectos do instituto são repassados, de maneira sintética, com a finalidade de embasar o objetivo a que se propõe a pesquisa. A tese esboçada no artigo é a de que a crítica reiterada que é feita a esse mecanismo de controle de constitucionalidade, centrada na baixa legitimidade do Poder Judiciário, carece de consistência, uma vez que o conceito de legitimidade se apresenta de modo muito aberto, de difícil apreensão. Assim, sustenta-se que a opção pelo *Judicial Review* guarda relação, na verdade, com a forma de articulação dos Poderes do Estado, tendo em vista o tipo de democracia que se deseja em uma dada sociedade.

Palavras-chave: controle judicial de constitucionalidade, legitimidade, separação de poderes, democracia, supremacia da constituição.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo aborda, ainda que de maneira pontual, tema marcado por controvérsias desde a sua aparição no contexto histórico-constitucional norte-americano, no alvorecer do Oitocentos. Alguns aspectos do *Judicial Review*, aqui tratado também por controle judicial de constitucionalidade, compõem o quadro conceitual e analítico que é objeto da pesquisa.

O que se apresenta como problema a ser enfrentado é a impertinência da crítica costumeira que se faz ao controle judicial de constitucionalidade centrada na ideia de baixa legitimidade do Poder Judiciário. Para alguns autores, a propósito, nesse sentido não haveria nem como se falar em legitimidade de qualquer natureza. A tese que se busca sustentar, entretanto, é a de que tal crítica carece de fundamentação consistente, já que o conceito de legitimidade, tanto na filosofia quanto na ciência política, se manifesta de forma difusa, de difícil apreensão. O foco da reflexão crítica sobre o mencionado controle judicial, assim, necessariamente teria outro viés, ligado à noção de arranjo em termos de coordenação dos poderes do Estado tendo em vista este ou aquele padrão de democracia que se deseje numa dada sociedade.

O objetivo a que se propõe o artigo é, assim, limitado. Comprovar que num Estado Democrático de Direito, com regular funcionamento de suas instituições, a escolha de mecanismos de controle judicial de constitucionalidade não guarda relação segura com o tema da legitimidade e sim com o modo de coordenação de Poderes tendo em vista o tipo de democracia predominante nessa dada sociedade. Eventuais abordagens complementares que serão feitas, ao longo dos tópicos que seguem, criam o necessário embasamento, ainda que de modo panorâmico, para a defesa da tese expressa.

2. LEGITIMIDADE – CONCEITO DE DIFÍCIL APREENSÃO

Tanto no âmbito da Ciência Política quanto no campo do Direito o conceito de legitimidade vez por outra se faz presente, de alguma forma associado à ideia de um determinado tipo ou expressão de poder. Esse conceito, entretanto, não se apresenta com certa dose de objetividade e clareza, gerando dificuldades para o seu manejo teórico.

Num trabalho que trata da legitimidade no Direito, com suporte no pensamento de Hannah Arendt, o Professor João Maurício Adeodato (1989), quando da apresentação do problema que pretendia enfrentar, já sinalizou para o fato de que lidaria com vários conceitos de legitimidade, o que dificultaria o enfrentamento da questão. Ademais, salientou o autor que alguns desses conceitos eram discrepantes e mesmo em oposição explícita de uns em relação a outros. Assim a aproximação de um conceito inicial identifica a legitimidade como uma qualidade atribuída ao poder, não podendo um conceito ser tomado por outro, nem a legitimidade é um corolário essencial do poder. Enfim:

é possível um poder puro e simples, sem legitimidade, pelos menos temporariamente. Ao mesmo tempo, a legitimidade traz uma conotação de desejabilidade, é positivamente valiosa em relação ao poder, isto é, o poder legítimo é preferível ao ilegítimo. [...] O tema da legitimidade é tão polêmico e discutível que, em um mesmo volume, diante de uma mesma questão – sobre o papel da legitimidade para o pensamento político moderno – dois autores fornecem respostas não só diferentes, o que seria normal, mas francamente contraditórias: enquanto Bobbio entende que a legitimidade passa a assunto fundamental para a política com a doutrina de Max Weber (muito embora afirme que a legitimidade raramente é problema central mesmo em autores pós-weberianos), Cotta admite que a legitimidade se incorpora à reflexão política ocidental desde a Grécia antiga e, ao contrário, diminui de importância na época moderna pela extraordinária ascensão da legalidade (ADEODATO, 1989:19-22).

A propósito da referência a Weber, vale lembrar o seu estudo sobre os tipos de dominação e sobre as formas de legitimidade, marcante no universo da Sociologia ao longo nos últimos cem anos. É significativa, inclusive, mesmo para outros campos do conhecimento, a identificação feita da dominação legal (uma das três formas legítimas de exercício do poder) com a necessidade de uma estrutura de administração burocrática. Acentua o sociólogo alemão, e isto é deveras importante para a compreensão do tema, que:

la 'legitimidad' de una dominación debe considerarse sólo como una *probabilidad*, la de ser tratada prácticamente como tal y mantenida en una proporción importante. Ni con mucho ocurre que la obediencia a una dominación este orientada primariamente (ni siquiera siempre) por la creencia en su legitimidade' (WEBER, 1998: 171).



Numa perspectiva filosófica acerca da questão da legitimidade, sempre em busca de uma melhor delimitação do conceito, adentramos numa inevitável seara de justificação e de apresentação de valores do poder legal. Assim, num contexto de existência de bases legais para o exercício do poder – em sentido lato –, ao que tudo leva a crer também se identifica como desejável, conforme se mencionou antes, a existência de padrões de legitimidade sustentando o exercício desse poder. Nesse sentido, e para os fins deste artigo, merecem atenção as ideias que seguem:

Do ponto de vista filosófico, a legitimidade repousa no plano das crenças pessoais, no terreno das convicções individuais de sabor ideológico, das valorações subjetivas, dos critérios axiológicos variáveis segundo as pessoas, tomando os contornos de uma máxima de caráter absoluto, de princípio inabalável, fundado em noção puramente metafísica que se venha a eleger por base do poder. [...] A legitimidade assim considerada não responde aos fatos, à ordem estabelecida, aos dados correntes da vida política e social, segundo o mecanismo em que estes se desenrolam – o que seria já do âmbito da legalidade – mas inquire acerca dos preceitos fundamentais que justificam ou invalidam a existência do título e do exercício do poder, da regra moral, mediante a qual se há de mover o poder dos governantes para receber e merecer o assentimento dos governados (BONAVIDES, 1996:115).

Ainda que se perceba a importância do tema para o exercício do poder político, reafirmada pelos mais variados pensadores, em termos como “o problema da legitimidade é basilar na ciência política. Sem ele, as instituições não teriam consistência nem duração; seriam como aquelas cidades dos pescadores de Sumatra, flutuando sobre as ondas” (CUNHA, 2005:289), ainda assim o que se percebe é uma fluidez do conceito, um alargamento demasiado do tema, abrindo brecha para posicionamentos muito variados e até, como se indicou, conflitantes. Essa percepção gera dificuldades de se manejar o conceito com algum grau de segurança, especialmente quando se deseja estabelecer a fundamentação de alguma tese a partir dele.

De alguma maneira o que se encontra em foco, também, ao menos em face da temática deste artigo, é o quadro de relação entre o Direito e o Estado, já que a questão da legitimidade, bastante atrelada ao exercício do poder político na modernidade, nos

põe em contato inevitável com a ideia de Estado. Sobre o tema convém salientar, ainda que de forma muito ligeira, as posições de Hans Kelsen e de Max Weber, ambos integrantes, cada um ao seu modo, da corrente do positivismo jurídico. Não obstante aqui e ali sobressair a tese de que esses autores assumem posições divergentes sobre a mencionada relação, são oportunas as lições esclarecedoras de Bobbio:

Certamente, em Weber, os conceitos de Direito e de Estado remetem um ao outro, embora não se reduzam um ao outro. O termo comum a ambos é *‘coação’*, termo que tem lugar central na teoria kelseniana. O conceito de coação tem uma parte importante, essencial, tanto na definição de Direito, enquanto serve para distinguir o Direito da convenção, quanto na definição de Estado, enquanto serve para distinguir o Estado como grupo político da Igreja, por exemplo, como grupo hierocrático. [...] A identificação do Estado com o Direito num determinado território é um fenômeno característico do Estado moderno, ou seja, um fato histórico. [...] Quem tiver alguma familiaridade com o pensamento kelseniano não demora a perceber a conexão bem estreita entre a teoria weberiana e kelseniana do direito e do Estado quanto à impositação geral, à posição central do conceito de coação, e à definição meramente estrutural do Direito e do Estado, quanto à recusa de qualquer referência aos fins (BOBBIO, 2008, 233-234).

Eis que da relação entre Estado e Direito, ou ainda da aproximação entre poder e ambiente jurídico-normativo, ganham corpo, na modernidade, discussões sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade. Há no entorno da questão um dado dilema, já sugerido noutra parte do texto. Afinal, ou não há controle algum, e o legislador ordinário pode modificar a Constituição ao seu bel prazer, não cabendo sinalizar para a sua supremacia, ou há algum mecanismo de controle, e quem o exerce assume relevante papel na estrutura do Direito, e do Estado, usurpando parcela do poder político, com o natural esvaziamento do papel de outros atores sociais. Busca-se superar tal dilema inserindo-se na reflexão o tema da legitimidade e da sua relação com modelos de democracia (HAMON; TROPER; BURDEAU, 2005: 59).

A zona sombria acerca do tema da legitimidade, entretanto, permanece quase que inalterada. Em não havendo um conceito objetivo, que sinalize para uma ideia clara, abundam as dificuldades de se utilizar o mencionado conceito. Afinal de contas, o que significa

dizer, de forma segura, que um determinado órgão do Estado detém maior legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade? Talvez a questão recorrente seja de mera preferência, ou de puro viés ideológico, caso o mote seja o da legitimidade. Se considerarmos ainda que essa ideia se aproxima da de justiça, num sentido lato, a complexidade de apreensão do tema cresce ainda mais.

Dizer que uma dada opção em termos de estrutura de funcionamento do Estado é menos legítima que outra, como bastante se diz em relação ao *Judicial Review*, é um pouco como andar em círculos, repetindo que esse ou aquele modelo é melhor, é mais justo, etc. Não se consegue estabelecer uma conexão de conceitos que seja segura, mesmo que para fulminá-la com um contraponto crítico radical. Ademais, já é um tanto quanto saliente, nos estudos de Filosofia do Direito, a complexidade da ideia de justiça. Mesmo sendo ideias marcantes, as de legitimidade e de justiça, que não podem ser abandonadas a partir de uma postura minimalista, mas o seu manejo requer a presença de algumas balizas de segurança conceitual. Com WEINBERGER pode-se atentar para o fato de que:

Sono dell'opinione che nessuno sappia in maniera oggettiva e definitiva – oppure possa dimostrare – ciò che è giusto. Sono però al tempo stesso convinto che si possa argomentare razionalmente sui problemi della giustizia, e mi pare che si possa talvolta – almeno relativamente a certe premesse assai palusibili – provare che qualcosa è ingiusto? (WEINBERGER, 1990:238).

Enfim, e mais uma vez, dizer da ilegitimidade de algo, ou do seu caráter mais ou menos justo, ainda que nos remeta ao campo de uma argumentação forte, porquanto sinalize para o desejável, no fundo não passa de viés dominado por uma postura amplamente valorativa, muito próxima do espaço da ideologia, o que, como se disse, dificulta a compreensão de um determinado tema.

3. COORDENAÇÃO DE PODERES E DEMOCRACIA

Ao que tudo leva a crer, pelo exposto até aqui, qualquer discussão mais acurada acerca da forma de controle de constitucionalidade a ser adotada num dado Estado democrático, com regular funcionamento de suas instituições, não estaria bem ancorada no tema da legitimidade, especialmente em face da largueza e vaguidade do conceito. Mais prudente será a identificação de um outro horizonte de análise, capaz de propiciar respostas mais seguras, ainda que não necessariamente incontroversas.

Nesse sentido, alguma discussão acerca da divisão de poderes e do modelo de democracia que se pretende instaurar numa dada sociedade parece ser mais relevante ao tema do *Judicial Review*. Afinal, partindo do pressuposto de que cidadãos politicamente conscientes possuem relevante papel



numa sociedade efetivamente democrática, é de se imaginar que a esses cidadãos cabe a definição do tipo de democracia³ em que desejam viver e, por via de consequência, como os poderes do Estado devem se articular tendo em vista o fim almejado.

Na análise preliminar do que seja o poder do Estado, pode-se indicar, amparado na boa doutrina, alguns traços que lhe são afetos. Trata-se, pois, de um poder que possui imperatividade e que ostenta natureza integrativa. Por sua vez, apresenta ainda, esse poder, a capacidade de auto-organização, e possui um traço nítido de unidade e de indivisibilidade. É também um poder soberano, tanto ao nível interno como na relação com os demais Estados. Sobre os temas da legitimidade e da legalidade há autores que indicam tais características como inerentes ao poder estatal, mas há outros que não percebem tais traços como seus elementos característicos (BONAVIDES, 1996: 106-110).

Na base da discussão acerca da teoria da divisão de poderes encontra-se o tema das funções do Estado. Grosso modo, dois são os sentidos atrelados a essas funções: finalidade correspondente a necessidades sociais e atividade com características próprias. O primeiro sentido naturalmente aproxima a sociedade do Estado, porquanto este se apresente enquanto comunidade, o que necessariamente não ocorre com o segundo sentido, que nada mais é que expressão específica do poder político. Em meio a contribuições teóricas, produzidas ao longo dos séculos, desde o pensamento filosófico grego clássico até os últimos cem anos, pode-se identificar, com certa margem de segurança, três funções essenciais ao Estado, quais sejam as política, administrativa e jurisdicional. Pode-se, inclusive, distinguir na função política a sub-função legislativa e a sub-função governativa *stricto sensu* (MIRANDA, 2005: 230-241).

Saltando das funções do Estado para a separação dos poderes, que operacionalizam tais funções, cabe registrar que a primeira grande contribuição, com perfil mais elaborado, coube a John Locke. Sobre

o papel do pensador inglês acerca do tema vale o registro:

Com todas as suas limitações, o esquema de relação entre poderes estabelecido por John Locke pressupõe um progresso substancial a respeito das reflexões que o precederam. Apesar de suas indecisões, confusões e lacunas, perceptíveis sobretudo no espaço de ligação entre separação *funcional* e separação *orgânica*, e apesar da ausência de um esquema para resolver os conflitos que possam se apresentar entre os órgãos (poderes) do Estado, a contribuição de Locke traz também, neste âmbito, elementos de teoria política que no futuro irão centralizar uma boa parte das polêmicas que a progressiva construção do Estado liberal gerará (VALDÉS, 2011:29).

Desse ponto em diante, o movimento que assume papel fundamental em relação à questão é o da passagem da separação de poderes para o da coordenação de poderes, e nesse campo o papel do barão de Montesquieu, ao tratar da Constituição⁴ da Inglaterra, até hoje é encarado como marcante. Tendo em vista o foco na ideia de liberdade, apresentando-se esta como efetiva submissão do cidadão à lei (e não ao arbítrio do governante), necessário se faz, segundo Montesquieu, algum mecanismo de distribuição dos poderes. O princípio da especialização e, seu corolário, da separação funcional e orgânica dos poderes, da maneira sucinta como foi apresentada no Espírito das Leis, foi alvo de diversas críticas. Abriu caminho, entretanto, o pensador francês, para o tema da coordenação de poderes, plasmado a partir do sistema de freios e contrapesos, essa a verdadeira doutrina constitucional de Montesquieu presente em sua obra célebre (VALDÉS, 2011: 41-48).

Eis, pois, o cerne da questão objeto deste artigo: num Estado, como devem os poderes se coordenar, a partir de estruturas de combinações de suas funções, de modo a garantir uma dada realidade democrática? Nesse contexto se encaixa também, por óbvio, a forma desejada de controle de constitucionalidade, se efetivada pelo Poder Judiciário, por uma corte judicial de natureza exclusivamente constitucional, por um conselho de Estado, pelo Parlamento, pelo Chefe de Estado, ou por uma combinação de alguns desses atores. Com certeza o foco da questão não será apenas o da organização estrutural estática do Estado,

3 Pode-se perfeitamente assimilar a ideia de que o conceito de democracia também é difuso e que, na prática cotidiana dos Estados, esse regime pode assumir matizes distintas em relação a muitos aspectos que não sejam substanciais ao modelo.

4 Constituição num sentido lato.

na perspectiva do exercício do poder político, mas, sobretudo, o do tipo de democracia⁵ que a sociedade de forma consciente deseje.

A propósito dos debates acerca da democracia, que é uma ideia em permanente mutação, valem algumas ponderações de cunho mais filosófico:

O sistema político e social da atualidade faz com que o Estado tenha um conjunto de novas responsabilidades, que ultrapassam os limites definidos no quadro do estado liberal. [...] Existe, portanto, um novo tipo de regime democrático que se delinea, na medida em que os agentes do processo legislativo e de controle do poder acham-se cada vez mais disseminados pela estrutura social. Resta saber como e em que medida esse processo de democratização do processo decisório caminha de forma basicamente semelhante nos sistemas políticos diversificados e entre os estados e organismos internacionais. [...] O modelo político-institucional que irá assegurar a democracia cosmopolita implica, por sua vez, numa reavaliação das formas políticas vigentes. [...] O problema central na construção da democracia cosmopolita reside no modelo político-institucional a ser estabelecido (BARRETTO, 2010: 225-226).

Enfim, o tema do controle de constitucionalidade está umbilicalmente atrelado ao arranjo dinâmico dos poderes, num dado Estado, em sintonia com o modelo de democracia aí existente. O fato de vivenciarmos uma realidade jurídica decorrente de uma Constituição Dirigente não descaracteriza a questão posta, porquanto algum eventual conflito entre esse tipo de Constituição e a democracia não é essencial. Quando se apresenta, o tema parece não estar bem posto. A qualidade da legislação supera em essencialidade a questão do dirigismo. Também não se deve perder de vista, numa discussão sobre a democracia, especialmente no que afeta aos mecanismos de controle de poder (aí incluído o de constitucionalidade), que o processo eleitoral se apresenta como espécie de procedimento democrático, mas jamais pode ser encarado como o único (OLIVEIRA, 2010: 424-426).

A rigor, a questão posta comporta contemplar, de alguma forma, as duas noções de democracia e de controle de constitucionalidade enquanto tipos ideais,

numa perspectiva weberiana. Em relação à democracia pode-se assumir uma posição mais restritiva ou mais ampla. Para a primeira acepção o que vale é a democracia direta e o único poder é o do próprio povo. Fora disso não há verdadeira democracia. Segundo a concepção mais ampla, os modelos representativos também podem ser democráticos, com mecanismos de garantia de vontade das minorias. Em relação aos mecanismos de controle, há de se ressaltar que nem toda lei é expressão da vontade geral e que a própria Constituição estabelece padrões de competência para o processo legislativo. Por outro lado, quando um magistrado diz que uma lei é inconstitucional, o que se afirma, longe de retirar o poder do Parlamento, é que para adotá-la é necessário fazer alguma reforma da Constituição, nos limites previstos pelo próprio texto constitucional. Enfim, no espaço existente entre esses tipos ideais de democracia e de controle de constitucionalidade, que não são realidades antagônicas, é que se pode estabelecer escolhas plausíveis numa dada sociedade (HAMON; TROPER; BURDEAU, 2005: 59-60).

4. ÚLTIMAS PALAVRAS

Admitindo-se, por alguma razão, a superioridade da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico, é imperioso que se estabeleçam mecanismos efetivos de garantia dessa supremacia normativa. Como a produção e a interpretação normativas são experiências relevantes no Estado moderno, apresentando-se como estruturas vivas e, às vezes, geradoras de impasses até de natureza institucional, os mencionados mecanismos de controle precisam se estabelecer de modo a manter um mínimo de compatibilização com um consenso político mínimo da sociedade. Ou seja, em última instância, é a sociedade que precisa sinalizar para a organização de Estado desejada, apresentando este ou aquele arranjo entre os poderes. Ademais, a organização do Estado e o exercício do poder não são fins em si mesmos, mas meios para a efetivação de um ambiente democrático⁶ que garanta o respeito

⁵ Um regime democrático pautado na voz da maioria ou um modelo que também valoriza e protege valores da minoria.

⁶ Também o tipo desejado de democracia deve ser produto de algum consenso político mínimo da sociedade.

cotidiano a direitos fundamentais de natureza individual e coletiva.

É fato que se torna desejável que as escolhas acima indicadas sejam produto de algum tipo de racionalidade, evitando-se movimentos centrados no irracionalismo e nas tendências passionais do ser humano. Afirme-se desde já que o tema da racionalidade não é apresentado numa perspectiva dogmática e até ingênua, segunda a qual tudo pode ser iluminado pela razão e fora disso nada sobrevive com um mínimo de dignidade. Numa tradição filosófica que remonta a Hume, há de se buscar conexões entre a afetividade e a razão. E mais, a racionalidade buscada para nortear as ações e as justificações apresenta-se como ambiente de possibilidade. Cabe uma reflexão sobre a seguinte postura de MACCORMICK:

Nor can I do other than express my revulsion from the prospect of a life of arbitrary moment by moment decisions, whether decisions of mine or of others affecting me and my fellow creatures. I shall certainly endeavour to prevent the imposition of any such mode of government. Consistency and coherence, the treating of like cases alike and different cases differently, are *possibilities* for us in our practical acting, reasoning, and deciding, just as consistency and coherence of thought, and the seeking of similar explanations for similar phenomena and different explanations for different phenomena are *possibilities* for us in our attempts to understand explain and describe the natural universe. 'Shall we pursue rationality? Shall we strive for consistency and coherence?' – these are open questions for us in matters both of practice and of speculation⁷ (1994:268-269).

Nesse sentido, não parece razoável estabelecer um posicionamento crítico acerca de um dado modelo de controle de constitucionalidade amparado no tema da legitimidade, porquanto se trate, como anteriormente se mencionou, de conceito aberto,

⁷ Também nada posso fazer além de manifestar a minha repulsa a partir da perspectiva de uma vida pautada em decisões adotadas arbitrariamente, decisões minhas ou de outros que afetam a mim e a meus semelhantes. Hei de esforçar-me para evitar a imposição de tal modo de atuar. Consistência e coerência, o tratamento de casos como iguais se semelhantes e diferentes de forma diferente, são possibilidades para nós em nossa prática, em nosso agir, raciocinar e decidir. Assim como a consistência e coerência de pensamento, e da busca de explicações semelhantes para fenômenos semelhantes e diferentes explicações para fenômenos diferentes, são possibilidades para nós em nossas tentativas de entender, explicar e descrever o universo natural. 'Devemos buscar a racionalidade? Devemos nos esforçar para manter a consistência e a coerência?' - Estas são questões em aberto para nós em matéria tanto de prática quanto de especulação teórica.

vago, de difícil apreensão. Considerando-se a realidade de um Estado democrático de Direito, com regular funcionamento de suas instituições, o que realmente significaria dizer que o Poder Judiciário não tem legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade? Afora alguma carga valorativa da afirmação, de matiz ideológico, de fato não significa coisa alguma de consistente. Também afirmar que a ilegitimidade seria do Parlamento ou doutro órgão misto cai na mesma situação indicada. Na melhor das hipóteses, a utilização da ideia de legitimidade, para ser utilizada, teria que estar atrelada à delimitação clara da organização estatal tendo em vista um dado modelo de democracia desejado. Nesse caso a ilegitimidade teria relação direta não com algum sentido de justiça, mas com mera inadequação a uma dada realidade política previamente explicitada.

De forma muito sucinta é possível afirmar que se a experiência democrática desejada numa sociedade valoriza o papel da minoria, parece razoável supor que o *Judicial Review* poderia cumprir tal papel. Por outro lado, se o desejável é uma democracia de massas, o controle poderia ser melhor exercido pelo Parlamento ou por algum órgão a ele ligado, representativo da vontade popular majoritária. Se admitimos que há um componente técnico essencial no Direito, para além das injunções políticas de momento, é razoável supor que juristas estariam mais habilitados a efetivar interpretações sistêmicas no âmbito do controle de constitucionalidade. Por outro lado, se entendemos que Direito é mera expressão de uma vontade contingente, se é manifestação política por excelência, se o seu componente técnico é meramente accidental, porquanto instrumental, então é razoável imaginar que o controle de constitucionalidade pode ser efetivado pela visão do cidadão comum, abrigado nalgum órgão do Estado. Num ou noutro modelo, entretanto, a ausência de alguma teoria da decisão, afastando nefastos voluntarismos, põe em grave risco a seriedade do Direito e, como consequência, a própria existência da democracia.

São essas questões que o artigo buscou levantar, numa perspectiva um tanto panorâmica, mas com o firme propósito de acentuar que a utilização descontextualizada da ideia de legitimidade

para fundamentar análises acerca do controle de constitucionalidade mais confunde do que esclarece. Afinal, dizer que um órgão é ilegítimo para dada função, considerando-se naturalmente que ele possua competência constitucional para exercê-la, é dizer que aquela função não é desejável ao órgão, que não é justa a sua atividade. E isso, concretamente, quer significar o quê? Que a democracia – qual democracia? – só é feita por representantes eleitos? Que os magistrados, que os integrantes do Ministério Público, que os integrantes de algum conselho de Estado não possuem no seu organismo o código genético da democracia? Há nessas questões, ancoradas no porto da legitimidade, um lampejo das cidades dos pescadores de Sumatra, flutuando sobre as ondas.

Parece ser mais razoável afirmar que, no tocante ao tema do controle de constitucionalidade, antes de qualquer identificação de órgão a efetivá-lo ou de tipo de controle desejado há questões prévias a serem respondidas. Entende a sociedade que é um avanço histórico, no âmbito do Estado Democrático de Direito, garantir a supremacia da Constituição? Que democracia uma dada sociedade deseja? Como o Estado vai coordenar os seus poderes tendo em vista a permanente aproximação desse modelo de democracia desejado? Quais os *checks and balances* indispensáveis aos fins almejados? Que teoria da decisão fundamentará a operacionalização dos mecanismos de controle? Só depois dessas reflexões é que se pode falar neste ou naquele órgão de controle de constitucionalidade, neste ou naquele tipo de controle, e, se for o caso, em alguma ideia de legitimidade, devidamente contextualizada, que possa, em vez de obscurecer, iluminar o tema.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O Problema da Legitimidade* – No rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: UNESP, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 10ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996.

CUNHA, Fernando Whitaker da. O Princípio da Legitimidade do Poder, in TÔRRES, Heleno Taveira (coord.), *Direito e Poder* – Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos (Estudos em homenagem a Nelson Saldanha). São Paulo: Manole, 2005.

HAMON, Francis; TROPER, Michel e BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*, tradução de Carlos Souza. São Paulo: Manole, 2005.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, first issued with corrections. New York: Oxford University Press, 1994.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. *O Valor da Constituição* – Separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do estado liberal. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

WEINBERGER, Ota. Condizione Umana e Ideale di Giustizia, in MACCORMICK, Neil e WEINBERGER, Ota, *Il Diritto come Istituzione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, Segunda edición en español, de la cuarta en alemán, 12ª reimpressão. Traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1998

LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS – BREVE ANÁLISE JURÍDICA E DOS DESAFIOS.



Ives Rocha

Técnica do Ministério Público de Sergipe. Graduada em Comunicação Social pela UNIT-SE. Pós Graduada em Marketing pela UFS-SE.

RESUMO

Em 2011, o Brasil promulgou uma Lei de Acesso à Informação Pública - a Lei nº 12.527 – que entrou em vigor em maio de 2012, atendendo aos 180 dias de implementação previsto em seu texto. Foi então dado início a um novo e marcante período, exigindo novas e decisivas posturas por parte do poder público e da população em geral. Leis de Acesso à Informação Pública já vem sendo praticadas há um certo tempo por outros países, taticamente com o intuito de promover a transparência pública e garantir o direito da sociedade ao acesso e controle democráticos das informações públicas, uma vez que, na realidade, essas informações não são de propriedade do Estado, mas sim produzidas e gerenciadas por ele em benefício dos cidadãos. Vale, ainda, ressaltar que a Lei fundamentalmente surgiu para regulamentar o direito do brasileiro à informação que se encontra previamente disposto na Constituição Federal. De outra banda, o diploma legislativo entrega ao povo um novo caminho a ser percorrido em prol de seus próprios benefícios, tendo em vista que agora, munidos de mais conhecimento, através do acesso quase que irrestrito às informações, terá uma grande chance de desarraigar a falta de compromisso que ainda persiste no Brasil quando o assunto é cuidar não só do que é seu, mas do que é público, do que pertence a todos.

Palavras-chave: Lei, acesso à informação, população, cidadão, poder público, desafio.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.527, promulgada em 18 de novembro de 2011 - Lei de Acesso à Informação – dispõe de uma série de regulamentos com vistas a impor como tarefa de casa aos órgãos públicos a divulgação das informações por eles produzidas, bem como gerenciadas ou custodiadas, para que toda a população tenha acesso a esses dados de forma clara e direta.

Através dos diversos pontos englobados em suas regras, a Lei disciplina o livre, fácil e integral acesso a todas as informações, promovendo conhecimento pleno dos procedimentos administrativos postos em prática nas entidades públicas dos três Poderes, de todos os níveis de governo, em todos os órgãos de controle, inclusive nas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas direta ou indiretamente por qualquer ente da federação. As entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos para a realização de ações de interesse público também estão sujeitas ao regime de livre acesso de igual forma.

Consubstancialmente, a Lei nº 12.527/ 2011 regulamenta o direito do cidadão brasileiro à informação, insculpido no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal, assegurando a qualquer pessoa a faculdade de solicitar e receber dos órgãos e entidades públicas, de todos os entes e Poderes, informações públicas por eles produzidas e gerenciadas.

Nesse diapasão, com o escopo de não contrariar outros direitos previstos na soberana Carta Magna, como o direito à vida privada, disposto no inciso X do art.5º, a Lei orienta quanto ao tratamento, a guarda e a classificação das informações pessoais e sob sigilo, as quais evidentemente não estão inclusas no rol das informações de acesso obrigatório à população, sobretudo configurando exceção ao ordenamento. Em seu art. 4º, IV, a Lei conceitua informação pessoal: "é aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável".

A Lei de Acesso à Informação comporta dispositivos de aplicação imediata a todos os órgãos e entidades, mas também dispõe de dispositivos que necessitam de regulamentação específica a ser elaborada por Poder ou ente da Federação.

Através da análise dos principais aspectos da Lei para a sociedade, concluir-se-a, em síntese, neste artigo, como principal benefício da implantação da nova Norma, o aporte à população para tornar-se mais bem informada em todas as esferas de governança,

e, portanto, fazer-se capaz de desenvolver de forma mais acelerada a sua capacidade de acompanhar resultados, bem como de exigir melhoramentos relacionados às práticas e procedimentos dos órgãos públicos e gestores governamentais.

2. O ACESSO ÀS INFORMAÇÕES

Em seu art. 10, *caput*, a Lei nº 12.527/2011 determina que "qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida". Em seguida, os parágrafos se encarregam das formas e prazos com os quais o cidadão deve proceder para obter o tão almejado acesso.

Já o *caput* e parágrafos do art. 8º expõem, de forma clara e objetiva, procedimentos obrigatórios a



serem adotados pelo Estado, de maneira a conservar o desígnio de universalizar o acesso fácil e integral às informações. “É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.” (“Caput” do art.8º- Lei nº 12.527/2011)

Além disso, a própria Lei já vem dotada de proteção aos direitos contidos em seus dispositivos, uma vez que, dos art. 15 ao 20, versa sobre os tipos de recursos, ressaltando que se o cidadão tiver o seu pedido de informação negado pode entrar com recurso e pedir uma nova avaliação, ficando ainda esta reavaliação sujeita a tramitar por quatro instâncias e ser solicitada pessoalmente ou via internet.

Nesse toar, como pode ser observado no art. 8º, a Lei instituiu como um dever do Estado a formação de uma ponte entre a sociedade e o setor público, prerrogativa que resultou na criação, dentro da própria Lei, do Serviço de Informações ao Cidadão – SIC, com as funções de atender e orientar; informar sobre a tramitação de documentos e requerimentos; receber e registrar os pedidos de acesso e devolver as devidas respostas aos cidadãos.

No tocante a garantia do fácil acesso, ficou-se ainda instituído na Lei o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), sistema encarregado de centralizar as entradas e saídas de todos os pedidos de acesso dirigidos ao Poder Executivo Federal. O e-SIC visa um gerenciamento eficiente dos procedimentos de acesso à informação tanto para os cidadãos quanto para a Administração Pública, de forma a manter esses dados constantemente organizados e disponíveis à população. Através deste sistema, qualquer pessoa, física ou jurídica, consegue facilmente encaminhar pedidos de acesso à informação para os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, bem como, quando necessário, dar entrada em recursos ou reclamações.

Nos mesmos conformes, o inciso I do art. 4º da Lei define o que são essas informações a que o cidadão passa a ter o pleno direito ao acesso a partir da vigência da Lei. De acordo com o dispositivo,

informações são “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, registrados em qualquer suporte ou formato”. Substituindo as palavras da Lei, podemos interpretar que informações são quaisquer dados produzidos pela Administração Pública em qualquer esfera do poder público brasileiro.

Em tese, a Lei é um marco na reorganização da Administração Pública, provocando mudanças a curto prazo por parte de todos os órgãos e entidades em todos os níveis de Poderes.

3. CUSTO E ABRANGÊNCIA

Com relação ao preço a ser pago pelos cidadãos pela obtenção dos serviços de fornecimento das informações, o art. 12 da Lei nº 12.527/2011 menciona que o serviço de busca e fornecimento da informação é gratuito, porém faz ressalva quanto aos custos dos serviços e dos materiais utilizados na reprodução e envio de documentos, deliberando que estes podem ser cobrados com o fito de ressarcimento dos serviços e materiais utilizados, situações em que o órgão ou entidade deverá disponibilizar ao requerente uma Guia de Recolhimento da União (GRU) ou documento equivalente para que proceda com a realização do pagamento.

É fato que a maioria dos dispositivos da Lei de Acesso ainda não se enquadra na realidade de muitos Municípios brasileiros, pois mesmo com tanta facilidade de aquisição de tecnologia no mercado, grande número das municipalidades não possui condições financeiras e estrutura mínima de pessoal capaz de oferecer ao povo o acesso às informações públicas na forma como proclama os artigos da Lei nº 12.527/2011. Contudo no parágrafo 4º do artigo 8º da Lei, o legislador dispensa os Municípios com menos de dez mil habitantes de realizar a obrigatória divulgação na internet, mantendo apenas o comprometimento, que já possui considerável peso, de divulgar em tempo real a execução orçamentária.

Segundo dados do Governo Federal, quando a

Lei completou um ano de vigência a Controladoria-Geral da União (CGU) registrou mais de 80 mil pedidos de acesso à informação, com tempo médio de entrega das respostas aos cidadãos atingindo 11,3 dias. (Alagoas, Jornal Extra de. 2013). O prazo máximo para o fornecimento, de acordo com a Lei, é de 20 dias, sendo possível prorrogação por mais dez. Ou seja, pode-se notar, a princípio, a montagem de um novo cenário burocrático no Brasil, mas muitos anos ainda estão por vir para constatar a eficácia do novel regulamento, que provavelmente necessitará ser remodelado em consonância com as diretrizes da democracia no tempo.

4. PRINCIPAIS DESAFIOS

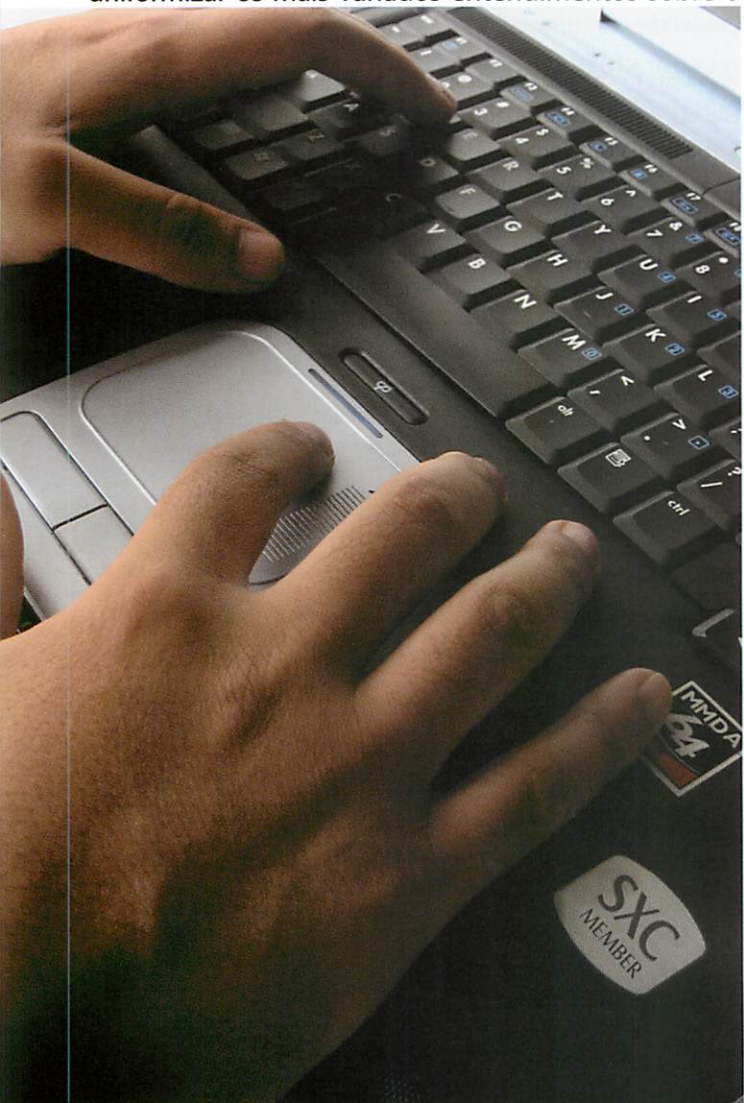
Neste novo panorama, o Brasil certamente haverá de ultrapassar algumas barreiras, em especial as institucionais e sociais citadas ao longo deste trabalho. Talvez, necessitará de um órgão central para reunir e uniformizar os mais variados entendimentos sobre o

tema. Provavelmente muitos entraves não de chegar ao Judiciário, que por sua vez apresentará dificuldades em suas decisões quanto a várias questões, como a publicação de salários de servidores públicos (direito à informação “versus” direito à privacidade) ou a disponibilização de informações a respeito das empresas estatais (direito à informação versus sigilo comercial) ou de cartórios e juntas comerciais (direito à informação “versus” sigilo comercial/direito à privacidade).

A eficácia do funcionalismo público é outro ponto a ser vastamente analisado e discutido. O conhecimento da Lei e sua eficácia por parte da grande maioria dos funcionários públicos, como também o gerenciamento de mudanças na rotina em prol de sua observância tornar-se alvo de estudo dos gestores públicos, principalmente no que compete às esferas estaduais e municipais, onde há propiciabilidade à resistência ao real cumprimento de suas normas, haja vista que muitos servidores/funcionários mesmo tendo o total conhecimento da Lei, se não forem devidamente conscientizados e treinados, podem simplesmente optar por quedarem-se inerte ao novo ordenamento, sendo naturalmente mais fácil seguir cultivando os velhos hábitos, os quais, infelizmente, não acompanham a evolução da proposta de avanço embutida no diploma legislativo.

A cultura do segredo é um bom exemplo das práticas anteriores e contrárias à Lei de Acesso, identificada facilmente na precária utilização das informações pelo próprio poder público até pouco tempo cotidiana. Antes, em muitas divulgações, não ficava claro exatamente o que estava sendo informado, para quem e com qual objetivo. As informações sob a guarda do poder público eram tratadas como sendo de propriedade do próprio Estado, seus órgãos e entes.

A implantação da Lei de Acesso à Informação proporcionou ao povo um controle maior e cuidadosamente regulamentado sobre essas informações, afinal de contas elas não pertencem ao poder público, mas apenas são por ele produzidas e gerenciadas, em sua maioria como requisitos de constituição de um ato legal e válido para o cidadão.



Uma pesquisa realizada em 2011 pela CGU e UNESCO (DA MATTA, 2011, p. 19), ao entrevistar servidores do Executivo Federal, concluiu que a busca pelo controle da informação configurou-se “prática recorrente” entre funcionários públicos de todos os âmbitos. Esta realidade exprime, muito provavelmente, o maior desafio da Lei em termos de legalidade, já que o monopólio de acesso aos dados produzidos pelos entes governamentais poderá ser devidamente classificado como crime da não resposta, ocasionando violação ao direito à informação. Caso o cidadão tenha o seu pedido de acesso a informação ignorado, haverá de passar por uma série de apelações, todavia, eventualmente, não obtendo sucesso poderá, então, valer-se do Judiciário para concretizar o seu direito.

Por fim, outro fator decisivo no tocante à promoção de uma concreta evolução dessa nova era de livre acesso às informações públicas consiste, de fato, na atuação da sociedade. Partindo-se da premissa de que na fase de implantação houve pouca participação da população, leva-nos a entender que será imperativo um inestimável esforço por parte de todos os cidadãos, direcionado a uma utilização inteligente do novo sistema, com consciência e comprometimento. Entretanto, se for preciso buscar o Judiciário (como explicado nos parágrafos acima), talvez o cidadão precise de mais algum tipo de mecanismo de proteção para não se intimidar perante ameaças de retaliação governamental.

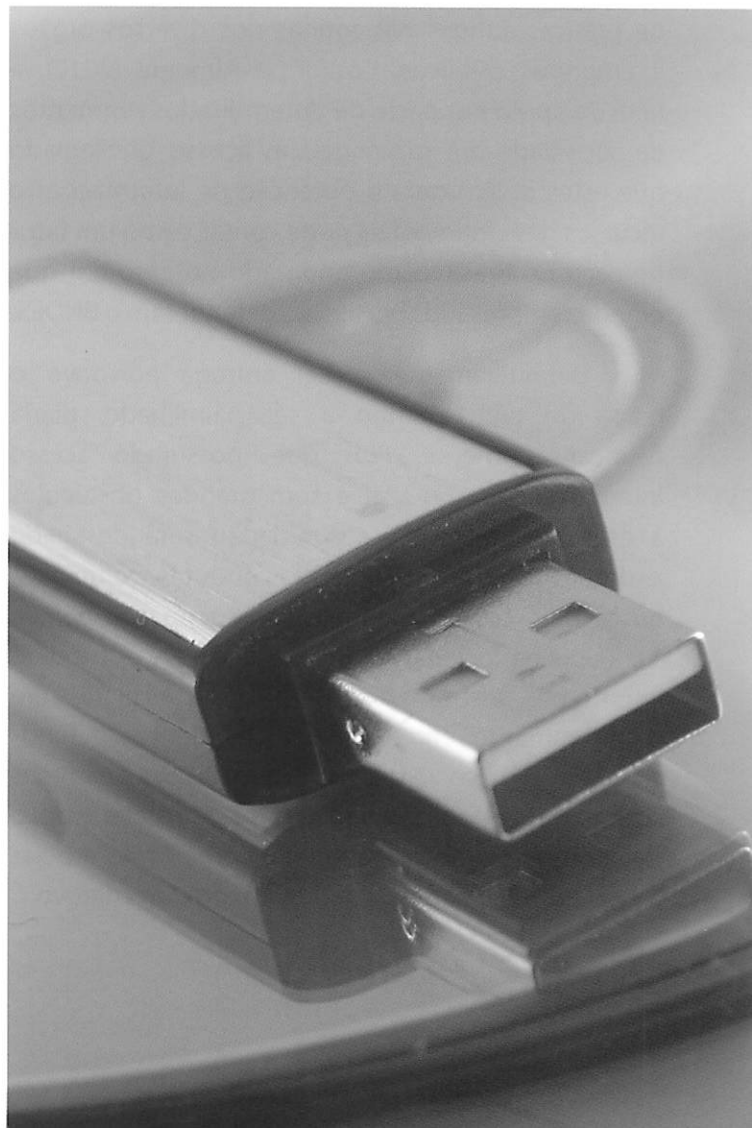
5. CONCLUSÕES

Com uma população mais consciente dos seus direitos e das obrigações estatais, tal como da situação de desenvolvimento nunca antes alcançada pelo país, a Lei de Acesso à Informação sem dúvidas fez subir um degrau de eficiência, quanto à cultura de gerenciamento de informações, que agora a nação brasileira começou a galgar. Aos poucos, o Brasil vai avançando seguindo bons modelos de práticas já consolidadas em outros países.

Não dá para firmar promessa de que a Lei de

Acesso figurará como uma ferramenta chave nas mãos da população no combate a corrupção, mas ela é, sim, um instrumento que impõe uma série de obrigações aos gestores públicos rumo a mais transparência em seus atos. Agora, por exemplo, os administradores públicos pôr-se-ão mais rapidamente em real posição de suspeita contra a sociedade, caso simplesmente descumpram algum dos artigos da Lei.

A Lei de Acesso a Informação é, sem dúvida, um passo extremamente importante para a democratização das relações governamentais com a sociedade, afinal não há motivo claro e evidente que justifique a construção e manutenção de barreiras entre o cidadão e os dados processados e gerenciados pelo poder público, tendo em vista que a natureza dessa relação é de servir a população. Note-se, ainda, que a ausência desta regulamentação era de tamanho atraso para a concretização dos princípios fundamentais da administração, a publicidade e eficiência, entre outros.



A Lei nº 12.527/ 11, permitirá a nação brasileira um conhecimento maior acerca dos diversos trâmites realizados pela Administração Pública em seus mais variados atos, bem como de um pouco do passado que para muitos ainda representa uma reta de interrogações, podendo assim o cidadão andarilhar pelas diversas áreas de cada poder e alcançar suas próprias conclusões.

Outra grande vantagem da Lei em questão, consubstancia-se no fato dela possibilitar ao cidadão uma fiscalização em tempo real dos atos e atividades dos entes administrativos, além de trazer para os próprios órgãos e governos a responsabilidade de atualizar-se e reorganizar-se em direção ao cumprimento dos seus dispositivos, deixando uma margem de exigência para a população.

Em termos de rendimento populacional, ressalte-se a necessidade de ampla e intensa divulgação a respeito do direito à informação e da Lei de Acesso, não só através de campanhas inconstitucionais, mas também gerenciando uma contínua reformulação de práticas antigas nas rotinas dos diversos órgãos e empresas públicos. Conforme Almeida (2010), a falta de apoio por parte de determinados segmentos da sociedade em razão de um acesso privilegiado que estes detêm para a obtenção de informações e recursos governamentais pode contar como um fator de risco no Brasil, como apontado no caso em que grandes empresários brasileiros defenderam o BNDES.

Definitivamente, a Lei entrega ao povo o mapa de um caminho a ser palmilhado, diária e incansavelmente. Pois que, possuindo acesso integral em tempo real e sem grandes obstáculos a essas informações, cada cidadão será desafiado a desenvolver rotineiramente condutas voltadas à busca pelo conhecimento e à preocupação com o seu papel na sociedade, uma vez que a ele é atribuído importante instrumento para o alcance de um monitoramento eficaz dos procedimentos e feitos do poder público. O desafio é que muitos saiam das suas zonas de negligência, que os fazem calar a troco do conforto proporcionado pelo comodismo e pelas omissões de responsabilidades, em prol do coletivo.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

ALMEIDA, Cássia; NOVO, Aguinaldo; DUARTE, Patrícia. Manifesto de empresários defende BNDES, mas especialistas criticam política de fomento. **O Globo**. 5 ago. 2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/manifesto-de-empresarios-defende-bndes-mas-especialistas-criticam-politica-de-fomento-2969438>>

DA MATTA, Roberto. **Sumário Executivo**: Pesquisa Diagnóstico sobre Valores, Conhecimento e cultura de Acesso à Informação Pública no Poder Executivo Federal brasileiro. Dez. 2011. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/SumarioPesquisaAcessoInformacao/SUMARIO_FINAL.pdf

_____. Alagoas, Jornal Extra de. **Notícias – Nacional - Lei de Acesso à Informação abriu caixas-pretas, diz ministro**. Disponível em: <http://www.extralagoas.com.br/noticia/9416/politica/2013/05/15/lei-de-acesso-a-informaco-abriu-caixas-pretas-diz-ministro.html>. ATUALIZADO EM 15 DE MAIO DE 2013.

_____. Lei nº 12.527, 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 18 novembro 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>

_____. Decreto n. 7724, 16 maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do **caput** do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. **Diário Oficial da União**, 16 maio 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm>. Acesso em: 05 jun. 2012.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: A CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA À LUZ DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA



João Victor Meneses

Graduando em Psicologia pela Universidade Federal de Sergipe. Estagiário do Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes, do Tribunal de Justiça de Sergipe. Vencedor do I Concurso de Monografias Jurídicas realizado pela Defensoria Pública de Sergipe.

RESUMO

O presente estudo avalia a posição majoritária da jurisprudência quanto à legitimidade do Ministério Público para defender os interesses individuais homogêneos. Desde a promulgação da Constituição de 1988, desenrola-se um intenso debate doutrinário sobre a vocação ministerial em defender tais interesses, visto que são verdadeiros direitos individuais e plenamente divisíveis. A análise das quatro principais teorias que versam sobre o tema nos fornecerá subsídios necessários para determinarmos qual o entendimento que prevalece nos tribunais brasileiros. O estudo consiste numa pesquisa bibliográfica, com uso de legislação, entendimento sumulado, e orientações jurisprudenciais. Analisou-se, a título de ilustração, a atuação do *Parquet* em favor dos segurados do DPVAT e contra a cobrança abusiva de mensalidades escolares. Conclui-se que o critério de relevância social tem sido determinante para definir a legitimidade do Ministério Público em tais casos, e que a progressiva inserção do *Parquet* enquanto substituto processual não constitui óbice à missão que lhe foi constitucionalmente atribuída.

Palavras-chave: direito individual homogêneo; Ministério Público; tutela coletiva.

INTRODUÇÃO

A legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública em defesa dos interesses individuais homogêneos constitui um dos principais

pontos de embate entre os doutrinadores modernos. A controvérsia, a princípio, diz respeito ao alcance da tutela coletiva pretendido pela Constituição Federal, e engloba quatro teorias majoritárias, das quais serão destacados os argumentos mais pertinentes ao propósito desse artigo, qual seja, determinar como a jurisprudência vem se posicionando frente a essas questões.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer o que seriam direitos individuais homogêneos. A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) assevera, no artigo 81, III, que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de direitos individuais homogêneos, “assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Sabe-se que os direitos dessa natureza atingem um número determinado ou determinável de sujeitos, em que o interesse de um pode ser satisfeito mesmo sem a anuência dos demais. São homogêneos à medida que apresentam características de semelhança, analogia, como por exemplo, o direito à publicidade, comprometido a partir do momento em que um grupo de indivíduos adquire determinado produto mediante propaganda falsa ou enganosa. Trata-se de direito subjetivo individual, que será reclamado em juízo pelo Ministério Público, sob a forma de substituto processual.

Tutelar interesses de indivíduos coletivamente, apesar do inevitável paradoxo, além de contribuir para a economia processual, ajuda a superar a antiga ótica individualista sob a qual está calcado o Processo Civil brasileiro. A esse respeito, é precisa a observação de que os direitos homogêneos são:

[...] por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais. (BENJAMIM, 1995, p.9)

Definida originalmente pelo CDC, a tutela desse tipo de direitos surgiu – como era de se esperar – para salvaguardar os anseios de consumidores inconformados. Apesar de ainda tímida, se levarmos em conta a tutela dos direitos difusos e coletivos, a atuação do Ministério Público tende a se expandir à medida que a doutrina moderna e a jurisprudência lhe concedem terreno. Vejamos os pontos que norteiam a discussão.

1. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: BERÇO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

As lesões aos direitos do consumidor são tantas e tão variadas que o constituinte preferiu relegar ao legislador ordinário sua conceituação, traçando apenas diretrizes gerais. A Constituição afirma, no inciso XXXII, do artigo 5º, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. De igual modo, tal defesa também é princípio informador da atividade econômica nacional, preconizado pelo inciso V, do art. 170. O diploma consumerista, por sua vez, delimitou três direitos que podem ser reclamados pela tutela coletiva: coletivos *stricto sensu*, difusos e individuais homogêneos. A conceituação do CDC, por vezes lacônica, deu margem ao surgimento de quatro teorias sobre a legitimação do Ministério Público frente aos interesses individuais homogêneos.

Cumprido dizer que não encontramos o termo “direito individual homogêneo” em nenhuma parte do texto constitucional, sendo esse uma construção doutrinária ou, como prefere Didier, uma “ficção jurídica”, elaborada com vistas a otimizar a prestação jurisdicional (lembremos que a tutela coletiva de tais

direitos evita o acúmulo de processos com pedidos iguais, e, portanto, a litispendência).

Os adeptos da teoria restritiva absoluta, encabeçada pelo eminente jurista Miguel Reale, partem da interpretação ortodoxa do artigo 127, da CF, para o qual o Ministério Público é encarregado da defesa “da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Segundo o advogado paulista, “a legitimação do Ministério Público para a proteção de quaisquer direitos individuais homogêneos alberga o risco de transformar a comunidade em um conglomerado de incapazes” (RE 195.056, Rel. Min. Carlos Velloso, Revista dos Tribunais de Justiça 185/302).

Em segundo lugar, existe a teoria restritiva aos direitos disponíveis, que defende, em suma, a intervenção do Ministério Público apenas em situações afetas à coletividade. Alega, em resumo, que a vocação do *Parquet* é o patrocínio de direitos indisponíveis, e que representar em juízo o interesse de particulares é inevitável contrassenso.

A teoria ampliativa, por seu turno, considera que, por se tratar de ação coletiva, deduz-se que a pretensão almejada em juízo refere-se a direito indisponível, deslocando o eixo de discussão do centro constitucional para a seara do Processo Civil. No entanto, não é possível subestimar a ação de particulares que se reúnem com fins que nem sempre tocam o interesse comum, isso quando não o são puramente individuais. Os ampliataístas defendem, em última análise, que todas as ações coletivas são passíveis de defesa pelo Ministério Público.

Por fim, temos a teoria mista ou eclética. Seus adeptos sugerem que o Ministério Público é parte legítima na defesa dos direitos individuais homogêneos, desde que revestidos de relevante interesse social. Em nenhum momento há menção à disponibilidade dos direitos, sendo estes indiferentes para a resolução da controvérsia. Ada Pellegrini Grinover comenta que:

Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando

de direitos ou interesses disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao Ministério Público, desde que compatíveis com suas finalidades (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja o objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição (GRINOVER, 2007, p.891)

Num primeiro momento, a jurisprudência mostrou-se dividida, acolhendo, ora os entendimentos mais restritivos, ora ampliando o escopo do órgão ministerial. Destacamos dois casos de repercussão geral que acenam para uma possível sedimentação no entendimento dos Tribunais Superiores em favor da teoria eclética ou mista.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS SEGURADOS DO DPVAT

Apesar das inúmeras decisões que concedem ao órgão ministerial a prerrogativa de defender em juízo os interesses individuais homogêneos (desde que dotados de relevância social), ainda persistem resquícios da teoria restritiva aos direitos disponíveis em alguns Tribunais Superiores. Exemplo característico dessa postura pode ser encontrado na edição da súmula nº 470, do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: "O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado". A partir da análise de julgados recentes e tendo em vista que trata-se de súmula não-vinculante (portanto, não possui eficácia *erga omnes*), percebemos que a jurisprudência caminha em sentido contrário àquele esposado pelo STJ.

O DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre) é seguro obrigatório devido às vítimas de acidentes de

trânsito, independente da aferição de culpa. Regulado pelo Conselho Nacional de Seguros Privador (CNSP), o DPVAT busca, por um lado, custear as despesas médicas decorrentes do acidente de trânsito, e, por outro, indenizar a vítima pelo transtorno moral.

Trata-se de direito individual (requerer as parcelas devidas do DPVAT), determinável (exigível por quem sofreu a lesão ou pelo dependente, em caso de morte), e disponível. À primeira vista, não existe relevante interesse social, fato que desautorizaria a intervenção do *Parquet*. No entanto, cabe aqui colacionar lição de Fredie Didier, crítico da posição adotada pelo STJ:

[...] se milhões de pessoas carentes, assassinadas em nossas rodovias, que por serem párias do sistema, dependem em tudo do Estado, até mesmo da assistência judiciária para receber as diferenças do DPVAT (quando conseguem compreender que foram lesadas em parcela de seus direitos), não representam, para o Tribunal, relevante interesse social, talvez seja realmente a hora de repensarmos este modelo, reconhecendo aos direitos individuais homogêneos, como um todo, a prerrogativa de relevante interesse social, salvo se não forem homogêneos, embora o sejam. (DIDIER, 2012, p. 364).



É o caso, por exemplo, do pedestre vitimado por veículo automotor que nunca contribuiu para o seguro DPVAT, e que muitas vezes não sabe que o seguro sequer existe. Situações como essa não são raras no Brasil: pessoas que moram (e morrem) às margens de rodovias, submetidas ao perigo constante de atropelamentos e que, acima de tudo, não têm acesso a direitos fundamentais, são as principais prejudicadas pela ausência do albergue ministerial. Em casos como esse, frustrar a atuação do Ministério Público é, a nosso ver, negar o próprio exercício da cidadania, consubstanciado no direito à indenização.

Recentemente, em junho de 2014, o Plenário do STF dirimiu a polêmica. Em sede de Recurso Especial nº 631.111, interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, a Corte mais uma vez acolheu a teoria mista. O voto vencedor, de lavra do Ministro Teori Zavaski, assevera que “é importante enfatizar que pela natureza e finalidade desse seguro o seu adequado funcionamento transcende os interesses individuais dos segurados”.

Sem dúvida, a função social do DPVAT é não deixar que famílias inteiras fiquem desamparadas após a morte ou invalidez do segurado. Além disso, é louvável a participação do Ministério Público em demandas que a parte não tenha instrução suficiente para requerer as prestações a que faz jus. O exemplo do DPVAT comprova que a teoria mista é a mais indicada para lidar com os litígios coletivos contemporâneos.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A COBRANÇA ABUSIVA DE MENSALIDADES ESCOLARES

Outro tema que ganha relevo quando se discute os interesses individuais homogêneos é o direito à educação, encartado no art. 6º da Constituição. Estamos nos referindo aos casos em que instituição particular de ensino reajusta o valor das mensalidades escolares de forma abusiva, em franca oposição aos valores praticados no mercado. Prevalece neste caso a posição de que o Ministério Público é dotado de legitimidade para pleitear em juízo o interesse dos

pais eventualmente lesados, visto que se trata de demanda revestida de relevante interesse social. Aliasse, portanto, à teoria mista. A repercussão da matéria levou o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula nº 643, que assim dispõe: “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares.”

É o caso do pai que se vê surpreendido pelo aumento abusivo e repentino da mensalidade escolar dos filhos. O reajuste unilateral das mensalidades constitui lesão a direito individual homogêneo em dois sentidos: primeiro, porque fere determinação legal (Lei nº 9.870/99), que obriga a instituição de ensino a fornecer planilha de custos, em local acessível, a todos os interessados; e segundo, porque afronta o próprio princípio de boa-fé objetiva, ao alterar os valores



em padrões que não haviam sido originalmente acordados. Vale dizer ainda que a instituição de ensino não pode invocar a teoria da imprevisão para se eximir de suas responsabilidades contratuais. O único reajuste válido é aquele baseado no índice oficial de inflação.

Ao contrário dos sindicatos e das associações de classe que, em geral, encontram-se bem organizadas para repelir agressões aos seus associados, os pais ficam literalmente perdidos, cada um ajuizando suas próprias ações. A intervenção do Ministério Público em demandas desse tipo acaba por fortalecer o Judiciário, que não precisa julgar pedidos iguais em processos separados.

A súmula do STF, portanto, ocupa posição de vanguarda no atual cenário jurídico. Não podemos nos esquecer, contudo, que a atuação do Ministério Público ainda pode ser ampliada. Citemos duas situações escolares em que resta caracterizado lesão de direito individual homogêneo: a ausência de publicação do percentual de reajuste da mensalidade, em afronta ao art. 2º, da Lei nº 9.870, que dispõe sobre o valor total das anuidades escolares, e a não devolução das parcelas cobradas a título de pré-matrícula (usado em instituições de ensino que promovam processo seletivo como forma de ingresso), caso o aluno não venha a ser aprovado.

Por ser direito social resguardado pela Constituição, a jurisprudência geralmente se posiciona no sentido de legitimar o Ministério Público em relação a esse tipo de lide, adotando a teoria mista. Nesse sentido, vaticina Maurício Corrêa:

Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido de capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo recomenda-se o abrigo estatal. (RE nº 163.231-SP. Rel: Min. Maurício Corrêa. Informativo nº 234 do STF)

Frise-se que, além das mensalidades abusivas, outro obstáculo imposto aos alunos é a excessiva

taxação. É prática comum em alguns estabelecimentos de ensino superior exigir o pagamento de taxa para a expedição de diploma, segunda chamada, revisão de prova, etc. Em casos deste jaez, ao contrário da doutrina mais autorizada, a maioria dos tribunais reitera a ilegitimidade ativa do Ministério Público, sob a alegação de não há relevante interesse social. Além de tecnicamente discutível, as decisões nesse sentido destoam da concepção moderna de interesse coletivo. É pertinente a observação de que a dificuldade quanto à tutela de direitos individuais homogêneos dessa natureza

[...] surge da conjugação de uma legislação lacônica, fundada em conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, aliada a uma postura tradicionalista de alguns membros do Poder Judiciário, que, infelizmente, e com todas as vênias, ainda não se mostram imbuídos de uma mentalidade apropriada à solução de conflitos de massa, os quais demandam regras próprias, sendo inviável a aplicação das mesmas regras atinentes à jurisdição individual. (PINHO, 2001, p.1)

A fim de que seja dada voz a todas as teorias, citamos julgado do Superior Tribunal de Justiça, que ilustra a sistemática da teoria restritiva aos direitos disponíveis, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA DE ENSINO SUPERIOR. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO DIVISÍVEL E DISPONÍVEL. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. A hipótese dos autos versa



sobre a legitimidade do Ministério Público Federal para propor ação civil pública visando reconhecer a ilegalidade da cobrança de taxa para a expedição de diploma universitário. 2. A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que **“o Parquet somente tem legitimidade para promover ação civil pública visando a defesa de direitos individuais homogêneos e disponíveis em casos restritos, quando houver interesse público relevante, o que não se configura no caso em apreço, porquanto essa traz consequências tão somente a um grupo específico de indivíduos”** (REsp 683.705/PE, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, 21/11/2005), (STJ - REsp: 1115112 PE 2009/0000350-4, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 13/10/2009, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/10/2009)

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal vem adotando posição contrária à teoria restritiva aos direitos disponíveis. Com o voto do eminente Ministro Celso de Mello, proferido no início de 2013 em sede de Recurso Especial, a Suprema Corte firmou entendimento de que a cobrança de taxa para obtenção de diploma ofende o princípio do acesso pleno à educação. Diz o decano que o direito à educação reveste-se:

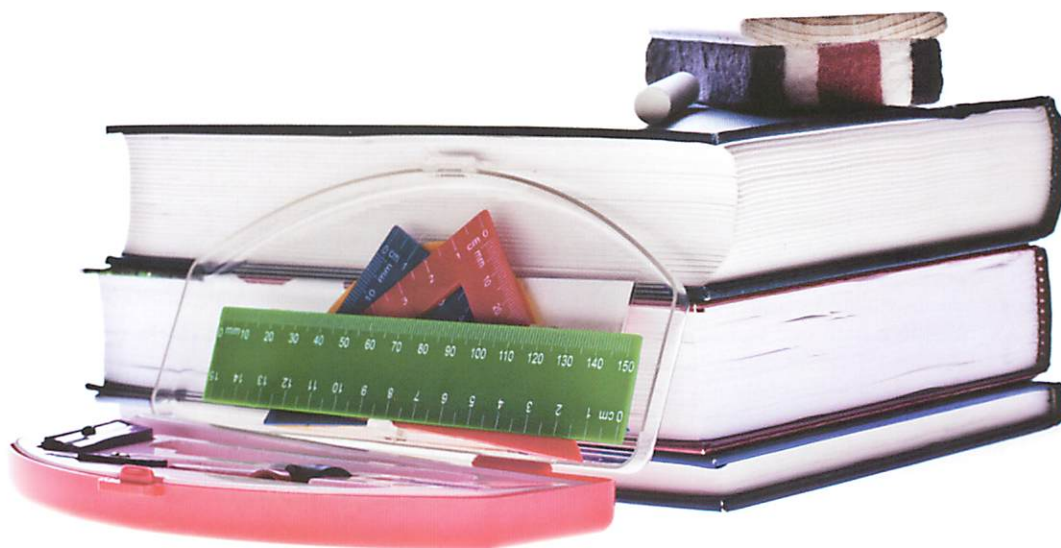
[...] de caráter de metaindividualidade e que se identifica com os direitos individuais homogêneos impregnados de relevância social, para os quais confere o texto constitucional legitimidade ao Ministério Público para a sua defesa através da ação civil pública. (STF – RE: 608870 PE, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 04/02/2013, Data de Publicação: DJe-028 DIVULG 08/02/2013 PUBLIC 13/02/2013)

Por fim, cumpre ressaltar que, conforme afirma De Paula (1995), a existência de relação de consumo “não elide obrigações sociais decorrentes de direitos fundamentais da criança e do adolescente que, obviamente, escapam da esfera eminentemente negocial”. Assim, o Ministério Público nos parece ser peça fundamental na preservação do acesso à educação enquanto direito que ultrapassa a dimensão meramente financeira.

4. CONCLUSÃO

Vimos que a defesa dos interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público é um dos temas mais controversos na seara do Direito Processual Civil. Os autores se debruçam sobre duas questões fundamentais: o Ministério Público deve atuar em favor dos interesses individuais disponíveis ou apenas dos indisponíveis? O que deve ser entendido por “relevante interesse social”? Ao longo da discussão, quatro teorias despontaram.

A primeira sugeria a total incapacidade do Ministério Público em defender interesses individuais homogêneos (teoria restritiva absoluta), sob a alegação de que correríamos o risco de transformar



a sociedade num “conglomerado de incapazes”. A segunda concedia ao *Parquet* legitimidade para defender apenas os interesses individuais homogêneos disponíveis (teoria restritiva relativa), quer dizer, aqueles que a parte pode abrir mão sem que terceiro venha a se opor. A teoria ampliativa admite a defesa de quaisquer direitos, desde que propostos através de ação coletiva. Concluem, em suma, que “o simples fato de o ser supraindividual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações” (REsp 637.332/RR, Rei. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24.11.2004, DJ 13.12.2004 p. 242).

A quarta e última teoria merece destaque. Majoritária na doutrina e na jurisprudência, sustenta que o Ministério Público é parte legítima para defender interesses individuais homogêneos, quer disponíveis ou indisponíveis, desde que constatado relevante interesse social. A requisição das parcelas do DPVAT e a atuação contra o reajuste abusivo de mensalidades escolares dão conta que a teoria mista é responsável pela considerável ampliação do albergue ministerial.

A capacidade postulatória do Ministério Público em relação aos direitos individuais homogêneos é, acima de tudo, um sinal dos tempos. Significa, em síntese, a superação do modelo individualista que durante muito tempo permeou o processo civil brasileiro, e a inclusão de novos sujeitos enquanto partes processuais. Além disso, contribui para a celeridade do Judiciário, evitando que demandas iguais sejam julgadas separadamente.

Concluimos que a jurisprudência, apesar de inconstante no início, revela sua preferência pela teoria mista ou eclética, que concede ao Ministério Público legitimidade para atuar em nome de indivíduos, unidos por fatos de origem comum, e dotados de relevante interesse social. Essa opção, a nosso ver, é a que mais se coaduna com o espírito constitucional, que concebe o Ministério Público como defensor da sociedade, inclusive em causas que ela esteja representada por grupos.

5-REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. **A insurreição da aldeia global contra o processo clássico**. In MILARÉ, Édis (coord). Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. SP:RT, 1995.

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

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF - Súmula 643**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2162&seo=1>>. Acesso em: 07 set. 2014

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **Educação, Direito, e Cidadania**. Estudos. Revista Igualdade IX, 1995. Acessível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_5_2_2.php

DIDIER JR., Fredie; JUNIOR ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Processo coletivo. 4. ed. Salvador: Editora jus Podivm, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária,

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público como forma de Acesso à Justiça**, Forense: Rio de Janeiro, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A IMPORTÂNCIA DA COMUNICAÇÃO INTERPESSOAL NO ATENDIMENTO AO PÚBLICO NAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE SERGIPE



Lidiane Medeiros Mattos

Acadêmica do curso de Administração Pública da Universidade Federal de Sergipe – UFS. Técnica do MP/SE.

RESUMO

Apresentam-se, neste trabalho, algumas explicações sobre a comunicação interpessoal, alicerçadas em princípios norteadores da Administração Pública, com ênfase na eficiência. Consideram-se ainda, as obras publicadas na área de administração, com enfoque em gestão de pessoas. Faz-se aqui uma abordagem que engloba a relevância da comunicação e seu uso como ferramenta de apoio no atendimento à população que busca o auxílio nas Promotorias de Justiça do Ministério Público de Sergipe. Identificam-se, conjuntamente, dificuldades comuns encontradas ao se deparar com circunstâncias conflituosas durante a assistência prestada no Órgão. Sugerem-se, finalmente, ações que possam capacitar o servidor para lidar com as emoções e com determinados tipos de comportamentos. Assim, podem-se identificar e resolver possíveis problemas nesse processo, a fim de minimizar o estresse e contribuir com a melhoria dos serviços prestados.

Palavras-chave: atendimento, comunicação, eficiência, emoções.

1. INTRODUÇÃO

O processo de comunicação vem sendo avaliado e desenvolvido ao longo dos anos por pesquisadores da área da administração. A partir do estudo da teoria das relações humanas, diversos trabalhos foram

divulgados, os quais abrangem desde conceitos básicos sobre comunicação até a elaboração de técnicas de aprimoramento pessoal e profissional.

Será esboçada, neste artigo, uma curta análise a respeito da comunicação e sua importante relação com a prestação de serviços nas Promotorias de Justiça de Sergipe, com base na doutrina majoritária do direito e no seguinte:

- Princípios explícitos aludidos na Constituição Federal de 1988, artigo 37¹, *caput*, em especial, o da eficiência (incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998);

- Artigo 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Regula o Processo Administrativo);

- Artigo 43, VI e IX³, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público);

- Artigo 58⁴ da Lei Estadual nº 2.148/77 (Estatuto dos Funcionários Públicos de Sergipe);

1 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

2 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

3 Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: [...]

VI - desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções; [...]

IX - tratar com urbanidade as partes, testemunhas, funcionários e auxiliares da Justiça; [...]

4 Art. 58 - São requisitos para a permanência do funcionário no Serviço Público: I - Idoneidade Moral;

II - Assiduidade; III - Pontualidade; IV - disciplina; V - Eficiência; VI - Dedicção ao Serviço.

- Plano Estratégico Plurianual de Ação do Ministério Público do Estado de Sergipe 2011/2015⁵, que traz como valores institucionais: “Probidade, independência, urbanidade, proatividade, efetividade e transparência”, e como visão 2015: “Consolidar-se como Instituição organizada, moderna e proativa, objetivando cumprir integralmente sua missão constitucional de forma autônoma, independente, eficiente e transparente, para a transformação da realidade social.”

O intuito deste artigo é contribuir com a eficiência no atendimento, indicando um modo de atuar que produza, não só resultados favoráveis à consecução da finalidade a que o Ministério Público se destina, mas do mesmo modo, enriquecimento pessoal dos profissionais que atuam nesse Órgão.

2. BREVES ESCLARECIMENTOS SOBRE COMUNICAÇÃO

Preliminarmente, pode-se fazer uma distinção entre os conceitos de dado, informação e comunicação. *Dado* é um registro ou uma anotação a respeito de determinado evento ou ocorrência. Geralmente, é destituído de significado e, via de regra, pode ser quantificado. Quando um conjunto de dados possui significado, relevância ou propósito, se tem a *informação*, um conhecimento disponível para uso imediato que permite orientar uma ação. “Do ponto de vista científico, a informação é tudo aquilo que efetua um trabalho lógico sobre a orientação da pessoa em relação ao mundo que a cerca.” (CHIAVENATO, 2010, p. 315). Já a *comunicação* é a transmissão de uma informação entre pessoas ou organizações.

Certamente a comunicação não significa apenas enviar uma informação ou mensagem, mas abrange o recebimento e a compreensão de quem a recebe. A palavra comunicação provém do latim (*communis*) que significa tornar comum. Consoante o consenso de diversos autores, a comunicação é, em suma,

descrita como um fluxo de mensagens entre emissor e destinatário, estabelecendo-se um entendimento comum.

A comunicação envolve a transferência de significado. Se nenhuma informação ou ideia foram expressas, a comunicação não aconteceu. O falante que não é ouvido ou o escritor que não é lido não se comunica. Todavia, para que a comunicação seja bem sucedida, o significado não deve apenas ser transmitido, mas também compreendido. (ROBBINS et al., 2013, p. 94)

Importa observar, ainda, que não é necessário que se concorde com o que é dito, mas que se entenda. Comunicar não é aceitar um ponto de vista. É o elo que liga os indivíduos com o fim de compartilhar ideias, sentimentos, práticas, conhecimentos, valores, e muito mais.

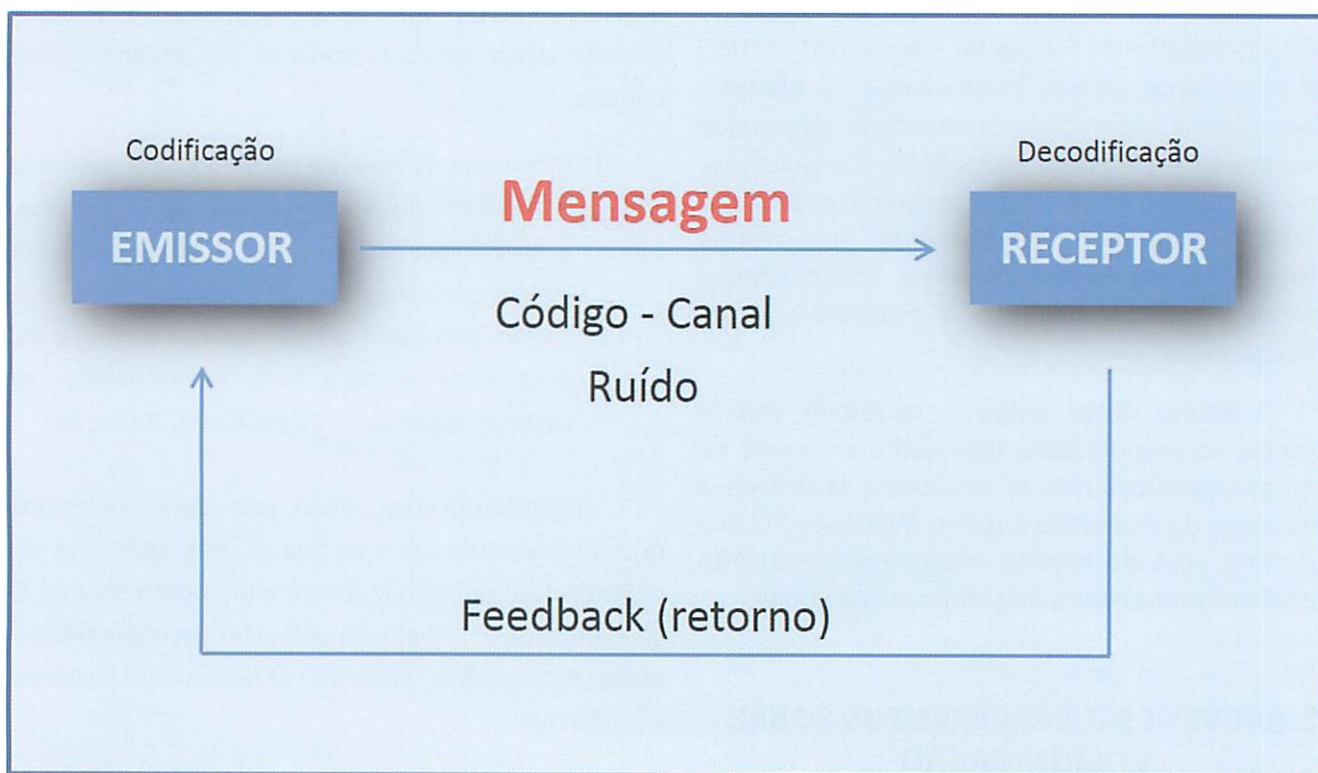
Segundo Robbins et al. (2013), observam-se três fatores nas comunicações: 1) palavras significam coisas diferentes para pessoas diferentes; 2) enviar uma mensagem não é certeza de que ela será recebida ou entendida como desejamos; 3) comunicações frequentemente se tornam distorcidas ao serem transmitidas de pessoa para pessoa.

3. O PROCESSO DE COMUNICAÇÃO

Vários especialistas em administração e gestão de pessoas descrevem o processo de comunicação através de um diagrama que, normalmente, traz os seguintes elementos:



⁵ Ministério Público do Estado de Sergipe. Plano Estratégico Plurianual de Ação do Ministério Público do Estado de Sergipe 2011/2015. Disponível em: <<http://www.mpse.mp.br/manuais/files/search/searchtext.xml>>.



A Mensagem é iniciada com a codificação de um pensamento pelo remetente, também chamado de emissor. A codificação é a conversão da mensagem em uma forma simbólica, enquanto a decodificação é a reconversão ou o deciframento da mensagem recebida. O uso das habilidades (escrita, fala, gestos, dentre outras) e dos conhecimentos individuais, e mais, o sistema sociocultural (grupo social, cultura, crenças, etc.), afetam as comunicações, tanto positiva quanto negativamente, assim como, influenciam a capacidade de quem envia e de quem recebe a informação.

O canal é o meio pelo qual cada mensagem trafega. Pode ser formal, direcionado a assuntos e procedimentos de trabalho, o qual tende a seguir uma hierarquia ou política organizacional, ou informal, que compreende troca de informações não documentadas, o qual ultrapassa níveis de autoridade, pois se move em qualquer direção. É desenvolvido espontaneamente, através da relação social.

Feedback, ou retroação, é a checagem do bom entendimento na transferência das mensagens, conforme o que fora intencionado. É a reação do destinatário à mensagem enviada. A falta de

comentários sobre a informação recebida cria uma chance de erros e desentendimentos que prejudicam a comunicação. A retroação pode ser verbal ou não verbal.

Já o ruído é um componente que tende a ocasionar a distorção de uma mensagem. Se dá quando a mensagem emitida sofre alterações no decorrer do processo da comunicação e chega ao destinatário diferente daquilo que era no início. Pode ocorrer em qualquer etapa do processo de comunicação.

4. ALGUMAS FORMAS DE COMUNICAÇÃO

De acordo com a literatura, podem-se distinguir algumas formas de comunicação dentro do contexto ora abordado, tais como:

- *Comunicação oral*: Refere-se à emissão de palavras e sons que se usa para comunicar;
- *Comunicação escrita*: É o registro de observações, ideias, dúvidas, informações, etc. Abrange também mensagens oficiais, a exemplo dos ofícios e memorandos. Clareza e concisão são fatores

essenciais para que se atinja um grau satisfatório de compreensão do que é exposto;

- *Comunicação eletrônica*: Mensagem de texto, voz, dentre outros, muito utilizada, tanto no meio profissional, como no pessoal. Há que se observar as regras vigentes quanto ao uso de e-mails ou outro tipo de documento eletrônico, e ainda os padrões de linguagem no âmbito do trabalho;

- *Comunicação não verbal*: Envolve todas as manifestações de comportamento não expressas por palavras. São gestos, expressões faciais, posturas, aparências, enfim, um leque de condutas, voluntárias ou não, que adicionam sentido ao que se exprime. Somam-se, ainda, outros aspectos, como emoções e temperamentos, que causam influência no resultado da comunicação.

5. BARREIRAS À COMUNICAÇÃO

Inúmeras são as barreiras que impedem que uma mensagem seja corretamente interpretada, o que provoca confusão e gera desentendimento. Tais barreiras encontram-se estritamente ligadas ao ruído, elemento importantíssimo, já referido no processo de comunicação.

De uma forma geral, Chiavenato (2010) distingue três tipos de barreiras, a saber:

- *Barreiras pessoais*: Decorrem das limitações, emoções e valores humanos de cada pessoa;

- *Barreiras físicas*: Interferências no ambiente em que acontece o processo de comunicação;

- *Barreiras semânticas*: Distorções ou limitações decorrentes dos símbolos por meio dos quais a comunicação é feita.

Entretanto, alguns aspectos que se encontram nos meandros desses bloqueios merecem atenção, principalmente no tocante ao atendimento ao público nas Promotorias de Justiça, função primordial do Ministério Público, conforme se discorre a seguir:

Os hábitos de escuta são destacados pelos estudiosos como uma das barreiras mais frequentes nas

comunicações. Faz-se aí uma diferenciação entre ouvir e escutar, sendo, a última, dar sentido ao que se ouve. Escutar requer atenção, interpretação, lembrança. “Em vez de ouvir para entender o significado, ouvimos para determinar se concordamos ou discordamos do que foi dito. Começamos a pensar sobre nossa resposta ao que está sendo dito em lugar de escutar a mensagem completa.” (ROBBINS et al., 2013, p.105).

A percepção seletiva no processo de comunicação é aquela em que tanto o remetente quanto o destinatário veem e ouvem seletivamente, baseado nas suas características pessoais, motivações, experiências, etc. O receptor tende a projetar seus interesses e expectativas nas comunicações quando as interpreta. Cada um traz consigo um grupo de percepções tendenciosas, o que pode frequentemente causar distorções.

Outro aspecto bastante comentado é o da honestidade (pode-se aí fazer uma analogia com ética, tópico indispensável dentro da administração pública). Robbins et al. (2013, p. 109) afirma que “uma boa parte do que passa por ‘comunicação pobre’ nada mais é do que indivíduos que propositalmente evitam a honestidade e a sinceridade”. Às vezes, para evitar magoar alguém ou ocasionar algum tipo de confronto, as pessoas recorrem a mentiras como meio de transmissão de mensagens ambíguas ou incorretas. Dizer ao outro o que ele quer ouvir, ao invés do que lhe é necessário, impede a comunicação eficaz. Não se quer dizer com isso que se deva ser grosseiro, ao contrário, é prudente saber como comunicar algo desagradável sem causar tensão, de forma que o receptor compreenda a verdade do conteúdo da informação ou orientação que lhe é passada.

6. A COMUNICAÇÃO E O ATENDIMENTO NAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA

Inicialmente, é vital frisar que as propostas aqui mencionadas, baseadas tanto em vivências pessoais quanto em estudos divulgados na área de administração de empresas – mais notadamente, gestão de pessoas – tratam-se apenas de indicações

que visam a contribuir com a melhoria do atendimento prestado no Ministério Público do Estado de Sergipe, sem cunho doutrinário ou normativo.

As sugestões são apresentadas com o propósito de reduzir e, preferencialmente, eliminar os ruídos, muito prováveis de ocorrer, ao se receber uma reclamação no âmbito promotorial.

Parte-se da premissa que os indivíduos que buscam auxílio nas Promotorias de Justiça, na maioria das vezes, estão contrariados, passando por algum tipo de dificuldade, em suma, abalados psicologicamente. É provável que nessa situação a pessoa, ao exprimir-se, coloque uma carga emocional negativa, advinda de suas aflições e preocupações. Arredondo (2007) comenta que para saber lidar com comunicadores

agressivos faz-se necessário que se entenda o que motiva o seu comportamento. O fato das pessoas chorarem pode ser uma manifestação natural, como também intencional, com o intuito de manipular. O autor recomenda, no caso de agressividade, que não se interrompa o indivíduo agressivo e que se deixe que a intensidade da raiva diminua, mantendo-se a calma. Aconselha, também, estabelecer limites no caso de linguagem inadequada ou ofensas por parte do reclamante. Para ele, demonstrar segurança é ser compreensivo sem deixar de ser firme.

Observa-se ainda que, como há uma enorme diversidade cultural entre a população dos países, bem como dentro do próprio Brasil, não sendo o estado de Sergipe exceção nesse aspecto, faz-se



necessário entender as diferenças e peculiaridades de cada região. Isso inclui fatores os quais vão desde a forma de falar, os sotaques, as limitações individuais, até o nível socioeconômico, político e cultural de cada cidadão e da própria região onde se está atuando.

É salutar que os atendentes, tanto no contato com órgãos administrativos, quanto no trato com os colegas de trabalho, e igualmente, no apoio à comunidade, tenham ciência da importância de uma comunicação não somente eficiente, como também eficaz. A eficácia é o alcance do resultado e traz como consequência a compreensão mútua, que completa o processo. Cabe notar que cada servidor representa um papel dentro do Ministério Público, fazendo-o agir em conformidade com a situação apresentada. Daí advém a capacidade de saber interpretar o momento e a forma correta de se comunicar em cada caso, com ética e responsabilidade.

Sob um aspecto genérico, a ética é uma preocupação com o bom comportamento: uma obrigação de considerar não somente o próprio bem-estar pessoal, mas também o das outras pessoas. Isso lembra a velha regra dourada: não faça aos outros aquilo que você não deseja que os outros lhe façam. (CHIAVENATO, 2010, p. 44)

6.1 SUGESTÕES PARA MELHORAR A EFICÁCIA NA COMUNICAÇÃO

No atendimento ao público, a principal função do profissional é ajudar a pessoa a resolver os seus problemas ou ter suas necessidades atendidas. Ao receber a população, é imprescindível passar uma imagem positiva e prestar um bom serviço, com educação, cortesia e simpatia. Transmitir corretamente as informações, esclarecer as dúvidas, indicar e ajudar a tomar decisões, bem como, acalmar os ânimos e evitar a perda de tempo são da mesma forma importantes para que se atinja o objetivo de bem atender.

A seguir, algumas ações que tendem a facilitar o processo de comunicação no atendimento:

- *Pensar antes de falar:* Perguntar a si mesmo

qual o núcleo da mensagem que se está tentando expressar. Concatenar as ideias a serem apresentadas de forma lógica e compreensível;

- *Segurar as emoções:* Embora seja improvável agir racionalmente em todas as situações, é forçoso ser imparcial, controlar-se e tentar não absorver o impacto negativo que possa haver ao se receber uma reclamação. “Não adianta negar a emoção. Ela estará presente em qualquer processo de comunicação. O importante é aprender a lidar com ela.” (ELTZ, 1994, p. 27). Saber controlar o tom de voz e conter-se gestualmente pode fazer com que o reclamante não se sinta ameaçado ou constrangido diante da situação, evitando-se, com isso, confrontos desnecessários;

- *Ter empatia:* Empatia é, resumidamente, a habilidade de identificar e reconhecer a condição de outrem, seus sentimentos e motivos, colocando-se no lugar da pessoa; envolve respeito e consideração com o próximo;

- *Simplificar e adequar a linguagem:* O receptor não é obrigado a saber (e não sabe, na maioria das vezes) o funcionamento e a atuação do Ministério Público, nem as normas as quais o Órgão utiliza, menos ainda os termos técnicos empregados no âmbito jurídico. Sobretudo nos municípios do interior, é fundamental se ter a aptidão para adaptar a linguagem a cada pessoa. Chiavenato (2013) sugere que se codifiquem as mensagens em palavras, apelos e símbolos que tenham significado para o destinatário. Fazer, afinal, com que ele entenda de fato o que se quer comunicar;

- *Abrir um canal:* Arredondo (2007) propõe que se estabeleça uma ligação com as pessoas, a fim de comunicar-se de maneira construtiva. Encorajar a confiança, alinhar o discurso com a ação, usar da transparência e da sinceridade, são meios que podem-se utilizar a fim de que se estabeleça um canal positivo de comunicação;

- *Escutar bem:* Apenas ouvir não é suficiente, é necessário compreender. Segundo Davis⁶ (1972 apud CHIAVENATO, 2010, p. 339), os “dez mandamentos do bom ouvinte” são:

⁶ DAVIS, KEITH. *Human Behavior at Work*. Nova York: McGraw-Hill Book Co., 1972, p. 394.

1. Parar de falar.
2. Colocar-se à vontade.
3. Mostrar que quer ouvir.
4. Afastar as possíveis distrações.
5. Buscar a empatia.
6. Ser paciente.
7. Dominar o temperamento.
8. Ir direto ao assunto e à crítica.
9. Perguntar.
10. Parar de falar.

Interessa observar que o primeiro e o último mandamento são idênticos, dada a importância que se deseja passar. Já Sisk⁷ (1973 apud CHIAVENATO, 2010, p. 339) aponta os “cinco guias para se ouvir”:

1. Evitar juízos de valor.
2. Ouvir toda a história.
3. Reconhecer os sentimentos e as emoções.

4. Reavaliar a posição do outro.

5. Perguntar com cuidado.

- *Usar feedback*: A retroação pode ser oferecida como meio para tentar compreender o que a pessoa que fala quer efetivamente comunicar. É recomendável que o feedback seja específico, impessoal, voltado para o comportamento, não para o indivíduo.

6.2 TÉCNICAS E MEIOS DE AUXÍLIO AO COMUNICANTE

Saber qual a técnica de apoio mais adequada para alcançar um melhor desempenho nas comunicações envolve a busca pelo autoconhecimento e autodesenvolvimento, além de humildade e vontade de conhecer-se. “Conhecer a si próprio não é tarefa trivial, nem produto acabado; é um processo que não termina nunca. O que vale aí é



⁷ SISK, HENRY L. **Organization and Management**. Cincinnati: South-Western Publ., Co., 1973, p. 535-536.

a atitude, a predisposição para a busca.” (VERGARA, 2003, p. 67). Para tanto, são oferecidos, dentre outros meios, aos que procuram:

- *Treinamento assertivo*: Técnica destinada a tornar a pessoa mais autoexpressiva, ao conseguir dizer o que se quer sem ser rude. Pode beneficiar tanto indivíduos assertivos demais, os quais honestidade e franqueza são qualidades tão naturais que podem ultrapassar o limite da assertividade, tornando-se agressivos, quanto aqueles que sofrem de um medo constante de magoar os outros, e que, portanto, precisam ser mais assertivos. Ser assertivo é, em suma, ser capaz de se comunicar sem ser tendencioso ou indelicado;

- *Escuta ativa*: Entender a mensagem a partir do ponto de vista de quem fala. Empatia, flexibilidade, concentração, aceitação e disposição são alguns pontos a se observar nessa técnica.

Um ouvinte ativo demonstra aceitação. Ouve objetivamente sem julgar o conteúdo. Isso não é uma tarefa fácil. É natural se distrair com o conteúdo do que um falante diz, especialmente quando se discorda do que é dito. Quando você ouve algo de que discorda, tem a tendência de começar a formular argumentos mentais para se opor ao que está sendo dito. (ROBBINS et al., 2013, p. 113)

6.2.1 EVOLUÇÃO HUMANA E ESMP

A Coordenação de Evolução Humana, Ética, Espiritualidade e Fraternidade, criada no Ministério Público de Sergipe, possui, na atualidade, diversos projetos disponíveis a todos os que fazem parte da instituição. Apesar de não ter havido, até o momento, um trabalho específico voltado para a comunicação e o atendimento nas Promotorias, pode-se afirmar que tanto a Coordenação de Evolução Humana quanto a Escola Superior do Ministério Público de Sergipe (ESMP) preocupam-se em trazer, seja em palestras, cursos ou eventos ministrados, assuntos e temas que possam propiciar o conhecimento intrínseco e o entendimento das emoções, quer das próprias, quer das alheias. Além disso, tais momentos ensejam

união, reflexão e reforço dos valores positivos, proporcionando, dessa forma, auxílio a quem almeja tornar-se um ser humano melhor.

É notável o esforço do Ministério Público de Sergipe em aprimorar a cada dia a maneira de se trabalhar com o atendimento à população, através do desenvolvimento de programas cujo foco está na ampliação do saber. Existem, atualmente, na ESMP, projetos em fase de análise voltados para a área de comunicação e atendimento que em breve devem ser efetivados⁸, os quais certamente trarão mais oportunidades aos interessados em obter excelência, profissional e pessoal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme dito na inauguração da nova Sede do MP/SE⁹: “[...]As pessoas mais difíceis de serem servidas [...] são as que mais precisam dos nossos serviços.”

Ser bem atendido é, mais que um desejo do cidadão, um direito. Ademais, é dever do servidor observar no processo de comunicação, não somente os princípios e as regras, mas também o fator humano. Cada indivíduo é diferente e reage de maneira diferente a cada situação. O reclamante que procura ajuda deve ter a impressão de que seus problemas serão tratados por seres humanos, não por máquinas. Além disso, é fundamental que ele tenha a percepção de que não está sendo alvo de argumentações ou promessas falsas e de que seu problema será tratado com atenção e respeito.

Dificuldades sempre existirão, contudo, se o servidor tiver o desejo de ajudar e, o amor ao próximo, as barreiras poderão ser removidas com mais facilidade. A comunicação é, nesse sentido, um meio para se atender a essa necessidade.

⁸ Informações verbais obtidas no mês de setembro de 2014.

⁹ MOREIRA, ORLANDO ROCHADEL. *Discurso de Inauguração da Sede Mais Bonita do Brasil*. Extraído da Revista do Ministério Público de Sergipe, nº 25 (2011-2012), p. 332.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARREDONDO, LANI. **Apreenda a se Comunicar com Habilidade e Clareza: 24 técnicas para tornar sua comunicação mais eficiente e seu dia-a-dia mais produtivo**. Coleção Desenvolvimento Profissional – Exame Você S/A, nº 10. Tradução: Antonio Evangelista Moura. Rio de Janeiro: Sextante, 2007. p. 8-60.

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. e atualizada até a E.C. nº 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 95-136.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Palácio do Planalto. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 de setembro 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**: Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 07 de setembro de 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**: Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2014.

CHIAVENATO, IDALBERTO. **Comportamento Organizacional**: A Dinâmica do sucesso das organizações. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 313-343.

CHIAVENATO, IDALBERTO. **Teoria Geral da Administração**: Volume I. 6. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 165-186.

DANTAS, EDMUNDO BRANDÃO. **Atendimento**

ao Público nas Organizações: Quando o marketing de serviços mostra a cara. 2. ed. Brasília: Senac, 2009. p. 9-59.

ELTZ, FÁBIO. **Qualidade na Comunicação**: Preparando a empresa para encantar o cliente. 3. ed. Salvador: Casa da Qualidade, 1994. p. 19-109.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE, nº 25 (2011-2012). Aracaju: Ministério Público do Estado de Sergipe, 1991, p. 321-336.

ROBBINS, STEPHEN P.; DECENZO, DAVID A.; WOLTER, ROBERT. **Fundamentos de Gestão de Pessoas**. Tradução: Luciano Antonio Gomide. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 91-117.

SERGIPE. **Lei Estadual nº 2.148, de 21 de dezembro de 1977**: Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de Sergipe. Disponível em: <http://www.al.se.gov.br/Detalhe_Lei.asp?Numerolei=5765>. Acesso em: 06 de setembro de 2014.

SERGIPE. **Plano Estratégico Plurianual de Ação do Ministério Público do Estado de Sergipe 2011/2015**. Aracaju: Ministério Público do Estado de Sergipe, 2010. Disponível em: <<http://www.mpse.mp.br/manuais/files/search/searchtext.xml>>. Acesso em 05 de setembro de 2014.

VERGARA, SYLVIA CONSTANT. **Gestão de Pessoas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 67.

DIREITO FUNDAMENTAL AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO.



Luã Silva Santos

Analista do Ministério Público de Sergipe - Área Direito.
Pós-Graduado em Direito Administrativo e Pós-Graduado em
Direito Constitucional.

RESUMO

O direito ao esquecimento, situação em que os inúmeros veículos de informações existentes, quais sejam, televisão, internet, jornais, revistas e etc. rememoram fatos passados, cujo interesse na informação não mais persiste está cada vez mais em discussão seja na doutrina ou na jurisprudência principalmente considerando que o tema remete à colisão de direitos fundamentais.

O trabalho pretende demonstrar que o direito ao esquecimento pode ser extraído da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental e partindo de tal premissa deve ser avaliada a sua aplicabilidade na hodierna sociedade de informação sob a perspectiva da ponderação de interesses, uma vez que estariam em lados antagônicos os direitos à intimidade/dignidade da pessoa humana e os direitos à liberdade de expressão/informação.

Palavras-chaves: Direito ao esquecimento. Direito fundamental. Superinformacionismo

1. INTRODUÇÃO

O estudo acerca do direito ao esquecimento mostra-se de grande importância, tendo em vista que no Brasil está cada vez mais em voga a discussão no tocante à conciliação entre os direitos fundamentais

à intimidade e o acesso livre à informação, especificamente quando esse conflito atinge o direito ao esquecimento, situação em que os inúmeros veículos de informações existentes, tais como televisão, internet, jornais, revistas e etc. rememoram fatos passados, cujo interesse na informação não mais persiste.

Dessa forma, buscar-se-á demonstrar que o direito ao esquecimento pode ser extraído da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental e partindo de tal premissa deve ser avaliada a sua aplicabilidade na hodierna sociedade de informação sob a perspectiva da ponderação de interesses, uma vez que estariam em lados antagônicos o direito à intimidade e o direito à informação.

Por outro lado, o artigo intentará desenvolver a análise não tão simples da possibilidade de na nossa atual sociedade cognominada, sociedade de informação, assim definida em razão da ampla utilização da internet, conciliar o direito de ter sua privacidade preservada e o direito constitucional à liberdade de informação.

A pesquisa pretende, também, através de uma análise do direito comparado avaliar a existência e o nível de discussões a respeito do direito ao esquecimento em países que já há algum tempo enfrentam essa temática.

O trabalho a ser desenvolvido contribuirá sensivelmente para o aprofundamento sobre um

tema, ainda, pouco discutido no meio acadêmico e que apresenta relevância social, haja vista as implicações que resultam da proteção ao direito ao esquecimento em face de determinados casos, em que a sua adoção atinge outros direitos igualmente ou até mais importantes, tendo em vista o interesse público evidenciado casuisticamente. Ademais, talvez a grande importância da pesquisa reside na construção de uma alternativa para efetivar o direito de ser deixado em paz em face da utilização da internet, cujo controle das informações nela inseridas torna-se de difícil, ou talvez de impossível, consecução.

Logo, percebe-se que a ampla discussão que o tema remete revela a importância do estudo, especialmente considerando a sempre presente colisão de interesses que envolvem o direito ao esquecimento.

2. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 Direitos humanos versus direito fundamental

Na *praxis* jurídica muitas vezes as expressões direitos humanos e direitos fundamentais são utilizadas como sinônimas, considerando a ideia que as envolve, a proteção dos direitos do homem. No entanto, torna-se imperioso nesse estudo, desde já, esclarecer que ambas as expressões mesmo aparentemente denotando uma similaridade se distanciam à medida que ocupam posições jurídicas diversas.

Os direitos humanos são aqueles protegidos em âmbito internacional, através de tratados e tem seu alcance destinado a todos os povos e por todo o tempo. Por outro turno, os direitos fundamentais são os direitos naturais e inalienáveis da pessoa, que estão devidamente positivados na Constituição seriam aqueles direitos vigentes no ordenamento jurídico de cada Estado devidamente normatizado, através de uma posição jurídica de soberania e autodeterminação (CANOTILHO, 2002).

Logo, realizado os devidos esclarecimentos terminológicos apontamos, assim, a opção de delimitar e utilizar nesse artigo a expressão direitos fundamentais, tendo em vista o objeto de análise estar devidamente positivado na ordem jurídica constitucional interna.

2.2 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e o direito ao esquecimento.

Os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional de 1988 refletem a necessidade de salvaguardar certos direitos, que foram ao longo do tempo se notabilizando como essenciais para proteção dos direitos do homem. Nessa perspectiva, sofrendo um verdadeiro influxo do pós-regime militar, o legislador constituinte de 1988 pretendendo assegurar direitos, muitos dos quais foram anteriormente suprimidos pela ordem vigente, apresentou um generoso rol de direitos fundamentais no título II - "Dos direitos e garantias fundamentais", sem que tal sistematização obstasse a existência de outros direitos fundamentais ao longo do texto constitucional.

Nessa perspectiva, torna-se imperioso destacar a preocupação do legislador constituinte com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais à medida que prevê no art. 5º, § 1º e 2º, respectivamente, a aplicabilidade imediata e a previsão que os direitos e garantias expressos no próprio art. 5º e outros ao longo do texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (LENZA, 2012).

Fixadas tais premissas, inserindo o tópico em apreço na temática central deste trabalho é possível concluir que o direito de ser deixado em paz inclui-se no rol de direitos fundamentais, umbilicalmente ligado e decorrente do direito à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas), bem como busca salvaguardar o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEL AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento sustentado como um direito fundamental corolário do direito individual à privacidade na maioria das vezes revela para sua efetivação nas relações sociais a necessidade da aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tendo em vista a feição privada dos conflitos inerentes ao direito à privacidade e a liberdade de informação.

A teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais surgiu em contraponto à eficácia vertical dos direitos fundamentais, afeto às relações entre o particular e o poder público, esse por excelência sujeito passivo dos direitos fundamentais. Na eficácia horizontal temos que os direitos fundamentais também devem ser respeitados nas relações privadas, sendo de observância obrigatória pelos particulares (LENZA, 2012).

No Brasil, inobstante a incipiência do desenvolvimento do tema em sede doutrinária e ainda considerando a omissão do texto constitucional quanto à vinculação expressa dos particulares aos direitos fundamentais temos que a doutrina aceita tal aplicabilidade nas relações privadas, bem como o Supremo Tribunal Federal tem vários precedentes indicando essa tendência, considerando a preservação em última análise do princípio da dignidade da pessoa humana (NOVELINO, 2006).

Dessa forma, o direito de ser deixado em paz decorrente do direito fundamental à privacidade, pode ser vindicado, inclusive nas relações privadas, quando a liberdade de informação, através de divulgação de fatos, notícias pretéritas, imagens, vídeos não mais permanece o interesse dessa reprodução permanente ante a ponderação de interesses com o direito à privacidade, englobando a vida privada, intimidade, a honra e a imagem. Quanto a essa ponderação de interesses nas relações entre particulares, mecanismo constitucional para resolver a colisão de direitos fundamentais ensina LENZA (2012, p. 870):

Nessa linha poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre-iniciativa de um lado (art. 1º, IV e art. 170, caput) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro. Diante dessa “colisão” indispensável será a “ponderação de interesses” à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer.

3. O DIREITO DE SER ESQUECIDO NO DIREITO COMPARADO: UMA BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO

Inicialmente, cumpre destacar que o estudo do direito comparado pode aparentar a *priori* que não se reveste de tanta utilidade prática, entretanto no mundo globalizado de constantes transformações, surgimento de novos fatos sociais que não são restritos apenas a realidade de cada Estado Nacional, surge a possibilidade de aperfeiçoar o direito pátrio com vistas à observância do direito estrangeiro.

O conhecimento da experiência e aplicação do direito ao esquecimento no direito comparado denota-se de suma importância para sua construção no direito pátrio à medida que é um meio de aprimoramento do direito nacional podendo dar margem à alteração legislativa interna de determinado país (PESSOA, 2009).

Com efeito, passa-se a analisar o direito de ser deixado em paz em alguns países que já discutem a sua aplicabilidade há certo tempo.

A doutrina de José Afonso da Silva rememora que em meados do século XIX, nos *Estados Unidos* a Suprema Corte teve a oportunidade de reconhecer o direito de ser deixado em paz, vejamos:

A doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooly, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: Right to be alone. O right of privacy compreende, decidiu a corte Suprema dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada (SILVA, 2006, p. 206).

Um leading case norte-americano na jurisprudência da Suprema Corte, caso *Melvin VS Reid*, destaca bem o reconhecimento explícito do direito ao esquecimento como decorrência do direito à privacidade:

Figurava no litígio Gabrielle Darley, que havia se prostituído e acusada de homicídio no ano de 1918, posteriormente tendo sido inocentada. Gabrielle abandonara a vida licenciosa e constituiu família com Bernard Melvin, readquirindo novamente o prestígio social. Ocorre que, muitos anos depois, Doroty Davenport Reid produziu o filme chamado Red Kimono, no qual retratava com precisão vida pregressa de Gabrielle. O marido Melvin, então, buscou a reparação pela violação à vida privada da esposa, tendo a Corte californiana dado procedência ao pedido, entendendo que uma pessoa que vive uma vida correta tem o direito à felicidade, no qual se inclui estar livre de desnecessários ataques a seu caráter, posição social ou reputação (DOTTI, René Ariel. Op. cit. pp. 90-91 apud STJ, RESP nº 1.334.097 - RJ).

Na França, nos lembra François Ost que o direito ao esquecimento foi inicialmente assegurado em um caso julgado pela última instância do Tribunal de Paris em 1983:

[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela (OST, 2005, p. 161).

Por sua vez, a experiência da jurisprudência Alemã relativa ao direito ao esquecimento remete à análise do caso *Lebach*, conforme se verifica do seguinte excerto:

[...] A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade. (Apud STJ, RESP nº 1.334.097 - RJ).

Por fim, recentemente destaca-se na União Europeia a decisão emanada do Tribunal de Justiça da União Europeia em 13 de maio de 2014, que analisando um pedido formulado pelo Espanhol Mario Costeja González objetivando excluir seu nome dos sites

de buscas, pois neles constavam como resultado de pesquisa referência a um leilão de imóveis relativo a um embargo relacionado a dívidas com a seguridade social de dez anos atrás, decidiu pelo reconhecimento do direito ao esquecimento na internet.¹

4. A PROTEÇÃO AO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Inicialmente, insta mencionar por questões terminológicas, que o direito ao esquecimento também pode receber as seguintes denominações: “direito de ser deixado só” e “direito de ser deixado em paz”.

Nessa perspectiva, exsurge o denominado direito ao esquecimento considerado como a vedação à veiculação de fatos, ainda, que verídicos, mas não contemporâneos relativos à vida privada das pessoas, exposta para a coletividade em certo momento, e cuja informação desatualizada gera ofensa à honra, imagem e a vida privada.

A Constituição Federal de 1988, elevando a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CF/88), revelou seu nítido caráter protecionista dos direitos individuais, dentre os quais se situa o direito à privacidade (art. 5º, X da CF/88), instrumento explícito e estruturante do direito ao esquecimento, uma vez que o rol de direitos e garantias fundamentais não é taxativo à guisa do disposto no próprio texto constitucional, art. 5º, §2º, não excluindo outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

A esse respeito em editorial publicado no site dizer o direito consignou-se que:

No Brasil, o direito ao esquecimento possui assento constitucional e legal, considerando que é uma consequência do direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra,

¹ Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/06/1463681-google-recebeu-12-mil-pedidos-de-direito-ao-esquecimento-em-um-dia.shtml>. Acesso em 20/06/14.

assegurados pela CF/88 (art. 5º, X) e pelo CC/02 (art. 21). Alguns autores também afirmam que o direito ao esquecimento é uma decorrência da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da CF/88 (DIZER O DIREITO, 2014).

No Brasil, em sede doutrinária, recentemente o direito ao esquecimento vem sendo discutido, podendo-se destacar a elaboração na VI Jornada de Direito Civil, organizada pela CJF/STJ, do enunciado 531, in verbis:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Destarte, passou-se a admitir que o desrespeito ao direito ao esquecimento, quando assim se fizer necessário, ofende a dignidade da pessoa humana merecendo ser tutelado pelo direito o modo e a finalidade em que são lembrados fatos passados que por sua natureza, alcance, visibilidade e historicidade o interesse social de perpetuação do fato atribuído a determinadas pessoas não mais persiste.

Na jurisprudência pátria, destacam-se 2 (dois) acórdãos do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2013, julgado por sua 4ª turma, em que se assentou que o sistema jurídico brasileiro protege o direito ao esquecimento (REsp 1.335.153-RJ e REsp 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgados em 28/5/2013).

O primeiro caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.334.097) dizia respeito a um dos acusados de participar da Chacina da Candelária (em 1993, no Rio de Janeiro) e que à época foi absolvido. No entanto, após a absolvição a rede Globo de televisão através do programa “Linha Direta” retratou novamente o caso, citando o nome do indivíduo como um dos autores do crime, mas que foi inocentado ao final. No STJ, a 4ª turma ao julgar este caso em que a questão de fundo referia-se à aplicação

ou não do direito ao esquecimento entendeu que o indivíduo tem o direito ao esquecimento e deve ser protegido contra o uso de sua imagem atrelado a fatos desabonadores a ela. Consignou-se que mesmo se tivesse sido condenado a própria legislação vigente garante o direito a reabilitação, sigilo da folha de antecedentes e a exclusão dos registros da condenação no instituto de identificação, então não assiste razão, em permanecer com essa pecha quem foi absolvido assegurando-se, dessa forma, o direito de ser esquecido. Destarte, necessário se faz citar abaixo ementa do acórdão:

Recurso Especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do superior tribunal de justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Sequência de homicídios conhecida como chacina da candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconstitucional de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado. (grifo nosso)

Já o segundo caso, posto à análise também na 4ª Turma do STJ (REsp. 1.335153), cingia-se a um pedido de indenização dos familiares de Aida Curi, que foi abusada sexualmente e morta no Rio de Janeiro em 1958. Novamente o programa “Linha Direta” retratou o caso, razão pela qual os familiares da vítima invocaram o direito ao esquecimento, sob a alegação de que a veiculação do caso no programa traria à tona os sentimentos de angústia, revolta e dor aos familiares. Pois bem, diversamente do que decidiu no caso anteriormente citado o STJ não acatou o pedido de indenização, ao argumento que apesar do ordenamento jurídico brasileiro agasalhar o direito ao esquecimento, no caso em apreço por ter sido um fato histórico de notoriedade e interesse público não seria possível para a imprensa dissociar o acontecimento da sua vítima (Aida Curi).

Logo, a partir da análise de tais julgados resta indubitável que o ordenamento jurídico pátrio reconhece o direito ao esquecimento valendo-se para

tanto da técnica de ponderação de interesses, em que a proteção ao direito à privacidade e a dignidade da pessoa humana devem prevalecer diante da colisão com os direitos à liberdade de expressão/informação, ressaltando-se que conforme firmado nos julgados precitados do STJ os fatos históricos, analisados casuisticamente, dos quais o interesse público e social continuam avivados com o decorrer do tempo, não se subsumem ao direito ao esquecimento, ainda quando a narrativa fizer imprescindível a identificação dos envolvidos.

5. O ESQUECIMENTO VERSUS O SUPERINFORMACIONISMO

Na atual sociedade, extremamente interligada à informação, surge em certas ocasiões indagação acerca do alcance e limite de determinadas informações pretéritas divulgadas através dos meios de comunicação, que atingem o direito fundamental da pessoa humana “de ser esquecido”.

O direito ao esquecimento erigido nesse estudo ao nível de um direito fundamental, inobstante ter surgido inicialmente com vistas a evitar a exposição perpetua de fatos relacionados à atuação do direito penal sua abrangência não se cinge apenas a esse âmbito, pelo contrário, atualmente as discussões acerca do seu alcance transpassam para diversos acontecimentos da vida em sociedade que demandam uma proteção, em especial nas esferas do direito constitucional, penal, civil, administrativo.

No direito penal, sua aplicação é mais conhecida, mormente quando se constata que o ordenamento jurídico-penal preocupou-se com a busca de evitar a perpetuação de uma condenação. Há muito tempo a essência do direito ao esquecimento é observada, com a vedação em nosso ordenamento da manutenção dos registros das condenações, evitando-se que o indivíduo que já cumpriu sua pena, fique indefinidamente estigmatizado como um condenado criminal. Um fato que da sua ocorrência já transcorreu certo lapso temporal, não pode ser permanentemente utilizado contra seus protagonistas, seja autor ou vítima.

No tocante à seara administrativa, não se encontra dificuldade na observância do direito ao esquecimento, tendo em vista a corriqueira utilização de institutos como a temporariedade da declaração de inidoneidade de participar de licitação, possibilidade de um candidato condenado criminalmente, no entanto reabilitado que foi aprovado em concurso público, a depender do cargo², assumir as suas funções, dentre outras previsões que prestigiam o direito à intimidade em face às condutas pretéritas que não mais persiste a conveniência de ser levada em consideração como impeditivas do exercício de certos direitos.

A aceitação do direito ao esquecimento presente na seara criminal, não encontrou a mesma acolhida em outras áreas das relações jurídicas-sociais, mais especificamente quando se trata das consequências cíveis do direito ao esquecimento, como por exemplo, imposição de obrigação de não-fazer e a responsabilização civil por ofensa aos direitos da personalidade.

Posto esse cenário se vê que o direito de ser deixado em paz sustenta a necessidade de em determinados casos quando transcorrido certo lapso temporal não se trazer à tona fatos, acontecimentos, condutas passadas, uma vez que não mais continua presente o interesse dessa rememoração, seja ela relativa a autor ou até mesmo a vítima da conduta desabonadora pretérita. Constata-se, ainda, que a invocação do direito ao esquecimento está incutida principalmente nas relações, em que o poder público está presente, seja como agente punitivo (seara criminal) seja como Administração pública (âmbito administrativo), e vem construindo a sua inserção como limite às relações privadas, principalmente na atual sociedade de informação, em que a informação pode servir como um verdadeiro órgão acusador desprovido de respeito aos princípios constitucionais.

Hodiernamente, não restam dúvidas que a internet se tornou o principal meio de difusão de informação em nível global, e já há certo tempo o

² Ressalte-se que alguns cargos públicos por sua natureza admite-se a restrição a pessoas que apresentam uma vida pregressa desabonadora a assunção do cargo, a exemplo das carreiras policiais, Magistratura, Ministério Público.

renomado constitucionalista José Afonso da Silva, prevendo a contraposição do direito à privacidade e o uso das informações inseridas na internet, aduziu que:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até mesmo sem seu conhecimento.

A Constituição não descurou dessa ameaça. Tutela a privacidade das pessoas (SILVA, 2007, p. 209-210).

O superinformacionismo hoje vivenciado em nossa sociedade notabiliza-se principalmente pela grande difusão da internet, veículo de comunicação de alcance global e que traz consigo, especialmente no tocante ao direito ao esquecimento, uma complexa questão: como excluir da internet informações nela inseridas e que se tornam quase perenes, haja vista a existência do denominado “resíduo informacional”?

Essa possível eternização de informações na internet revela no estágio atual de evolução social, principalmente, com a massificação da internet, bem como das redes sociais o principal entrave de efetivação do direito ao esquecimento. A grande questão a ser desenvolvida, e, frise-se no Brasil o primeiro passo já foi dado pelo Judiciário, será descobrir como retirar da rede vídeos, fotos, notícias que uma vez nela inserida se tornará quase impossível de excluir, ante a disseminação viral de tais informações.

Nessa perspectiva, interessante mencionar um excerto do voto do Ministro Min. Luis Felipe Salomão no julgamento do REsp 1.334.097, quando destaca:

Em recente palestra proferida na Universidade de Nova York, o alto executivo da Google Eric Schmidt afirmou que a internet precisa de um botão de delete. Informações relativas ao passado distante de uma pessoa podem assombrá-la para sempre, causando entraves, inclusive, em sua vida profissional, como no exemplo dado na ocasião, de um jovem que cometeu um crime em relação ao qual as informações seriam expurgadas de seu registro na fase adulta, mas que o mencionado crime poderia permanecer on-line, impedindo a pessoa de conseguir emprego (STJ, 2014).

6. CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento considerado um direito autônomo, mas umbilicalmente ligado ao direito constitucional à privacidade insere-se no rol de direitos fundamentais à medida que sua natureza essencialmente traduz uma proteção ao uso abusivo e não contemporâneo da imagem das pessoas, quando não subsiste o interesse social em perpetuar informações extemporâneas, emergindo-se como um direito fundamental de primeira geração.

O conhecimento da experiência alienígena do direito ao esquecimento revelou um caráter de imprescindibilidade para o estudo, uma vez que é um meio de aprimoramento do direito nacional podendo dar margem à alteração legislativa interna de determinado país, bem como de fundamento para firmar uma jurisprudência acerca do tema. Constatou-se, ainda, que o direito fundamental ao esquecimento encontra correspondência no direito comparado, cuja aplicação não se mostra recente, destacando-se nesse estudo alguns casos emblemáticos ocorridos nos Estados Unidos, na França, na Alemanha e na União Europeia.

Quanto à compatibilização do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio verificou-se sua plena correspondência, tendo em vista se tratar de um direito fundamental decorrente do direito à privacidade e dignidade da pessoa humana. Ademais, a doutrina e jurisprudência assentaram que o sistema jurídico brasileiro protege o direito ao esquecimento, ressaltando-se o seu afastamento quando se tratar de fatos cujo interesse social, notoriedade e historicidade revelarem a necessidade de não se adotar a tese do esquecimento.

Por fim, verificou-se que o grande empecilho para a concretização, inclusive em nível global, do direito de ser deixado em paz está no superinformacionismo, principalmente com a difusão da internet, em que as informações nela inseridas tornam-se quase perenes, haja vista a existência do denominado “resíduo

informacional”, que tornará quase impossível excluir completamente certas informações inseridas na rede mundial de computadores.

Destarte, na atualidade discute-se muito uma solução para efetivação desse direito, que possivelmente não passará somente por uma atuação do Poder Judiciário com sua força cogente, mas também por alternativas tecnológicas, que permitam excluir as informações que ofendam o direito ao esquecimento da internet, talvez a partir da disponibilidade dos sites de buscas de possibilitar a retirada de links, cujas informações neles contidas afetem a chamada “reputação on line” e mereçam o acolhimento do direito ao esquecimento, quando não sejam mais pertinentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2009.

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. **A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**. Porto Alegre: Núria fabris editora, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Princípio Constitucional da Dignidade Humana**. Paraná: Juruá, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOMBARTE, Artemi Rallo. **El derecho al olvido**

y su protección. Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación), Madrid, out.-dez., 2010, p. 3.

LOPES, Marcelo Frullani. **Direito ao esquecimento**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3656, 5 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24865>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

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

NOVELINO, Marcelo (org.). **Direito constitucional: leituras complementares**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

OST, François. **O Tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Manual de Metodologia do Trabalho Científico: como fazer uma pesquisa de Direito Comparado**. Aracaju: Evocati, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Memórias**. São Paulo: saraiva, 1987. v. I.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA



Luana Prata Monteiro

Bacharela em Direito pela Universidade Tirandentes – UNIT,
aprova no exame da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB,
Pós-graduada em Processo Civil pela Universidade Federal da Bahia
– UFBA, técnica do Ministério Público do Estado de Sergipe.

RESUMO

O objetivo deste artigo, é tecer alguns comentários sobre o instituto da tutela antecipada, fazendo um breve estudo sobre sua origem e aplicação, em especial quanto ao momento de concessão, haja vista a urgência e imediatividade que lhe são peculiares, sobretudo, questionar se estas não estariam prejudicadas pela análise e deferimento da medida precária apenas em sede de sentença. Buscamos ainda, entender o motivo para parte da doutrina e jurisprudência pátria defenderem a possibilidade de uma liminar ser concedida no bojo da decisão que finda o processo em primeira instância. Concluímos que para tanto, foram agregados valores outros, haja vista o flagrante interesse em por via oblíqua retirar do recurso combativo da decisão de primeiro grau seu efeito suspensivo.

Palavras-chave: tutela, antecipada, sentença, efeitos.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste num estudo sobre a tutela antecipatória, suas características gerais e mais especificamente, acerca do entendimento que a doutrina e jurisprudência apresentam sobre a concessão da medida de urgência no bojo da sentença, momento em que se espera a definição da pretensão resistida, com a consequente extinção do processo em primeira instância, seja com (sentença

definitiva) ou sem (sentença terminativa) resolução do mérito.

Criada com intuito de conferir efetividade à função jurisdicional, sendo cabível sua concessão nos procedimentos comum e especial, a tutela antecipatória tem como objetivo a proteção do bem da vida, evitando que o tempo ou mesmo a má fé da outra parte torne impossível o cumprimento da obrigação, sua aplicação consequentemente obsta possíveis perdas.

O Código de Processo Civil, art. 273, deixa claro os requisitos necessários para que o pleito seja deferido e o direito resguardado, sendo a prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança a respeito das alegações, “pressuposto genérico e essencial para a concessão de qualquer tutela antecipada”. (DIDIER, 2009, p. 488)

O ápice da discussão se encontra justamente no fato da medida, como o próprio nome já diz, ter sido criada com objetivo de antecipar, acelerar os efeitos da futura sentença, e ainda assim alguns doutrinadores e jurisprudência comungarem do entendimento de que é cabível o deferimento da medida em sede de sentença, quando o processo já atingiu maturação suficiente para ser julgado.

Apesar de amplamente discutido e do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto ter sido pacificado, a discussão nos parece interessante, tendo em vista que a tutela antecipada na sentença em verdade é uma tutela que não antecipa, mas que apenas serve de manobra para recebimento

do recurso de apelação no efeito devolutivo somente, possibilitando a execução imediata.

Este estudo objetiva tratar do assunto de forma geral, e sobretudo, expor uma visão crítica sobre o tema.

CARACTERÍSTICAS GERAIS

Apesar de já existirem no ordenamento jurídico institutos semelhantes à tutela antecipada, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (art. 84 da Lei 8.078/90), que serviu inclusive, de parâmetro para a inclusão da figura em comento, a tutela antecipada foi introduzida no Código de Processo Civil pela Lei 8.952/94, e teve sua primeira alteração no ano de 2002 pela Lei 10.444, que promoveu modificações no §3º do artigo 273, e incluiu dois novos parágrafos (§§6º e 7º), aprimorando ainda mais o instituto.

Embora a medida de urgência tenha sido criada para garantir a efetividade das decisões e resguardar o bem da vida, a doutrina e jurisprudência apresentam divergências acerca do momento oportuno para concessão da mesma, mais especificamente quanto a possibilidade de concessão da tutela na sentença, tema abordado neste trabalho.

A introdução da tutela antecipada no Código de Processo Civil deu-se em razão da doutrina e jurisprudência anteriores a 1994 não admitirem que o autor da demanda pudesse obter a satisfação de seu direito mediante ação cautelar, buscavam os doutrinadores uma tutela mais célere, e que também segundo entendimento dos Tribunais pátrios não poderia ser obtida por meio da cautelar, fato que motivou o legislador a reformular o Código de Processo Civil, acrescentando o art. 273, viabilizando sobremaneira a tutela tempestiva e efetiva nos casos de fundado receio de dano e de abuso do direito de defesa.¹

Espécie do gênero tutela de urgência, por ser a tutela antecipada uma resposta rápida, acaba por limitar o conhecimento dos fatos, e consequentemente

1 MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. V.2. 8ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 201.

a ampla defesa, o contraditório, e até mesmo a atividade cognitiva do Juiz, tendo em vista que a rapidez embora contribua para a efetividade da tutela, e a tão almejada celeridade processual, finda por comprometer substancialmente a segurança jurídica.

O dissenso está justamente no fato da Constituição Federal determinar em seu art. 5º, LXXVIII, como sendo garantia a duração razoável do processo, devendo esta ser aplicada paralelamente com outras garantias constitucionais, tão importantes quanto aquela, a exemplo da ampla defesa e contraditório, corolários do devido processo legal. Embora represente uma possível afronta a princípios basilares, certamente o legislador preferiu apostar na celeridade combinada com o bom senso do magistrado, somado ao poder geral de cautela, na tentativa de se alcançar a tão esperada verdade processual, evitando-se perdas no decorrer do processo, em especial as irreversíveis.

A tutela provisória foi criada na década de noventa, justamente pela necessidade de um ato imediato, a fim de se resguardar o bem da vida a que se pretende por meio da ação, desde que apresentadas provas inequívocas, que convençam o Juiz a verossimilhança da alegação, acrescido do fundado receio de dano de difícil ou impossível reparação, ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu.

A medida de urgência objeto desse estudo, traz na sua essência características que lhe são peculiares – cognição sumária e precariedade, e que bem expressam seu objetivo, posto que concedidas após uma análise superficial do objeto da ação, sendo a decisão pautada em um Juízo de probabilidade, e que por esse motivo, pode ser revogada ou mesmo modificada a qualquer tempo, desde que haja alteração no estado de fato e nas provas, que confirmem não existir razão para a permanência da medida.

Pois bem, o que se busca com a cognição sumária, de caráter provisório é justamente a compatibilização dos valores determinados pela Constituição, por meio da aplicação de técnicas processuais que visam à obtenção de soluções imediatas, com intuito exclusivo de assegurar o provimento final que irá substituí-los, confirmando-os ou não, motivo pelo qual no sistema

processual brasileiro o entendimento que prevalece é de que a antecipação da tutela se exterioriza por meio de uma decisão interlocutória.

Resta evidente que em quase todos os casos a antecipação da tutela implica em sacrificar alguns postulados constitucionais, essa foi a opção feita pelo legislador na tentativa de garantir a efetividade, mesmo que implicasse no comprometimento da segurança. No entanto, permite que no momento oportuno os atos garantidores da cognição plena sejam exercidos, agora sim, com uso do contraditório e da ampla defesa imprescindíveis ao devido processo legal, possibilitando que uma decisão final seja proferida com maior segurança.

As constantes discussões sobre o tema e o objetivo dessa medida demonstram a importância de sua previsão no CPC, sendo inclusive alvo de uma possível mudança, conforme anteprojeto que pretende reformular não apenas esse instituto, mas que anuncia um novo processo, priorizando, sobretudo a celeridade e efetividade das decisões.

Luiz Fux, Ministro do STF, à época Ministro do STJ, que presidiu a comissão de juristas criada pelo Senado para redigir o novo CPC esclareceu que se pretende com a reforma do Código Processual esgotar na sua parte geral uma forma específica de justiça, que será a tutela jurisdicional de urgência, a ser aplicada nos casos em que existem situações de risco, e o que se quer é preservar o direito, a fim de que as condições ideais de justiça sejam devidamente prestadas, o que até então vem sendo feito por meio de uma série de medidas, pressupostos e requisitos, que segundo o Ministro dão margem a discussões estéreis.

O presidente da comissão informou ainda, que o processo cautelar será excluído do Código, e caberá ao magistrado dar a solução de acordo com o caso, possuindo este o poder de defesa da jurisdição, sendo também dever do magistrado evitar que quando da decisão final não haja mais possibilidade de se obter um resultado útil², tema a ser abordado em novo trabalho científico.

O que se pretende com este estudo é tratar da divergência acerca da possibilidade do Juiz deferir a



medida de urgência – tutela antecipada, quando o nível de cognição já se exauriu e o magistrado possui condições de proferir a decisão final.

MOMENTO PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Criada para resguardar o bem precioso objeto da lide, daí o porquê de ser apreciada liminarmente, e da decisão ser precária, vez que analisada antes da cognição exauriente, o próprio CPC determina no art. 273, §5º que concedido ou não o pedido de antecipação, o processo seguirá seu curso normal, até o julgamento final, deixando claro a independência que existe entre a decisão que antecipa a tutela (decisão interlocutória), e a sentença que extingue o processo com ou sem resolução do mérito.

Apesar de amplamente discutido desde sua inserção no CPC, o tema tutela antecipada na sentença está longe de um consenso, seja em razão do entendimento pela possibilidade ou não de ser concedida na fase que teoricamente põe termo ao processo em primeira instância – sentença, ou mesmo pelo recurso cabível, acaso deferida a medida de urgência na sentença, se o mais indicado seria o agravo, tendo em vista tratar-se de decisão interlocutória, ou se cabível nestes casos o recurso de apelação, vez que a decisão da tutela estaria no bojo da sentença, juridicamente atacada pelo recurso de apelação.

Basicamente são duas as correntes doutrinárias que tratam do assunto, apesar de apresentados os mais variados fundamentos pelos que comungam do mesmo entendimento.

Há os que defendem pela impossibilidade da concessão da medida de urgência nessa fase do processo, quando já se tem o momento ideal para resolução da lide, a exemplo de Araken de Assis e Nelson Nery Júnior, argumentando o primeiro que para se chegar à sentença, foi esgotada a atividade probatória, conferindo certeza a decisão, o que implica em dizer que a tutela não mais seria antecipatória.

Para Marinoni, que também entende pela impossibilidade, se a parte interessada requer antecipação dos efeitos da tutela, implica em dizer que há necessidade de uma decisão imediata, o que só será possível por meio de uma decisão interlocutória, cujos efeitos são produzidos imediatamente, ao contrário da sentença que tem seus efeitos impedidos até decisão que receba o recurso apenas no efeito devolutivo. Acontece que até ser proferida a decisão, muita coisa pode acontecer e acabar por prejudicar o direito a que se almeja resguardar³.

Nelson Nery Jr. deixa claro que admite ser possível a concessão da medida de urgência objeto desse trabalho a qualquer tempo, desde que antes da sentença. Argumenta o doutrinador que quando da análise da tutela, o magistrado deve enfatizar a superficialidade e provisoriedade da medida, posto que se houver apreciação definitiva da pretensão, finda o interesse antecipatório. Acrescenta ainda, que nos casos em que o autor obtiver êxito, aí sim, poderia ele se utilizar do pedido de tutela antecipada no recurso, cuja apreciação fica a encargo do Tribunal, art. 800, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Marinoni traça os pormenores do seu entendimento pela impossibilidade:

“Em outros termos e de forma bastante esclarecedora: na mesma folha de papel, e no mesmo momento, o Juiz pode proferir a decisão interlocutória, concedendo a tutela, e a sentença, que então confirmará a tutela já concedida, e não poderá ser atacada através de recurso de apelação, o qual deve, em regra, ser recebido no efeito suspensivo (nesta situação, então, será plenamente aplicável o art. 520, VII, do Código de Processo Civil). Não se diga que nesse caso será ferido o princípio da unirrecorribilidade, uma vez que o *periculum in mora*, indispensável para a concessão da tutela antecipatória prevista no art. 273, I, nada tem a ver com os fundamentos para a procedência do pedido (portanto existirão duas decisões).” (MARINONI, 2010, p. 221).

Para o citado doutrinador, toda essa questão “constitui problema de menor significado, pois tem por fim definir somente o instrumento técnico que deve servir para a concessão da tutela”, (MARINONI, 2010), a celeuma, portanto, não está na possibilidade ou não da concessão da medida de urgência na sentença, mas na consequência que tal medida

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 221.

ocasionará, tendo em vista a decisão da antecipação dos efeitos da tutela ser questionada por meio do recurso de agravo de instrumento, isto porque, o Código de Processo Civil conduz em seu artigo 520, VII, acrescentado pela Lei 10.352/2001, que a decisão é interlocutória, levando em consideração justamente as características de provisoriedade e reversibilidade da medida.

Há ainda os que afirmam que o que se pretende com essa medida, é tão somente retirar o duplo efeito do recurso de apelação, impulsionando uma execução imediata, estes compõem a segunda corrente, que entende ser possível a tutela na sentença, a exemplo de Carreira Alvim, Fredie Didier, Antônio Carlos Marcato, fundamentação encontrada inclusive, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A respeito do assunto o STJ já se manifestou, afirmando ser possível o deferimento da tutela em sede de sentença, mas o que não se admite, segundo os julgadores, é a possibilidade de interposição de recursos diferentes, o que iria de encontro ao princípio da unirrecorribilidade, ou seja, concedida a medida de urgência na sentença, a forma de ataque cabível seria apenas o recurso de apelação.

Com esse posicionamento, o Superior Tribunal manifestou-se no sentido de que o fato de se antecipar a tutela na sentença, não inibe a natureza de urgência da medida, tendo em vista que mesmo após a cognição exauriente, seu efetivo cumprimento fica prejudicado pelo duplo efeito concedido ao recurso de apelação, o que estaria resolvido com a concessão da liminar em um dos capítulos da decisão.

A jurisprudência enalteceu ainda, a aplicação do art. 520, IV do CPC por analogia, mas fez também uma ressalva, condicionou a concessão da medida liminar na sentença ao fato da decisão recorrida ser capaz de gerar lesão grave de difícil reparação, artigo 558, parágrafo único, do Código de Processo Civil. A exemplo do REsp 1001046/SP, Relator Min. Fernando Gonçalves, DJe 06/10/2008; AgRg no Ag 1339205/SP, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2010/0143135-8, Relator Min. Luis Felipe Salomão, DJe 24/11/2010.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça ratificou seu posicionamento, e esclareceu ainda, que o reexame necessário a que estão submetidas as sentenças proferidas em desfavor da Fazenda Pública, não constituem óbice à antecipação da tutela concedida na sentença. AgRg no AREsp 32608-PE. Relator: Ministro Ari Pargendler. Data de Julgamento: 17/12/2013. DJe: 04/02/2014.

Fredie Didier também entende ser possível, mas esclarece que se trata de técnica de antecipação dos efeitos da tutela, e não da tutela em si.

Coadunando pela possibilidade da concessão da medida de urgência na sentença, Marcato afirma não haver impedimento para que isso ocorra, o fato é que a depender do momento, será criado um problema quanto ao recurso de apelação e seus efeitos.

No entanto, com a alteração do CPC e inclusão de mais uma hipótese de apelação não dotada de efeito suspensivo, nos casos em que houver confirmação da tutela, o que para o doutrinador, permite uma interpretação extensiva às situações em que houver deferimento da medida em sede de sentença, acrescenta ainda, que não importa se a tutela é concedida antes ou na própria sentença, em ambos os casos a apelação não suspenderá a eficácia imediata da tutela antecipada.

Carreira Alvim, a princípio não coadunava com o entendimento de ser possível a concessão da tutela antecipada na sentença, deixando claro que na sua ótica, a tutela poderia ser concedida a qualquer tempo, desde que antes da prolação da sentença. (ALVIM, 2005)

O doutrinador mineiro retificou seu posicionamento acerca do assunto, justificando que a respeito do tema tutela antecipada, deve-se observar que existe a "verdadeira" concedida com base no art. 273 do Código de Processo Civil e uma outra, a tutela antecipada concedida na sentença, sendo esta última, uma técnica para subtrair o efeito suspensivo do recurso, e permitir a execução provisória da sentença, neste caso, o Juiz deve deixar claro que antecipa os efeitos da sentença, e que acaso seja interposto recurso de apelação, este deve ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Apesar da celeuma estabelecida, e do STJ ter pacificado o entendimento acerca do assunto, o tema em questão nos traz algumas reflexões que merecem destaque.

Conceder a tutela antecipada em sede de sentença não se estaria pondo em risco o bem da vida, e, sobretudo o processo e a segurança jurídica? E mais, as reais intenções do legislador ao criar a tutela, como uma forma de garantir, preservar o bom direito não estariam sendo sobrepostas?

Se etimologicamente antecipar significa “precipitar; chegar antes de; anteceder”, qual sentido teria antecipar a tutela depois de exaurida a cognição? O julgador tem toda a fase processual para o deferimento ou não da cognição sumária, e resolve fazê-lo apenas por ocasião da sentença de mérito, com que intuito? Subtrair um dos efeitos do recurso de apelação?

Nestes casos, soa estranho se falar em cognição sumária, talvez seja mais adequado considerá-lo um novo instituto, ou apenas uma técnica, uma manobra processual promovida pelo julgador, ainda desprovida

de nome, ao qual resolveram vulgarmente denominar tutela antecipada na sentença.

Sobre o instituto tutela antecipada, DINAMARCO expõe:

“Elas se destinam a propiciar à parte em adiantamento (daí, antecipação), os mesmos resultados esperados na sentença de mérito, ou parte deles. As tutelas antecipadas não visam, como as cautelares, a conservar meios para que o processo em si mesmo possa operar de modo eficiente, mas a oferecer diretamente às pessoas algo cuja demora poderia ser-lhes prejudicial, por isso são satisfativas. [...]”

O *fumus boni juris* está referido no art. 273, *caput*, como prova inequívoca – expressão que a doutrina e os tribunais interpretam como probabilidade suficiente. Por outro lado, para antecipar tutela nem sempre é necessária situação de urgência (*periculum in mora* – art. 273, §1º), as antecipações devem também ser concedidas em repressão a atos de retardamento processual praticados pelo réu (art. 273, inciso II) ou quando houver incontrovérsia a respeito de parte dos fatos relevantes para decidir a causa (art. 273, §6º).” (DINAMARCO, 2009, p. 343)

É por esse motivo que nos parece de bom alvitre observar as considerações de Didier e comungar do



entendimento de Carreira Alvim sobre o tema, para quem a tutela antecipada prevista no art. 273 do CPC, concedida antes da sentença através de uma decisão interlocutória, diverge da concedida por ocasião do julgamento do mérito, que antecipa os efeitos da sentença, e acaso interposta apelação, deve ser recebida no efeito devolutivo, com base no art. 518 do CPC.

RECURSO CABÍVEL

Conforme exposto no capítulo anterior, a tutela antecipada tem como finalidade preservar o direito e reduzir o tempo do processo e as consequências prejudiciais que essa demora pode causar às partes, para isso, tenta equilibrar direitos que são fundamentais, à segurança e efetividade. Por esse motivo, merece destaque a querela quanto ao recurso a que se deve fazer uso para questionar a interlocutória liminar, nos casos em que estiver no bojo da sentença.

A problemática que envolve o tema é justamente o fato do CPC preestabelecer que o recurso cabível para “atacar” a sentença é a apelação, e como a decisão da tutela antecipatória é essencialmente interlocutória, pela natureza que a medida apresenta, o Código Processual Brasileiro deixa em evidência ser o agravo de instrumento o recurso cabível para resolver questões incidentes.

Embora a previsão do recurso nos casos de concessão da medida superficial seja o agravo, se concedida a tutela em sede de sentença, finda por esbarrar no princípio da unirrecorribilidade recursal, ou seja, contra a decisão judicial é cabível a interposição de um só recurso, o que não é absoluto⁴, mas em torno disso se constituiu toda a problemática criada em torno do tema.

Nestes casos, os doutrinadores que defendem a possibilidade do Juiz poder num dos capítulos da sentença proferir a decisão da tutela e num outro a de mérito, a exemplo de Marinoni, acabam encontrando dificuldade quanto a identificação do recurso cabível,

se agravo ou apelação, “problema resolvido com a aplicação do princípio da unirrecorribilidade, afastando-se o cabimento do agravo, consistindo agora a problemática de em qual efeito o recurso seria recebido”. (ALVIM, 2005, p.11)

Pois bem, o artigo 520, VII do Código determina que o recurso de apelação seja recebido apenas no efeito devolutivo quando a sentença confirmar a tutela liminarmente concedida, para Carreira Alvim essa previsão justifica a apelação ser recebida apenas com um dos efeitos nos casos em que a tutela for concedida na sentença.

O Código Processual confere ao juiz o poder de declarar os efeitos em que recebe o recurso, art. 518, o que se estende aos casos em que a sentença é proferida com pedido de tutela antecipada até então não concedida. Sobre o tema Luciana Alvim menciona que se no momento em que recebe a apelação cabe ao juiz declarar quais são os efeitos, é porque pode recebê-la nos dois, ou apenas com um (devolutivo), neste caso, o art. 520 seria utilizado segundo ela, como regra de contingência.

Numa primeira análise, permitir que a decisão da medida interlocutória seja deferida após cognição plena, retira da tutela antecipada sua característica de urgência, imediaticidade, provisoriedade, igualando-a a pedidos outros que compõem o mérito da questão, julgados após cognição exauriente, que requer análise mais aprofundada para a prolação da decisão definitiva, o que acaba por afastar a função que a medida de urgência possui, e o reclame de recorribilidade imediata. No entanto, conforme expomos, sendo a concessão da tutela na sentença, ela deixa de ser antecipada e passa a ser uma técnica, ao qual deveria ser atribuído quem sabe um outro nome.

Isto porque a lei deixou claro no art. 520, VII CPC, a situação que confere a apelação apenas efeito devolutivo, como também o recurso cabível para decisões acerca do pedido de antecipação da tutela – decisão interlocutória atacada por meio de Agravo de Instrumento, justamente pela urgência que o pedido representa. No entanto, a lei não proíbe que o juiz monocrático conceda a antecipação da tutela

⁴ FILHO, Misael Montenegro. Curso de Direito Processual Civil. V. 02. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 29.

na sentença de mérito, tampouco permite, mas deixa claro que apenas quando confirmada a liminar anteriormente concedida, é que o efeito do recurso protocolado será apenas o devolutivo.

Ressalte-se que nada impede que o juiz a qualquer tempo no decorrer do processo analise o pedido antecipatório, e preenchidos os requisitos, o conceda. Fazendo antes da sentença, respeita os princípios processuais, e, sobretudo, a natureza, o objetivo e a função da medida de urgência, conferindo-a o caráter de imediatividade, vez que acaso presentes os requisitos, comprovada a prova inequívoca da verossimilhança, a possibilidade de dano de difícil ou impossível reparação, o que motiva o Juiz a deixar para analisar o pedido apenas na sentença, se durante a *via crucis* processual o dano pode ser configurado?

Sem dúvida, em respeito à essência da medida, as reais intenções do legislador, e, sobretudo, visando resguardar o bem da vida, a medida de urgência pode e deve ser concedida a qualquer tempo. No entanto, se o magistrado deixa para fazê-lo apenas na sentença, não entendemos conveniente chamar tutela “antecipada”.

CONCLUSÃO

Esperamos que esse estudo possa contribuir de alguma forma para estimular debates sobre o tema, e mesmo que a jurisprudência já tenha firmado entendimento no sentido de permitir a antecipação da tutela em sede de sentença, nada impede que façamos uma reflexão sobre o assunto, a fim de estimular quem sabe, novos posicionamentos, ainda mais nesse momento que antecede a implantação de modificações tão significantes no processo civil brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Luciana Carreira. **Tutela Antecipada na sentença**, 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=320>. Acesso em: 07 de setembro de 2014.

ASSIS, Araken de Apud CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 66.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Suspensão da execução da sentença**, n. 16.5, in *Direito na Doutrina*, Livro III. Curitiba: Juruá, 2002, p. 179-181.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.2, 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p.343.

FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993.

FILHO, Misael Montenegro. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2, 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 29.

FUX, Luiz. Anteprojeto do novo CPC prevê recurso único. Seção entrevistas. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-24/anteprojeto-cpc-preve-recurso-unico-fim-acao-cautelar>>. Acesso em: 07 de setembro de 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. V.2, 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARCATO, Antônio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 841.

NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.76 -77.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. V. 1, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 136.

DO RECONHECIMENTO DO NOME SOCIAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS E DO NOME CIVIL SOB UMA ABORDAGEM CIVIL - CONSTITUCIONALIZADA



Osmar Ferreira do Amaral Junior

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI;
Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe, esp. Direito,
lotado na Promotoria de Justiça de Cedro de São João/SE.

RESUMO

Trata-se de observar notícia jornalística acerca do nome social e, a partir daí, são tecidas considerações teóricas sobre o nome civil, dissecando-o à luz do direito civil-constitucionalizado, após, o nome civil ter sido visitado, segue-se a análise do nome social e a legislação vigente, bem como os rumos sob os quais o tema tem-se conduzido em seara pretoriana.

Palavras-chave: Nome civil. Nome social. Direitos da personalidade. Direito civil-constitucionalizado.

1. MEDIDA INÉDITA NA EDIÇÃO DE 2014 DO ENEM

Recentemente os jornais trouxeram a lume uma medida inédita em quinze anos de aplicação da prova do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem. A edição de 2014 do exame aceita o uso do nome social por parte de travestis e transexuais, abre-se a possibilidade desse público específico de participantes usarem designação diversa do nome civil, seria, pois, o nome pelo qual são conhecidos e reconhecidos, que gostariam de serem chamados, inclusive, os próprios fiscais de prova se lhes dirigiriam pelo nome social. Uma entrevistada transexual afirmou que¹: “O movimento como um todo tem batido muito na tecla das pessoas ‘trans’ começarem

¹ Notícia pesquisada em 13/09/2014, no site <http://g1.globo.com/educacao/enem/2014/noticia/2014/09/inep-diz-que-95-transexuais-poderao-usar-nome-social-no-enem-2014.html>

a entrar na universidade, e o Enem permitir o nome social é uma forma de chamar essas pessoas, de dizer que elas devem pertencer a esse lugar também”. A par desta notícia construir-se-ão considerações teóricas sobre o conteúdo jurídico do nome civil, seu conceito, traços históricos, natureza jurídica e demais elementos cujos contornos seguramente despertam hoje maior atenção da sociedade, fruto dessa inovação, que não vem sozinha, porque, como se verá adiante, vários estados da Federação tem lei específica sobre o tema, o Governo Federal também o regulou em vários Ministérios. A novidade advém das lutas de grupos sociais específicos por visibilidade, por respeitabilidade e inclusão social. Avaliar-se-á a medida adotada sob a matriz do direito civil-constitucionalizado.

2. O CONTEÚDO JURÍDICO DO NOME CIVIL, SEU CONCEITO E SUA NATUREZA JURÍDICA

De início convém assinalar uma definição objetiva do que seria o nome, mais precisamente o nome civil da pessoa física, objeto deste estudo. O dicionário Houaiss assim define o verbete²: “antropônimo dado a uma criança ao nascer, no batismo ou em outra ocasião especial, de acordo com a cultura e os costumes de cada povo e pelo qual ela é conhecida e chamada; nome de batismo, antenome, prenome”. O nome tem dupla função: individualizadora e identificadora, aquela distingue o indivíduo dentre os seus, torna-o distinto dos

² Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

demais; desta exsurge uma conotação investigativa, policial, não à toa que as identidades civis no Brasil são expedidas pelas Secretarias de Segurança Pública (SSPs) de cada Estado, este segundo elemento garante identificar civilmente as pessoas, função importante para se assegurarem direitos e obrigações na órbita civil e administrativa, lembrando-se que a Constituição Federal garante ao civilmente identificado sua insubmissão à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (CF, art. 5º, LVIII).

É sabido que todos os povos, a medida de seu avanço civilizatório nominavam seus integrantes, ora por nomes simples e, com o avanço populacional, diante da ineficiência do sistema de nome simples, eles também se tornaram mais complexos. A título de exemplo, os hebreus davam nomes aos seus filhos no oitavo dia após a circuncisão, fato pelo qual também passou o próprio Cristo: “E, quando os oito dias foram cumpridos, para circuncidar o menino, foi-lhe dado o nome de Jesus, que pelo anjo lhe fora posto antes de ser concebido.” (Lucas, 2:21). Há notícias que outros povos o faziam, cada qual dentro de sua própria ritualística, os Romanos, Gregos e os Bárbaros³.

O Direito, através do Código Civil também salvaguarda a importância do nome, quando diz no seu art. 16: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Neste artigo se colocam quais os elementos que compõem o nome: prenome e o sobrenome. Entretanto, reina a confusão terminológica, como adverte Maria Celine Bodin de Moraes, em sua excelente monografia sobre o tema:

“ Os componentes do nome são o prenome e o que se chamou de patronímico. Embora a doutrina e a jurisprudência utilizassem o termo, com relativa frequência, é a primeira vez que o legislador civil o adota. Isso decorre da tentativa de empregar uma técnica uniforme na matéria. De fato, no Código Civil em vigor, o legislador ora usa a expressão “nome”, significando o nome por inteiro (por exemplo, nos arts. 271, I; 324, 386, 487), ora emprega os termos “nome” e “prenome” (por exemplo, no art. 195, I, II), ora usa “apelidos” (art. 240), ou ainda “nome” e “sobrenome” (art. 1039). O mesmo se diga da Lei de

Registros Públicos, a qual ora adota o termo “nome” para se referir ao nome completo, ora especifica “prenome” e “nome”, este último com o significado de nome de família” (MORAES 2000, p. 51)

Feita essa pequena observação quanto ao descuido terminológico do legislador, importa acrescentar que ao nome eventualmente se somam as partículas “de” e suas variantes bem como a partícula “e” (i.e.: dos Santos; de Almeida; das Neves; da Costa e Silva) como também o agnome cuja função é designar grau de parentesco ou geração (i.e.: Filho; Júnior ou Neto; Sobrinho) (CARVALHO NETO, 2002). Quanto ao prenome, deve-se observar que ele poderá ser simples ou composto, a único critério dos pais, que o poderão decidi-lo livremente, salvo se da escolha dos pais advier prenome que exponha a criança ao ridículo⁴ (LRP, art. 55, parágrafo único). Todavia, existem casos de prenome composto obrigatório, como no caso de filhos gêmeos e irmãos bilaterais cujos pais queiram dar o mesmo prenome (LRP, art. 63, parágrafo único). É de se notar que o pseudônimo ou nome artístico

3 Remetemos o leitor, caso deseje conhecer o fundo histórico do nome civil, que por questões da finalidade deste trabalho não será abordado, a fim de se nos determos no direito civil, não em suas reminiscências antropológico-históricas, para este consultar: VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral, 4ª Ed. São Paulo: 2004, item 10.1 “Origens Históricas”, p. 210 e ss.

goza, quando usado para atividades lícitas, goza da mesma proteção do nome (art. 19, CC), a lei de direitos autorais também o garante (Lei 9610/1998, art. 12).

Questão de enorme revelo jurídico, verdadeiro divisor de águas, ante as consequências advindas, é saber-se qual a natureza jurídica do nome civil. Ao longo do tempo, já se catalogou o nome como direito de propriedade; direito “sui generis”, como o diz Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, 1977); Clóvis Beviláqua nega a existência de um direito ao nome, pelo que se denominou de teoria negativista, acompanhando o pensamento de Von Jhering (BRANDELLI, 2012). Contudo, somente ao final do século XIX, através das doutrinas francesa e alemã, sobressaiu a natureza extrapatrimonial desse direito, desvinculando-o do ranço patrimonialista tão comum às decodificações civis à época, denominou-se-lhes direitos da personalidade (MORAES, 2000).

É exatamente aqui, como direito da personalidade,

que o nome civil ganha a devida proteção e promoção. É essa, pois, a escolha do Código Civil, quando o localiza no Livro I, Título I, Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade, entre os arts. 16 a 19, regulando-se a matéria junto das disposições pormenorizadas da Lei de Registros Públicos.

A arena correta para se desenvolver a temática do nome civil e o nome social, que se verá posteriormente, é a dos direitos da personalidade. É nesta seara onde a perspectiva civil-constitucional ganha pleno relevo. Como afirma Flávio Tartuce: “os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1º, III, da CF/1988)” (TARTUCE 2012, p. 87).

Cinco grandes ícones foram erigidos pela doutrina⁵ a fim de se associarem os direitos da personalidade em favor da pessoa humana no atual

5 Essa classificação é originária de Maria Helena Diniz, no seu Código Civil anotado, 15ª Ed. São Paulo Saraiva, 2010, p. 67



Código Civil, ei-los:

- a) *Vida e integridade físico-psíquica*, estando o segundo conceito inserido no primeiro, por uma questão lógica;
- b) *Nome da pessoa natural ou jurídica*, com proteção específica contante entre os arts. 16 a 19 do CC, bem como na Lei de Registros Públicos;
- c) *Imagem*, classificada em imagem-retrato – reprodução corpórea da imagem, representada pela fisionomia de alguém; e imagem-atributo – soma de qualificações de alguém ou repercussão social da imagem;
- d) *Honra*, com repercussões físico-psíquicas, subclassificadas em honra subjetiva (autoestima) e honra objetiva (repercussão social da honra), e;
- e) *Intimidade*, sendo certo que a vida privada da pessoa natural é inviolável, conforme previsão expressa do art. 5º, X, da CF/1988.

Por sua vez, estes cinco grandes ícones acima descritos (alíneas “a” a “e”), foram correlacionados por Tepedino a três princípios constitucionais, formando-se a imbricação entre o civil e o constitucional, melhor dizendo, a concepção civil-constitucional (TEPEDINO, 2004):

- Princípio da Proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/1988);
- Princípio da Solidariedade social, também um dos objetivos da República Federativa do Brasil (construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” – art. 3º, I, da CF/1988), visando também à erradicação da pobreza (art. 3º, III, da CF/1988);
- Princípio da igualdade lato sensu ou isonomia, eis que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, caput, da CF/1988).

Dessa imbricação entre o civil e o constitucional, já demonstrado na correlação entre os cinco grandes ícones de Maria Helena Diniz e os três princípios constitucionais de Gustavo Tepedino, ambos acima explicitados, o mestre Flávio Tartuce nos brinda com sua didática: “podemos aqui trazer uma regra de três, afirmando que, na visão civil-constitucional, assim

como os direitos da personalidade estão para o Código Civil, os direitos fundamentais estão para a Constituição Federal”. (TARTUCE, 2012, p. 88).

Não sem razão Gustavo Tepedino defende uma “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana” (TEPEDINO, 2004). Assim como o art. 5º, § 2º da Constituição a deixou aberta a influxos de novos direitos fundamentais cujo rol do art. 5º da CF é meramente exemplificativo, os direitos da personalidade do Código Civil não são regulados de maneira exaustiva (daí a “cláusula geral”), conforme diz o enunciado n. 274 CJF/STF: “os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição Federal”.

Aliás, o nome civil, como direito da personalidade, com inegável reflexo na dignidade da pessoa humana, vai além, pois repercute nos direitos humanos, veja-se:

“Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, internalizado pelo dec. 678/1992), dispõe no art. 18 – Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deverá regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”.

Convenção para os Direitos da Criança (internalizado pelo dec. 99.710/1990), dispõe no art. 7º, 1 – A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

Portanto, o nome civil vai muito além de suas funções básicas individualizadora e identificadora. É genuinamente matéria de direitos humanos, internalizados no plano interno, com respaldo na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). A regulação dos direitos da personalidade nos arts. 11 a 21, dentre eles o direito ao nome civil, não pode encerrar-se naqueles dispositivos, sob pena de se engessar a matéria, essa observação não escapou a Anderson Schreiber, que aduz: “muitos dos dispositivos dedicados ao tema trazem soluções absolutas, definitivas, fechadas, que, como se verá adiante, não se ajustam bem à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade” (SCHREIBER, 2011, p. 12).

Os direitos da personalidade têm como características, em especial o nome civil, ser: absoluto, obrigatório (art. 50, da LRP), indisponível, exclusivo, inalienável, incessível, inexpropriável, irrenunciável e intransmissível. A obrigatoriedade disposta na Lei de Registros Públicos (art. 50) encontra eco na Convenção para os Direitos da Criança, que assevera, como dito acima, desde que nasce a criança terá direito a um nome. Aliás, o oficial de registro público, quando realizar registro de nascimento de criança apenas no nome materno, deverá colher com a genitora os dados paternos e abrir procedimento administrativo de averiguação de paternidade (Lei 8.560/1992, art. 2º) para que o suposto pai diga sobre a paternidade que lhe é atribuída, confirmando-a, lavra-se o termo de reconhecimento (Lei 8.560/1992, art. 2º, §3º); negando-a, ou se mantendo silente, os autos serão encaminhados ao Ministério Público para que, havendo elementos suficientes, promova a ação de investigação de paternidade (Lei 8.560/1992, art. 2º, §4º). Esse procedimento é bem conhecido das Promotorias de Justiça, principalmente as do interior do Estado de Sergipe, que cumulam as atribuições de toda uma vara única e agem imiscuindo-se num papel que deveria ser ora ocupado pela Defensoria Pública do Estado, ainda deficiente em atingir todas as camadas da população.

3. DA IMUTABILIDADE RELATIVA DO NOME

Entre as características do nome civil, a que realmente desperta maiores cuidados é, sem dúvida, a questão de ele poder ser alterado ou não e, sob quais circunstâncias se o faz. De pronto, diz-se que há duas correntes acerca da alteração do nome civil: a corrente tradicional, arraigada na redação do art. 58 da LRP, o qual em sua redação original dispunha sobre a imutabilidade do nome cuja redação original deste artigo sofreu revisão pela Lei 9.708/1998: "O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios". A Redação anterior somente permitia a alteração do nome por

evidente erro gráfico, o que também se permite na redação atual, aliás, houve sensível desburocratização do procedimento ao torná-lo extrajudicial, na forma do art. 110 da LRP (Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009) cujos erros de imediata constatação poderão ser corrigidos de ofícios pelo oficial de registro, antes, porém, exige-se manifestação conclusiva do Ministério Público. Atualmente, como dito, o art. 58 pós-revisão, acresceu a possibilidade de substituição do prenome por apelido público notório. Segundo Venosa (VENOSA, 2004, p. 216):

"a possibilidade de substituição do prenome por apelido público notório atende à tendência social brasileira, abrindo importante brecha na regra que impunha a imutabilidade do prenome, que doravante passa a ser relativa. A jurisprudência, contudo, já abria exceções. No entanto, caberá ao juiz avaliar no caso concreto a notoriedade do apelido mencionada na lei."

A partir dessa nova redação do art. 58 da LRP, segundo Venosa, o princípio que rege não é mais o da imutabilidade, mas o da imutabilidade relativa, admitindo-se temperamento legal e alguma avaliação judicial do caso concreto. Cristiano Chaves e Nelson Rosendal fazem o importante apanhado do tema (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p. 256):

Hipóteses de alteração do prenome:

- a) Quando expuser o titular ao ridículo ou à situação vexatória bem como se tratando de nome exótico (LRP, art. 55, parágrafo único);
- b) Havendo erro gráfico evidente, caracterizado, e.g., por equívocos de grafia;
- c) Para inclusão ou modificação do apelido público notório, também chamado de hipocorístico (art. 58 e Parágrafo Único, LRP)⁶;
- d) Pela adoção (ECA, art. 47, § 5º, e CC, art. 1.627);
- e) Pelo uso prolongado e constante de nome diverso (é o caso de alguém que ficou conhecida por Márcia, em vez de Mércia, seu nome registral);

6 Abundam os casos de apelido público notório, como é o caso dos ex-presidentes da República José Sarney e Luis Inácio Lula da Silva. No Esporte temos o ex-pugilista Acelino Popó de Freitas. A apresentadora Maria das Graças Xuxa Meneghel. Todos são exemplos conhecidos do público sobre o tema.

- f) Quando ocorrer homonímia depreciativa, gerando embarços profissionais ou sociais;
- g) Pela tradução, nos casos em que o nome foi grafado em língua estrangeira⁷;

Hipóteses de alteração do sobrenome:

- a) Pela adoção (ECA, art. 47, § 5º, e CC, art. 1.627);
- b) Pelo casamento, quando é facultado a qualquer dos nubentes acrescer o nome do outro (CC, art. 1.565, § 1º), inclusive podendo ambos modificar o nome, acrescentando o sobrenome de seu consorte;
- c) Pela separação judicial ou pelo divórcio, uma vez que o cônjuge que alterou o seu nome patronímico pelo casamento poderá voltar a utilizar o nome que possuía antes de casar (CC, arts. 1.571, §2º, e 1.578);
- d) Para a inclusão de sobrenome de ascendente (inclusive abarcando a chamada inclusão de sobrenome avoengo na hipótese de acréscimo do patronímico dos avós), desde que não prejudique o patronímico dos demais ascendentes⁸;
- e) Pela união estável ou pela união homoafetiva;
- f) Pela anulação ou decretação de nulidade do casamento.”

Há também hipótese contemplada pela lei 11.924/2009, a chamada Lei Clodovil Hernandez, que autoriza o acréscimo do sobrenome do padrasto ou madrastra ao enteado ou enteada. Essa mudança se processará pela via da jurisdição voluntária, na vara de registros públicos com a necessária intervenção do Ministério Público. Conforme advertem Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (FARIAS & ROSENVALD, 2011, p. 259):

“É claro que o acréscimo de sobrenome não implica em efeitos jurídicos, sequer decorrendo direito sucessório ou alimentar. A pessoa que modificou o seu nome, para acrescer o do padrasto ou madrastra, continua a ser filho de seus pais, de quem irá suceder e reclamar alimentos e demais efeitos jurídicos”.

7 O estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815, no seu art.43 descerra as possibilidades de alteração

8 Esse tipo de alteração ganha relevo no caso de naturalização, pois, a exemplo da Itália, que adota o ius sanguinis sem contar as gerações, é italiano quem descender dos da península itálica.

Por último, vale destacar ainda a alteração imotivada do nome civil, lançado no art. 56 da LRP. Trata-se de hipótese peculiar⁹, na qual o interessado, no prazo decadencial de um ano após completar a maioridade civil, poderá requerer a alteração de seu prenome¹⁰, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa. Interessante notar que até a pessoa completar seus dezenove anos o nome civil não adquire, diante o artigo, plena estabilidade, ou como querem, a imutabilidade. As questões acima elencadas não geram mais controvérsia, ao menos controvérsia digna de nota, podendo-se revolvê-las pela corrente tradicional.

Entretanto, há casos modernos e controversos que acenam para a corrente liberal, indispensável será a análise do caso concreto. Ademais, a corrente liberal é a única que verdadeiramente responde satisfatoriamente à natureza jurídica do nome civil enquanto direito de personalidade, sob o viés civil-constitucionalizado, deve-se suavizar a imutabilidade do nome para além dos casos legais, devendo, como dito, o caso concreto ser escrutinado pelo magistrado. Como Adverte Maria Celina Bodin de Moraes, em ótima monografia sobre o tema, já comentada: “a regra da imutabilidade do prenome, decorrente diretamente do dever de identificação, vem sendo suavizada” (MORAES, 2000, p. 60). Não se pode, contudo, levar-se ao extremo inverso, à ideia de mutabilidade do nome civil.

O nome civil, pelos contornos já delineados é matéria de ordem pública, com a obrigatoriedade de registro (LRP, arts. 54 e 55). Conclusão lógica é que o Ministério Público deverá intervir em todos os procedimentos judiciais ou administrativos que disserem respeito ao nome civil, embora se reconheça a possibilidade, valendo-se da independência funcional, de cada membro poder invocar a recomendação n. 16 do CSMP, que racionaliza a atuação ministerial¹¹.

9 Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona aduzem que se trata de *direito potestativo*, sem exigência legal de motivação (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2002)

10 Em Sergipe, a Lei de Organização Judiciária (Lei Complementar nº. 88/2003), estabelece que a competência é da Vara Cível de Direito de Família e Sucessões (não há Vara de Registros Públicos). Melhor seria a adoção de rito semelhante ao do art. 110 da LRP, modificado pela Lei 12.100/2009

11 O art. 5º da sobredita recomendação cita hipóteses de não intervenção ministerial.

4. DA CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO DE SEXO COMO CAUSA DE PEDIR DA MUDANÇA CIVIL DO NOME

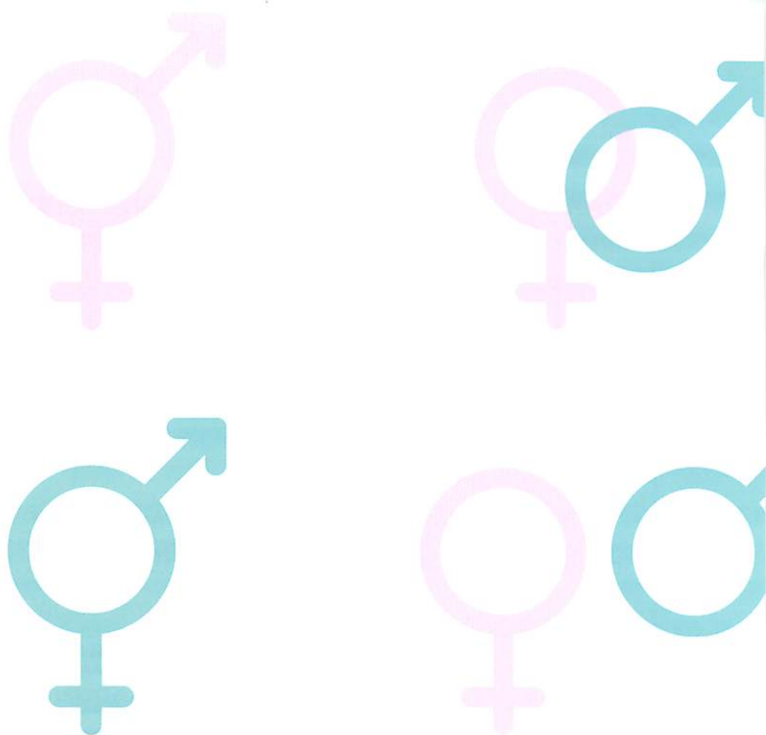
No que diz respeito às cirurgias de redesignação de sexo, elas foram reguladas pela Resolução n. 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina – CFM, cuja intervenção cirúrgica dispensa autorização judicial, observada a sobredita resolução. A questão subjacente é saber se o transexual, após a intervenção cirúrgica, poderá alterar seu nome civil? E seu sexo? Maria Berenice Dias, assevera:

“O direito à identidade tem assento constitucional, pois está inserido na sua norma de maior relevância, que proclama o princípio do respeito à dignidade humana, nenhuma justificativa é cabível para negar a mudança, não se fazendo necessária sequer a alteração de dispositivos legais para cancelar a pretensão” (DIAS, 2001, p. 127).

A jurisprudência, entretanto, não encontra tanta firmeza quanto a ilustrada doutrinadora, embora venham a lume diversos casos, que, como narrado por Maria Celina Bodin Moraes: “dependem essencialmente da visão pessoal do juiz e do Ministério Público”, prossegue: “o caso mais notório, relativo ao pedido de redesignação do sexo no assento civil, da modelo Roberta Close, foi aceito em 1ª instância mas julgado improcedente pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro” (MORAES, 2000, p. 69).

Como já se discorreu acima, a corrente mais acertada sobre os direitos da personalidade acerca da inalterabilidade relativa do nome civil é a liberal, a qual agasalha melhor a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana de Tepedino. Os direitos da personalidade não se encerram nos arts. 11 a 21 do CC (Enunciado n. 274, da IV Jornada de Direito Civil). O festejado professor Flávio Tartuce cita como exemplo um possível “direito à opção sexual” (TARTUCE, 2012, p. 88) como implícito à Constituição Federal.

Os registros públicos têm como uma de suas características a autenticidade (Lei 8.935/1994, art. 1º), então, ele deve ser espelho da realidade, mas, quando se nega ao transexual a alteração de seu nome e seu sexo, o registro distorce a realidade, não lhe trazendo a autenticidade requerida por lei. Deixa o registro público de cumprir seu papel e ainda por cima avilta-se a dignidade humana.



Não se deve, outrossim, usar como argumento a função identificadora do nome civil para obstar a alteração requerida após a cirurgia de redesignação sexual, a um, porque hodiernamente são cada vez mais utilizados para identificação e distinção das pessoas o sistema numérico (RG e CPF) e até mesmo suas características biológicas (biometria)¹², inclusive, vê-se enorme comoção em todos os rincões do país pela Justiça Eleitoral para a completa identificação biométrica do eleitor brasileiro. O segundo argumento é que a natureza jurídica de direito da personalidade do nome civil, com matriz constitucional e de direitos humanos não pode ser obstada pela má identificação, principalmente havendo outros meios de fazê-lo, como expusemos.

5. DA IPSEIDADE

A ipseidade significa “o caráter particular, individual, único de um ente, que o distingue de todos os outros” (HOUAISS, 2001). Como diria Caetano Veloso: “cada um sabe a dor e delícia de ser o que é” (dom de iludir). Nessa toada, no final dos anos setenta surge na Itália o desenho de um novo direito da personalidade, como dissemos, o rol que deles se guarda é meramente exemplificativo, pois bem, esse direito de personalidade foi denominado pelos italianos de “direito à identidade pessoal”,

¹² Solução idêntica chega Leonardo Brandelli (BRANDELLI, 2012).

consubstanciado na direito de ser o que se é, de “ser a si mesmo” (diritto ad essere se stesso)¹³. Quando se nega o direito à identidade pessoal fere-se sua matriz constitucional, a dignidade humana (CF, art. 1º, III).

6. DO USO DO NOME SOCIAL E A ADI 4275

Toda essa construção acerca do nome civil, sob o viés do direito civil-constitucionalizado, nos leva agora a conceituação segura do nome social, aliás, esse conceito já fora explanado no primeiro parágrafo deste trabalho. Guarda o nome social a mesma natureza jurídica do nome civil, ambos são direitos da personalidade. O conceito legal de nome social pode ser extraído da lei ordinária estadual do Piauí: “Entende-se por nome social a forma pela qual as pessoas travestis e transexuais se reconhecem, são identificadas, reconhecidas e denominadas por sua comunidade e em sua inserção social”. (Lei Estadual 5.916/2009, art. 1º, §1º). No trato social e em ambientes públicos deverão ser deferidos tratamento ao travesti e transexual segundo o nome social que ele forneça, caso ele deseje, por óbvio.

A situação evita o constrangimento desnecessário de, por exemplo, o transexual absolutamente voltado ao fenótipo feminino vir-se identificar em provas, exames, ou qualquer repartição pública, com nome masculino, chamando a atenção e a dúvida para si. A situação tende a ser superada pelo uso do nome social, o que já se fez nas provas do Enem deste ano. A positivação do nome social não é exclusividade do Estado do Piauí, fizeram-no o Pará (dec. 1675/2009), São Paulo (dec. 55.588/2010), Pernambuco (dec. 35.051/2010), Rio de Janeiro (dec.

43.065/2011) e Mato Grosso do Sul (dec. Normativo 13.684/2013)¹⁴. O próprio Governo Federal, também já o disciplina via Executivo, como se pode perceber do ineditismo adotado pelo Enem, medida salutar.

A par dessas conquistas do público GLBT, a Procuradoria-Geral da República, sob a lavra da Dra. Deborah Duprat, propôs ADI (n. 4275) visando a interpretação conforme a Constituição do art. 58, da LRP, na redação que lhe foi dada pela lei 9.708/1998, para reconhecer-se o direito dos transexuais, que desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização, sob a tese de:

“um ‘direito fundamental à identidade de gênero’, inferido dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, caput), e da privacidade (art. 5º, X). O direito fundamental à identidade de gêneros sustenta a exegese de que o art. 58 da Lei 6.015 autoriza mudança de sexo e prenome no registro civil, no caso dos transexuais” (ADI 4275, petição inicial da PGR).

A ação impende de decisão final ainda, o que poderá ser acompanhado diretamente do site do STF, pelo sistema push, bastando simples cadastro para isso.

7. DA CONCLUSÃO

É inegável que a República Federativa do Brasil seja um Estado laico, conforme se vê no art. 19, I, da CF, portanto, razões de fundo religioso podem ser opostas no foro íntimo, contudo jamais em políticas públicas. Há enorme lobby de certas tendências religiosas politicamente organizadas em barrar, sob o mesmo argumento religioso, pautas de minorias, como as do público GLBT. Deve o Judiciário exercer o forçoso papel contramajoritário pra garantir a efetividade

¹³ É o que também noticia Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2000).

¹⁴ Indica-se o site da ABGLT para se conferir todos os textos normativos a respeito: <http://www.abgl.org.br/port/nomesocial.php>

constitucional. É uma conquista civilizatória brasileira a laicidade estatal, embora nossa Constituição faça remissão logo no preâmbulo a Deus, contudo, esse Deus é o “ecumênico” (BULOS, 2011), não é um Deus especificamente considerado de uma só religião, significa que o povo brasileiro, em sua maioria, quis dizer-se teísta.

A luta que hoje faz o público GLBT é idêntica à pressão sofrida no passado pelas mulheres (aliás, o preconceito de gênero ainda existe, o que se verifica na aprovação da Lei Maria da Penha), como bem retratado por Simone de Beauvoir em seu livro o segundo sexo; idêntica a dos negros, que ainda são grande parcela dos excluídos, clientes preferenciais do sistema carcerário. Cumpre ao sistema de Justiça: Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia, zelar pela efetividade do texto constitucional, garantindo-se a cada um o “direito de ser a si mesmo”, livre de pressões baseadas em ódio e preconceitos de toda sorte.

REFERÊNCIAS

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

Bíblia Sagrada, versão online: www.bibliaonline.com.br.

BRANDELLI, Leonardo. **Nome Civil da Pessoa Natural**. Saraiva. São Paulo: 2012.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed. Saraiva. São Paulo: 2011

CARVALHO NETO, Inácio; FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil Comparado e Comentado**. V. I. Juruá. Curitiba, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o Preconceito e a Justiça**, 2. ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**, 15. ed. Saraiva. São Paulo: 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson.

Direito Civil: Teoria Geral, 9. ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Vol. I. Saraiva, São Paulo: 2002.

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. Juspodivm. Salvador: 2014.

Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Objetiva. Rio de Janeiro: 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, 16. ed. v. 1. Saraiva. São Paulo: 1977.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Sobre o Nome da Pessoa Humana**. Revista EMERJ, v. 3, n. 12, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. Atlas. São Paulo: 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, 2ª ed. Método. São Paulo: 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento civil-constitucional brasileiro**. Temas de Direito Civil, t. I. Renovar. Rio de Janeiro: 2004.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**, 4. ed. São Paulo: Atlas. São Paulo: 2004.

Sites:

<http://www.abglt.org.br/port/nomesocial.php>, pesquisado em 13/09/2014

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=111026&caixaBusca=N>, pesquisado em 13/09/2014.

<http://jus.com.br/>, pesquisado em 13/09/2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO E MEDIAÇÃO FAMILIAR: SUPERANDO OBSTÁCULOS



Paula Rainna Nascimento Santos

Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Tiradentes. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes. Técnica do Ministério Público do Estado de Sergipe.

RESUMO

O presente estudo propõe-se a analisar as questões mais relevantes a respeito da prática da mediação familiar no âmbito do Ministério Público. Objetiva-se, através deste, demonstrar que tal prática mantém especial sintonia com o novo perfil ministerial consolidado constitucionalmente, com a atual concepção de família e com o arcabouço de valores que norteiam o direito de família hodierno, entre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os membros, a afetividade, a solidariedade familiar e a autonomia privada. Assim, procura-se refletir sobre os principais obstáculos a serem superados para a ampliação da utilização da mediação familiar pelo Ministério Público como ferramenta para o aprimoramento do exercício das suas funções institucionais e, por conseguinte, para a melhoria qualitativa do tratamento dos conflitos, proporcionando a melhoria do acesso à Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Famílias. Mediação. Obstáculos.

INTRODUÇÃO

O estudo em questão tem como tema o Ministério Público e a prática da mediação familiar, notadamente no tocante aos obstáculos a serem superados para a sua disseminação. Busca-se, através

deste, verificar a harmonia existente entre a mediação, a missão constitucional do Ministério Público e os princípios norteadores do direito de família contemporâneo.

Para tanto, volta-se o olhar para as mudanças paradigmáticas ocorridas no âmbito familiar ao longo da história e os desafios enfrentados para lidar adequadamente com as consequências dessas transformações, aliadas à complexidade natural que permeia as questões familiares. Em seguida, examina-se a tríade famílias, conflitos e soluções, procurando demonstrar que os conflitos familiares tendem a ser mais complexos, por serem multifacetados e se desenvolverem no contexto de relações continuadas, daí as dificuldades enfrentadas na resolução judicial de tais conflitos e a necessidade de uma abordagem que se revele mais apropriada, mais efetiva. Adiante, discorre-se sobre os aspectos que fazem com que a prática da mediação guarde especial sintonia com as questões familiares.

Destarte, procura-se demonstrar como a prática da mediação no âmbito do Ministério Público, sobretudo no tratamento das questões familiares, pode ser uma importante aliada no aprimoramento do desempenho das suas funções, na adoção de postura mais resolutiva, na adequação ao seu novo perfil constitucional. Por fim, reflete-se sobre os principais obstáculos a serem superados para viabilizar a difusão de tal prática, em direção à melhoria do acesso à Justiça, que não se confunde com acesso ao Judiciário.

1 FAMÍLIAS: MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS

É certo que, ao longo da história, a entidade familiar tem sofrido profundas modificações em sua configuração, em sua função e, por conseguinte, em sua conceituação, de acordo com os valores preponderantes em cada época. Tais alterações exigem profundas transformações na forma de pensar as relações familiares e de atuar sobre elas.

A concepção tradicional de família, acolhida pela legislação da época, era essencialmente patrimonialista, individualista, patriarcal, hierarquizada, matrimonializada e restrita. A entidade familiar era compreendida basicamente como uma unidade econômica e de reprodução, chefiada pela figura masculina, através do exercício do pátrio poder ou do poder marital.

Por outro lado, a sociedade contemporânea, caracterizada por relações complexas, dinâmicas, globalizadas, plurais, abertas e multifacetárias, impõe uma concepção muito mais ampla de família, abrindo espaço para modelos familiares descentralizados, democráticos, igualitários, desmatrimonializados, fundados primordialmente no vínculo afetivo. Essas mudanças paradigmáticas impulsionaram o reconhecimento e a tutela de novas configurações familiares, como as advindas da união estável, da entidade monoparental e da união homoafetiva. Conforme enfatizam Farias e Rosendal (2014, p. 38-39):

[...] deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avança-se para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entre-ajuda), e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais.

Ao colocar em xeque a estruturação familiar tradicional, a contemporaneidade (em meio a inúmeras novidades tecnológica, científicas e culturais) permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso é reconhecer que, além da família tradicional,

fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna.

Nesse novo ambiente, averbe-se que é necessário compreender a família como sistema democrático, substituindo a feição centralizadora e patriarcal por um espaço aberto ao diálogo entre seus membros, onde é almejada a confiança recíproca.

Desse modo, observa-se que a compreensão hodierna de família, assegurada constitucionalmente, orienta-se pela valorização da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do respeito e da afetividade. Em outras palavras, visualiza-se a entidade familiar como um espaço democrático, no qual todos os membros têm voz ativa e, por conseguinte, responsabilidades mútuas.



É evidente que acompanhar e disciplinar tantas transformações ocorridas no âmbito familiar ao longo do tempo representa um grande desafio para o Direito. Por conseguinte, percebe-se que lidar de forma adequada com as consequências destas transformações e com a complexidade natural das questões familiares, vem se revelando uma tarefa nada fácil para os operadores jurídicos.

2 FAMÍLIAS, CONFLITOS E SOLUÇÕES

Os conflitos sempre fizeram parte da realidade das famílias, até mesmo porque o ambiente familiar é caracterizado pela diversidade de componentes, que convivem intensamente entre si, em relações íntimas, continuadas, complexas, que envolvem questões de diversas naturezas (legais, afetivas, patrimoniais,

entre outras) e que estão sujeitas a transformações ao longo do tempo. Destarte, os conflitos que surgem no seio familiar tendem a ser mais complexos, exigindo uma abordagem que considere todos os seus fatores, todas as suas peculiaridades, daí a notória dificuldade enfrentada na resolução judicial dos litígios familiares.

Quando os envolvidos não conseguem solucionar os conflitos familiares por si mesmos, através da negociação direta, a única saída vislumbrada costuma ser a via judicial, uma vez que prevalece na nossa sociedade uma cultura jurídica extremamente demandista, litigiosa, atrelada a uma mentalidade adversarial. Assim, os conflitantes transferem para o Estado-Juiz a delicada missão de solucionar suas complexas desavenças familiares. No entanto, muitas vezes se depararam com operadores jurídicos despreparados para lidar com tais conflitos, bem como com uma estrutura judiciária sobrecarregada, burocratizada, deficiente,



incapaz de responder satisfatoriamente às numerosas e complexas demandas atuais a partir de seus parâmetros tradicionais. Por conseguinte, no âmbito judicial os conflitos familiares acabam sendo tratados apenas superficialmente, culminando na imposição de decisões que, além de não solucioná-los efetivamente, acabam muitas vezes por intensificá-los, por estarem em descompasso com a realidade familiar.

Ademais, o procedimento judicial, ao incorporar o sistema de ataque-defesa, colocando os envolvidos em posições antagônicas e respondendo às demandas por meio da criação das figuras extremas do “vencedor” e do “perdedor”, tende a contribuir para o acirramento das desavenças, para o desgaste ainda maior da relação entre os conflitantes, trazendo irremediáveis prejuízos para todos que integram a entidade familiar. Desse modo, por não receberem o tratamento adequado, os conflitos familiares levados à apreciação judicial não raramente persistem, se agravam e se multiplicam, impulsionando, inclusive, o surgimento de novas demandas judiciais. O processo judicial, conforme aduz Leite (2008, p. 107):

[...] gera desgastes, tensões, esgotamentos que aumentam a deterioração das relações entre as partes, distanciando-as mais de como se encontravam antes do desencadear da ação. Após o início do litígio, tanto as partes quanto os advogados vêem-se irremediavelmente envolvidos na peleja e não raro, como sabemos, os procuradores, imersos na peleja, avivam o fogo da discórdia e o ressentimento entre seus próprios clientes. É que o método judicial incorpora um sistema inevitável de ataque e defesa, agravado pela necessidade da prova que coloca a nu aspectos muito íntimos da família provocando uma radicalização do conflito.

Desse modo, resta evidente que o efetivo tratamento dos conflitos familiares passa necessariamente por uma abordagem muito mais ampla, que considere a sua complexidade e as suas peculiaridades. Para tanto, é fundamental um enfoque interdisciplinar, isto é, que não se restrinja à mera aplicação da letra da lei, à mera técnica jurídica, mas que dialogue com outras fontes do saber humano, como a psicologia, a sociologia, a antropologia e a filosofia. Até mesmo porque as questões familiares, ainda quando submetidas à apreciação judicial, não podem ser dissociadas do contexto social, econômico, cultural e afetivo do qual emergem, contexto que não

pode ser ignorado no desafio de tratar tais questões em sua integralidade, solucionando-as de forma efetiva.

Por sua vez, o tratamento adequado das demandas familiares exige do profissional do Direito um conhecimento peculiar, uma visão holística, uma combinação entre técnica e sensibilidade, uma atuação atenta à integralidade de elementos que constituem tais demandas. Para o desenvolvimento de tais características profissionais, é fundamental uma formação jurídica pautada na interdisciplinaridade, ou seja, que não se destine ao mero conhecimento do arcabouço legal (conhecimento fragmentado, unidimensional), mas à formação de profissionais preparados para lidar com os conflitos humanos em sua integralidade.

3 SINTONIA DA MEDIAÇÃO COM AS QUESTÕES FAMILIARES

A mediação guarda especial sintonia com as questões advindas de relações continuadas e multifacetadas, como as familiares, tendo em vista a sua preocupação em considerá-las em todos os seus aspectos e peculiaridades, proporcionando uma forma de tratamento menos burocrática, menos traumática, mais digna, mais humana e efetiva, auxiliando os envolvidos a encontrarem o caminho da reorganização pessoal e da restauração das relações. Destarte, não é pura e simplesmente uma prática de resolução de conflitos familiares, nem mero instrumento para desafogar o Judiciário, haja vista que seus benefícios vão muito além.

É inegável a harmonia da mediação familiar com o arcabouço de valores que norteiam o direito de família na atualidade, diante das atuais concepções jurídico-sociais vigentes no sistema, da nova feição jurídica e sociológica assumida pela família na pós-modernidade, fundada primordialmente no afeto, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade de todos eles. A prática da mediação está em consonância com os novos direitos e deveres consagrados no âmbito

familiar, com a especial proteção conferida em nível constitucional e infraconstitucional a cada membro da entidade familiar, na condição de sujeito de direito, valorizando-o em todos os seus aspectos.

Entre os fundamentos para a prática da mediação familiar estão inseridos os princípios norteadores do Direito de Família hodierno, notadamente: a) dignidade da pessoa humana, uma vez que a mediação, método não-adversarial, emprega técnicas destinadas à preservação da dignidade de todos os membros do núcleo familiar, à melhoria da convivência e ao desenvolvimento da maturidade para enfrentar os conflitos através do respeito mútuo, do diálogo, da comunicação construtiva, sem a carga da competitividade ou da vingança; b) solidariedade familiar, já que a mediação resgata o senso de responsabilidade, o dever recíproco de cooperação entre os mediandos, de modo a viabilizar a construção de uma solução para o conflito que seja justa e mutuamente satisfatória; c) privacidade familiar, tendo em vista que a família é o espaço primordial de privacidade, preservada pela mediação, até mesmo porque o mediador é um terceiro imparcial que não julga, não sugere, nem induz soluções, apenas facilita a comunicação de modo a viabilizar que os próprios mediandos construam soluções para seus conflitos; d) autonomia privada ou mínima intervenção estatal nas relações familiares, considerando que a mediação devolve aos envolvidos a responsabilidade de administrar seus conflitos, de construir soluções mais adequadas, através da comunicação, valendo-se do Poder Judiciário apenas como último (e não como único) recurso. As técnicas desenvolvidas possibilitam que os participantes enxerguem além das fronteiras da jurisdição, visualizem outros caminhos que não o litígio, as demoradas e desgastantes ações judiciais, a terceirização e protelação dos conflitos.

4 MINISTÉRIO PÚBLICO E MEDIAÇÃO: SUPERANDO OBSTÁCULOS

A Constituição Federal de 1988 preconizou o novo perfil institucional do Ministério Público, reconhecendo-o como função essencial à administração da Justiça, consagrando-o como guardião da ordem jurídica, do regime democrático e

dos direitos fundamentais. Ademais, contribuiu para o fortalecimento da Instituição ao conferir à mesma uma série de prerrogativas e garantias, dotando-a de instrumentos jurídicos destinados a viabilizar o efetivo exercício desse complexo e relevante papel social. Conforme aduz Goulart (1998, p. 90):

[...] a Constituição de 1988 consolidou o novo perfil político-institucional do Ministério Público, definindo o papel essencial que deve desempenhar numa sociedade complexa, na defesa do regime democrático, da ordem jurídica, dos interesses sociais e indisponíveis, instrumentalizando-o para tais fins (CR, art. 127, *caput*).

Resta evidente que, para que o Ministério Público consiga se adequar ao seu novo perfil constitucional, atendendo satisfatoriamente às demandas da sociedade contemporânea, é insuficiente a adoção de uma postura meramente demandista, restrita à atuação processual. Impõe-se aos integrantes da aludida Instituição o desafio de adotar uma postura mais resolutiva, valendo-se, para tanto, das prerrogativas, garantias e demais instrumentos assegurados constitucionalmente, notadamente, da sua autonomia funcional. No tocante a tal aspecto, complementa Goulart (1998, p. 120-121) que:

[...] Esse *Ministério Público demandista* é o que hoje prevalece, embora não mais atenda às exigências da cidadania no mundo globalizado. Ao invés de um *Ministério Público demandista*, faz-se necessário um Ministério Público resolutivo, que leve às últimas consequências o princípio da autonomia funcional. [grifos do autor].

Por sua vez, o abandono da postura meramente demandista, centrada na judicialização dos conflitos, em prol da adoção de atuação mais resolutiva por parte do órgão ministerial, a fim de cumprir a sua missão institucional, ocorre com a ampliação da utilização de mecanismos diferenciados de resolução de conflitos, que se revelem mais apropriados às especificidades de cada contenda. Daí a relevância da prática consciente e responsável da mediação no âmbito do Ministério Público, notadamente no tratamento de questões familiares, com as quais guarda especial sintonia.

A utilização das técnicas de mediação de conflitos pelo Promotor de Justiça durante o atendimento ao público pode contribuir de sobremaneira para o aprimoramento de tal atividade – ao favorecer a comunicação produtiva, a reflexão e a construção de

solução consensual – e, conseqüentemente, para a melhoria do acesso à Justiça (que não se confunde com acesso ao Judiciário). Até mesmo porque, conforme enfatiza Mazzilli (1991), o atendimento ao público, uma das mais nobres, típicas e autênticas funções do Ministério Público, é uma verdadeira arte, que exige tanto conhecimento técnico quanto disponibilidade de espírito (sensibilidade).

Nesse contexto, observa-se que, para o efetivo desempenho das funções ministeriais, é insuficiente a mera técnica jurídica, o conhecimento estritamente jurídico, fragmentado, direcionado ao litígio, ao sistema adversarial. Para lidar adequadamente com a diversidade e a complexidade dos conflitos humanos, notadamente, dos conflitos familiares, é fundamental um conhecimento transdisciplinar ou interdisciplinar,

em outras palavras, um saber que não esteja limitado à dogmática jurídica, visto que tais conflitos envolvem questões de múltiplas naturezas, que não podem ser ignoradas na busca pela efetiva solução dos mesmos. Frise-se que a mediação é uma importante via de exercício da transdisciplinaridade, é um modo de construir pontes entre os mais variados tipos de saberes, com o objetivo de conferir ao fenômeno conflitivo o melhor tratamento possível.

Destarte, faz-se mister a formação interdisciplinar dos servidores e membros do Ministério Público, assim como dos demais profissionais da área jurídica. Para tanto, é indispensável uma formação acadêmica que inclua disciplinas e práticas jurídicas a respeito de outras formas de resolução de conflitos além da jurisdição, que associe disciplinas como psicologia



jurídica, sociologia, antropologia e filosofia, esquecidas durante um longo período pelo tradicional estudo do Direito, mas que contribuem significativamente no preparo para lidar com a pluralidade de aspectos que constituem os conflitos humanos.

É essencial também a exigência de conhecimento interdisciplinar nos processos seletivos para ingresso nas carreiras jurídicas, uma vez que o objetivo da seleção é assegurar o ingresso de pessoas aptas para o desempenho adequado da função. É imprescindível, ainda, a abordagem multidisciplinar nos cursos de formação, capacitação e atualização ofertados nas carreiras jurídicas.

Só assim será possível oferecer aos profissionais do direito uma formação multidisciplinar continuada e aprofundada, que viabilize a compreensão das vantagens proporcionadas pelos métodos não jurisdicionais de resolução de conflitos (especialmente, pela mediação), que proporcione a segurança e a confiança necessárias para a aplicação destes, contribuindo significativamente para a superação dos principais obstáculos para a ampliação da utilização dos mesmos. Desse modo, que confira aos operadores jurídicos o embasamento teórico e prático para a ampliação do seu espectro de visão e de atuação, para o aprimoramento do exercício de suas funções, bem como, consequentemente, para a melhoria qualitativa do tratamento dos conflitos e do acesso à Justiça.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente estudo, restou demonstrado que a prática da mediação familiar está em consonância com o novo perfil institucional do Ministério Público, com a concepção contemporânea de família e com os valores norteadores do direito de família hodierno, notadamente, pelas seguintes razões: é menos burocrática, menos traumática, mais humana, mais digna e mais efetiva; possui natureza interdisciplinar, considerando os conflitos em sua integralidade e complexidade, viabilizando o seu tratamento efetivo; é pautada na comunicação construtiva, sem a carga da competitividade ou da

vingança, o que contribui para a restauração das relações e estimula a solidariedade familiar; resgata a autonomia, o senso de responsabilidade dos integrantes do núcleo familiar; preserva a privacidade familiar; contribui para a superação da cultura jurídica orientada pela mentalidade adversarial e pelo sistema de ataque-defesa, em prol da construção de uma cultura jurídica que valorize a resolução consensual dos conflitos.

Entretanto, constatou-se que, apesar dos inúmeros benefícios proporcionados pela mediação familiar, ainda persistem diversos desafios a serem enfrentados para a difusão da sua prática no âmbito do órgão ministerial, no aprimoramento do atendimento ao público, que é uma das suas mais nobres funções.

Assim, conclui-se que a mediação familiar pode ser uma importante aliada no contexto da atividade ministerial, daí a necessidade da adoção de medidas destinadas à superação dos obstáculos que estão a obstar a disseminação de tal prática, o que representa um importante passo em direção ao aprimoramento do tratamento dos conflitos humanos.

REFERÊNCIAS

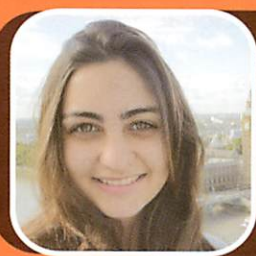
FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 6. ed. v.6. Salvador: Jus Podivm, 2014.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: LED, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A mediação nos processos de família ou um meio de reduzir o litígio em favor do consenso**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do promotor de justiça**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 1991.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB A ÓTICA DO NOVO CPC



Rebecca Diniz Alves Fonseca

Acadêmica de Direito (Universidade Federal de Sergipe – UFS); Ex estagiária do Ministério Público do Estado de Sergipe.

RESUMO

O presente artigo visa analisar a atuação do Ministério Público no novo Código de Processo Civil, sob a égide do neoconstitucionalismo. A Lei nº 5.869/73, instituidora do Código de Processo Civil em vigor, estabeleceu as atuais hipóteses de intervenção do *Parquet*. Entretanto, com o advento da Carta Magna de 1988, tais intervenções mostraram-se prescindíveis para o atual contexto Constitucional, visto que se vislumbra, hodiernamente, a busca pela mínima intervenção estatal nas relações privadas. Assim, faz-se necessária a reforma de tais conceitos para que se restrinja a atuação ministerial aos casos de interesses sociais e indisponíveis. Analisar-se-á, enfim, a influência da Recomendação nº 16 de 28 de abril de 2010 do Conselho Nacional do Ministério Público sobre a atuação ministerial como órgão interveniente.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Novo Código de Processo Civil. Ministério Público. Intervenção.

1. INTRODUÇÃO

O Neoconstitucionalismo, surgido na segunda metade do século XX, buscou a revalorização do Direito Constitucional, difundindo e ampliando o conceito de direitos fundamentais. De grande influência na seara cível, o neoconstitucionalismo concedeu força normativa aos princípios, minimizando, dessa forma,

a atuação do Estado nas relações privadas. Assim pretende atuar o novel Código de Processo Civil que, ainda na condição de nascituro, prevê restrições à atuação ministerial como órgão interveniente.

Aprovado pela Câmara dos Deputados no corrente ano (26.03.2014), o projeto do Novo CPC assemelha-se ao artigo 5º da recomendação nº 16 do Conselho Nacional do Ministério Público, no que tange às hipóteses de intervenção ministerial, consoante o apelo advindo da nova ordem constitucional. Vislumbra-se, então, que as mudanças trazidas pelo novo código apenas traduzem o clamor social pela não interferência do poder público nas relações de interesse meramente privado. Destaca-se, contudo, que essa não intervenção restringe-se a processos em que não haja interesses sociais e indisponíveis. Dessa forma, o Novo Código de Processo Civil apresenta inovações que buscam garantir a eficiência da jurisdição e a efetividade dos julgados, através da redução da atuação interveniente do Ministério Público.

2. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUA INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Na Europa do século XX, em meio a análises axiológicas a partir da constituição, tem origem um novo pensamento constitucional: o neoconstitucionalismo.

O novo direito constitucional tem como

características o enaltecimento das normas-princípios em detrimento das normas-regras, o engrandecimento do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo e a supervalorização da ponderação em detrimento da subsunção. Dessa maneira, esse novo olhar constitucional favoreceu a menor interferência do Estado nas relações privadas, haja vista a valorização dos princípios constitucionalmente previstos. Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior:

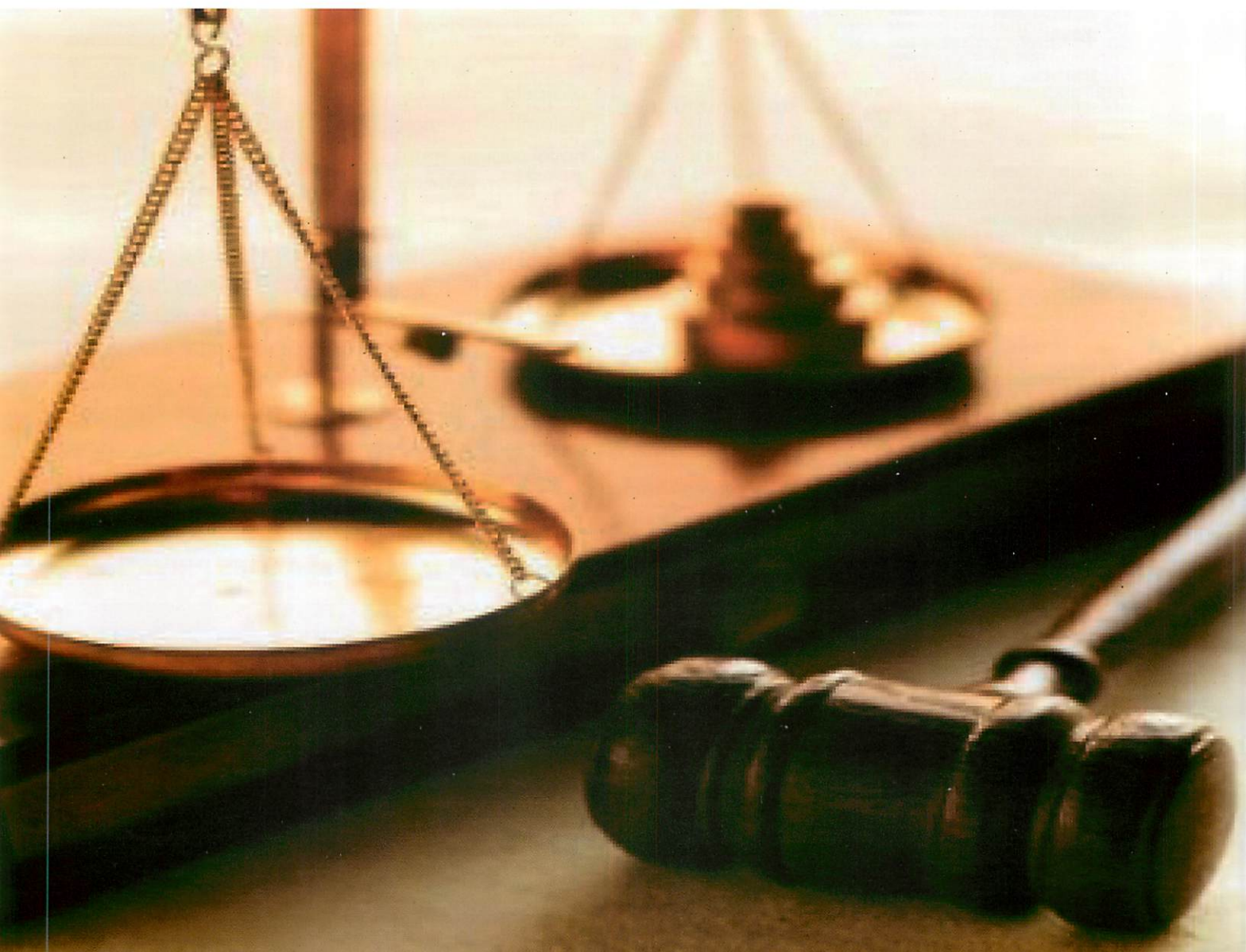
O neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional como também é conhecido, destaca-se, nesse contexto, como uma *nova teoria jurídica* a justificar a mudança de paradigma, de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema (CUNHA JÚNIOR 2010, p. 39)

Nesse sentido, também evoluiu a ciência

processual com o advento do neoprocessualismo. Assim, tal evolução caracteriza-se pela incorporação, no âmbito processual, das transformações provenientes do neoconstitucionalismo, ou seja, aplica-se o direito processual a partir da nova compreensão constitucional.

Essa evolução jurídica proporcionou o avanço de diversos institutos e, principalmente, aqueles referentes às relações privadas. Ora, com a supervalorização dos princípios constitucionais, a proteção dos interesses particulares relacionou-se diretamente à tutela da pessoa humana. A *Lex Fundamental* de 1988 vislumbrou princípios que conferem proteção às relações privadas, criando um óbice para interferências do Estado.

Assim, o neoconstitucionalismo proporcionou maiores flexibilizações nas decisões judiciais, supervalorizando as normas-princípios e os Direitos



Fundamentais. Nas palavras do doutrinador Alexandre de Moraes:

Outros Direitos Fundamentais foram consagrados e efetivados com a possibilidade de maior amplitude interpretativa por parte do Judiciário, como se vê em clássicas decisões ativistas da Suprema Corte Americana, tais como o reconhecimento do direito constitucional à privacidade (*Griswold v. Connecticut*, de 1965) (MORAES 2012, p. 802)

No tocante ao Título II da Magna Carta, são as palavras de José Afonso da Silva: “direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana” (SILVA 2012, p. 179). É nesse toar que se insurgem os princípios referentes às relações privadas que, com o advento do neoprocessualismo, rogam por menos interferência estatal. Confere-se, assim, grande efetividade aos princípios e garantias vislumbrados pela Lei Maior, consoante o atual olhar constitucional.

É nesse contexto que se questiona a atuação do Ministério Público, como órgão interveniente, nas relações desprovidas de interesse público, social e indisponível. Clama-se por um órgão ministerial com poderes intervenientes restritos, devendo tutelar, apenas, os direitos indisponíveis, afastando-se das relações meramente privadas.

3. A RECOMENDAÇÃO Nº 16 DO CNMP

O novo direito constitucional gerou reflexos em todo o ordenamento jurídico pátrio. De grande influência no processo civil, o neoconstitucionalismo favoreceu o surgimento do neoprocessualismo. De forma semelhante, esse último busca a supervalorização dos princípios e a mínima intervenção estatal nas relações privadas.

O Conselho Nacional do Ministério Público, criado em 2004, pela Emenda Constitucional nº 45, atua em prol do cidadão e, dentre outras atribuições, visa disciplinar a atuação do Ministério Público no

Brasil. Com o advento do neoprocessualismo, surgiu a necessidade de reformar a atuação obrigatória do Ministério Público prevista no Código de Processo Civil. Assim, tal necessidade motivou o CNMP adequar as intervenções do Ministério Público ao novo contexto constitucional e processual, impulsionando a elaboração de Recomendações.

Inúmeras discussões acerca da racionalização da intervenção do Ministério Público no Processo Civil antecederam a criação da Recomendação nº 16 do CNMP. Um dos principais argumentos para tal racionalização era a ausência da necessidade de atuação do órgão ministerial em ações de natureza civil, particular, envolvendo maiores e capazes. Questionava-se, assim, a recepção do art. 82 do Código de Processo Civil, haja vista o novo modelo constitucional de mínima intervenção estatal nas relações privadas. Por consequência, o Conselho Nacional do Ministério Público publicou a Recomendação nº 16 em 28 de abril de 2010 que, em seu artigo 5º, lista as hipóteses de intervenção ministerial, consoante a nova ordem constitucional. Assim, são consideradas tais hipóteses aquelas que visam tutelar interesses indisponíveis, sejam eles sociais ou individuais.

Nesse sentido foi o voto do relator Conselheiro Cláudio Barros Silva no bojo do “Pedido de Providências para Estudo acerca da Atuação do Ministério Público como Órgão Interveniente no Processo Civil e em Ações Individuais e Coletivas”¹. Consta no relatório:

No pedido, foram realçadas as modificações trazidas pela Constituição Federal promulgada em 1988, com destaque aos termos do artigo 129, que além de estabelecer autonomias e garantias para o desenvolvimento das funções do Ministério Público, procurou priorizar a atuação de órgão agente em relação a atribuição de órgão interveniente. Em consequência, foi sugerida a feitura de estudos para o fim de revisar e racionalizar a *intervenção do Parquet* no processo civil. Ainda, foi proposta uma nova leitura a ser dada ao artigo 82 do Código de Processo Civil, em razão do texto da Constituição Federal de 1988. (SILVA, 2010)

Em seu voto, o Conselheiro Cláudio Barros Silva expõe que a nova ordem constitucional modificou a atuação do Ministério Público, priorizando a sua função

¹ Processo nº 0.00.000.000935/2007-41 – Apenso PCA nº 0.00.000.000818 /2009-79

de agente, em detrimento da função interveniente. Assim, é necessária a conformação do artigo 82 do Código de Processo Civil com o disposto na Carta Magna de 1988. Explica que, hodiernamente, não há relevância social o estado civil das pessoas por se tratar de direito disponível. Assim, não mais faz sentido a necessidade de intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, na habilitação de casamento, na dissolução consensual da sociedade conjugal, na ação de alimentos e em quaisquer outros casos em que não haja interesse indisponível.

Nesse sentido são as lições de *Giuseppe Chiovenda*: “O Ministério Público vela pela observância das leis, pela pronta e regular administração da justiça, pela tutela dos direitos do Estado, dos corpos morais e das pessoas destruídas de plena capacidade jurídica” (CHIOVENDA 1943, p. 123).



Dessa maneira, a função da Recomendação 16 do CNMP é restringir a intervenção do Ministério Público aos casos de essencialidade do interesse social e de indisponibilidade do direito.

4. INTERVENÇÃO DO MP: CPC/73 VERSUS NOVO CPC

Após diversos estudos e recomendações elaborados pelo Conselho Nacional do Ministério Público, verificou-se a necessidade de adequação do Código de Processo Civil ao novo contexto constitucional. É que, com o advento do neoconstitucionalismo e o consequente neoprocessualismo, as atuais causas de intervenção do Ministério Público não mais condizem com o anseio social. Nesse sentido, observa-se que o artigo 5º da Recomendação nº 16 do CNMP antecipou algumas mudanças aclamadas pelo Novo Código de Processo Civil.

É intervenção obrigatória do *Parquet* o disposto no art. 82, CPC:

Art. 82 – Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Alvo de grande crítica pela supracitada Recomendação do CNMP e fonte de reforma do novo CPC, o art. 82 encontra-se obsoleto e defasado tendo em vista o atual modelo constitucional. Como analisado alhures, não detêm interesse público que enseje a intervenção do Ministério Público os casos referentes ao estado civil da pessoa, procedimentos especiais de jurisdição voluntária, habilitação de casamento, dissolução consensual da sociedade conjugal, a ação de alimentos e em demais hipóteses que não envolvam interesses indisponíveis.

Outrossim, questiona-se a recepção do art. 82

do CPC pela Lei Maior, visto que o seu conteúdo não é considerado compatível com dispositivos e princípios consagrados na Constituição.

Em contrapartida, o Novo Código de Processo Civil, privilegiando os princípios cristalizados na Carta Magna, prevê a intervenção do Ministério Público somente em hipóteses de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis:

Novo Código de Processo Civil:

Art. 145. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 147. O Ministério Público intervirá como fiscal da lei, sob pena de nulidade, declarável de ofício:

I – nas causas que envolvam interesse público e interesse social;

II – nas causas que envolvam o estado das pessoas e o interesse de incapazes;

III – nas demais hipóteses previstas em lei.

Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura por si só hipótese de intervenção do Ministério Público.

Destarte, verifica-se que a construção de um novo Código de Processo Civil faz-se necessária, tendo em vista o atual cenário constitucional. São inúmeros avanços, principalmente no que se refere à atuação do órgão ministerial como interventor.

5. CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo modificou, profundamente, a sistemática de intervenção do Ministério Público, impondo o múnus de defensor dos interesses indisponíveis e da ordem jurídica. A Carta Magna de 1988 privilegiou a função de órgão agente em detrimento da função de órgão interveniente, essa última condicionada à existência de interesse público. Então, o Ministério Público que outrora zelava pela proteção da condição humana de modo geral, agora cintila como agente estatal que tem como escopo a tutela de bens e interesses indisponíveis. Foi nesse contexto que o Conselho Nacional do Ministério Público elaborou a Recomendação nº 16/2010,

restringindo a atuação ministerial às hipóteses de tutela de direitos indisponíveis, antecipando as mudanças previstas no Novo Código de Processo Civil, a ser aprovado. Destarte, as influências da nova ordem constitucional nas hipóteses de intervenção do Ministério Público só têm a favorecer a eficiência da jurisdição e a efetividade dos julgados, privilegiando, enfim, o clamor social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1943;

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2010;

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2012;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiro, 2012.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Recomendações do Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/component/content/article/208-normas/recomendacoes/2653-recomendacao-n-16?highlight=WyJyZWNVbWVuzGFcdTAwZTdcdTAwZTNvliwxNI0=>. Acesso em: 30/08/14.

BRASIL. **Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/conheca-o-cnmp>. Acesso em: 30/08/14.

BRASIL. **Atuação do MP em Processos Cíveis**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/90900390/CNMP-Atuacao-do-MP-em-Proc-Civeis-Voto-935-2007>. Acesso em: 30/08/14.

O NOVO RITO DA AUDIÊNCIA NO PROCESSO PENAL E SUA APLICABILIDADE AO PROCESSO APURATÓRIO DE ATO INFRACIONAL - A incompatibilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente com o ordenamento jurídico superveniente e a atribuição do Ministério Público em defesa da Ordem Jurídica.



Silvio Roberto Matos Euzébio

Especialista em Direito Constitucional (Universidade Federal de Sergipe), Membro do Ministério Público do Estado de Sergipe, Titular da 2ª Promotoria de Justiça da Curadoria da Infância e Adolescência de Aracaju.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.719/2008 introduziu no Código de Processo Penal (CPP) mudança quanto ao momento do interrogatório do acusado, que passou a ocorrer após a instrução do feito, consoante a nova redação estabelecida para os arts. 400 e 531, inclusive com previsão do direito das partes formularem perguntas diretamente às testemunhas, conforme o art. 212, do mesmo CPP, com redação dada pela Lei. 11.690/2008.

O Supremo Tribunal Federal afastou o Princípio da Especialidade e reconheceu a aplicação da regra geral contida na Lei nº 11.719/2008:

Ementa: PROCESSUAL PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO – ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. INTERROGATÓRIO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ATO A SER REALIZADO AO FINAL DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.719/2008, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 400 DO CPP. MÁXIMA EFETIVIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (CF, ART. 5º, LV). PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528, PLENÁRIO), QUE DETERMINOU A APLICAÇÃO DO NOVO RITO AOS PROCESSOS REGIDOS PELA LEI ESPECIAL Nº 8.038/90. UBI EADEM RATIO IBI IDEM JUS. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, projetou o interrogatório do réu para o final da instrução criminal, prestigiando a máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput). Por isso que a nova regra do Código de Processo Penal comum também deve ser observada no processo penal militar, em detrimento da norma específica prevista no art. 302 do

Decreto-Lei nº 1.002/69, conforme precedente firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011, impondo a observância do novo preceito modificador em relação aos processos regidos pela Lei Especial nº 8.038/90, providência que se impõe seja estendida à Justiça Penal Militar, posto que ubi eadem ratio ibi idem jus. 2. Em situação idêntica à sub examine, a Primeira Turma desta Corte deferiu os HCs 115.530 e 115.698, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 14/08/2012, para determinar ao Superior Tribunal Militar a realização do interrogatório após o término da instrução criminal. 3. In casu, o paciente foi processado pela prática do crime de apropriação indébita, tipificado no art. 248, II, do Código Penal Militar, e teve indeferido o pleito para ser interrogado ao final da instrução processual. 4. Ordem de habeas corpus concedida para determinar a realização de novo interrogatório do paciente, após o término da instrução criminal, à luz da Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal. (STF, 1ª Turma, HC 121877/RJ, Relator: Min. LUIZ FUX, j. em 03/06/2014, DJe-123, Divulg 24/06/2014, Pub 25/06/2014).¹

Por sua vez, no processo socioeducativo, que trata da apuração de ato infracional, crime ou contravenção, praticado pelo adolescente, conforme arts. 103, 104, 180, III e 201, III, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 9.069/90, consta previsão da oitiva do representado ainda conforme o antigo modelo, em etapa antecedente à denominada da produção da prova, como se observa dos seus arts. 184, 186, caput e seu §4º.

¹ No mesmo sentido: Habeas Corpus. Constitucional. Penal Militar. Conculção. Pretensão de se ter o interrogatório ao final da instrução. Art. 400 do Código de Processo Penal alterado pela lei n. 11.719/08. Plausibilidade Jurídica configurada. Medida liminar deferida. Vista ao Procurador-Geral da República. Habeas Corpus 123228 MC/AM, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. em 12/09/2014, DJE nº 180, de 16/09/2014..



2. A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL AO PROCESSO SOCIOEDUCATIVO E A ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sumariamente, as disposições da Reforma Processual Penal, pertinentes ao momento da ouvida do acusado, também não teriam incidência ao Processo socioeducativo, de apuração de ato infracional, em face do preceito do art. 152 do ECA².

Então, ocorreria um conflito de normas denominado de antinomia, solucionado pelo critério da especialidade, acarretando a prevalência do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Todavia, a compreensão do próprio microsistema jurídico do ECA, mediante interpretação constitucional validante, impõe reexame e postura coincidente com o Processo Garantista, compatível com o Estado de Direito.

Inicialmente é preciso compreender o que significa realmente antinomia em Direito. MARIA HELENA DINIZ (2003, p. 19/20), citando o Mestre alemão ULRICH KLUG, esclarece que a antinomia jurídica.

“é uma lacuna de conflito ou colisão, porque em sendo conflitantes, as normas se excluem reciprocamente, por ser impossível a remoção da contradição, pela dificuldade de destacar uma como uma mais forte ou decisiva, por não haver uma regra que permita decidir entre elas, obrigando o magistrado a solucionar o caso sub judice, segundo os critérios do preenchimento de lacunas”.

Adiante, a Eminente Jurista e Professora, conclui resumindo que *“para haver antinomia real será preciso a concorrência de três condições imprescindíveis, que são: a) incompatibilidade; b) indecidibilidade; e c) necessidade de decisão.”* (idem, p. 24).

A antinomia comum ou de 1º grau é solucionada através dos critérios comuns existentes: hierárquico, *lex superior derogat legi inferiori*; cronológico, *lex posterior derogat legi priori*; e da especialidade, *lex specialis derogat legi generali*.

Já a antinomia de 2º grau, ocorre quando há colisão entre os critérios comuns, como explica, a Profª. MARIA HELENA DINIZ (idem, p. 49).

Portanto, o pressuposto lógico para que possa existir antinomia de 2ª grau, é a existência de antinomia comum. No caso em questão ocorre existência de previsão *EXPRESSA* de aplicação de norma complementar *DETERMINADA*, por reenvio ou remessa, como fonte subsidiária, como prescrito pelo art. 152 do ECA, já citado.

² Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas **na legislação processual pertinente**. (grifo nosso)

E o recurso à aplicação subsidiária ou complementar diversa somente é possível quando não haja previsão na legislação originária ou remetente; não ocorra incompatibilidade ou prejuízo com o objeto a ser regulado, e, PRINCIPALMENTE, quando tal incidência normativa seja necessária para assegurar a observância de Princípios Gerais adotados pela Ordem Jurídica vigente.

A Legislação Processual Civil tem aplicação direta e imediata apenas naquelas hipóteses em que o Estatuto da Criança e do Adolescente determina sua aplicação direta, como no caso do sistema recursal.

No caso, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) contém previsão de aplicação da legislação complementar processual pertinente, determinada, a ser observada ou respeitada:

A legislação processual ordinária tem aplicação supletiva em relação ao ECA (art. 152). Ainda que o ECA tenha desenhado um sistema processual próprio e autônomo, permitiu, não obstante, que se aplicassem, quando necessário, normas gerais do processo.

Evidentemente, só se permite a aplicação da legislação processual quando adequada à autonomia do processo previsto no ECA. (...)

O ECA não descreve um sistema de investigação próprio para os ilícitos cometidos por adolescentes. Por isso, a investigação deve, em linhas gerais, seguir o disposto no CPP (art. 152 do ECA). (ROBERTO BARBOSA ALVES, 2005, p. 12 e 79).

E a Doutrina nunca divergiu quanto à aplicação da Legislação Processual Penal ao processo de apuração de ato infracional, chegando a ser repetitiva acerca do assunto:

Aos procedimentos regulados pelo Estatuto aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual civil ou penal que forem pertinentes.

O Estatuto se refere em diversas disposições não só à legislação processual civil e penal, como também à legislação ordinária. (PAULO LÚCIO NOGUEIRA, 1998, p. 267).

Seguindo a regra legislativa de não repetir disposições legais desnecessariamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, em seu art. 152, que, aplicar-se-ão subsidiariamente às suas regras, as normas gerais previstas na legislação processual pertinente. Esta legislação nada mais é do que o CPC e o CPP.(...)

Mesmo proceder foi adotado na formulação do CPP que, ao regulamentar os processos especiais (arts. 503 e ss.), remete aos Capítulos I e III do Título I do Livro II, que cuidam, respectivamente, da instrução criminal em geral e do processo e julgamento dos crimes de competência do juiz singular.

Será utilizado o subsidiariamente o CPC para os processos

e procedimentos que tratem de crianças e adolescentes e o CPP para as ações socioeducativas. No que diz respeito aos recursos, o ECA optou por aplicar subsidiariamente o CPC, conforme regra do art. 198, assunto que será desenvolvido em capítulo próprio. (GALDINO AUGUSTO COELHO BORDALLO, 2006, p. 555.)

É certo, porem, que a regra da legalidade, aplicada aos jovens entre 12 e 18 anos de idade, infere, sobretudo, em perquirir, se os atos infracionais por eles praticados podem receber o mesmo tratamento processual previsto no CPP.

Em primeiro lugar, observa-se que o art. 152 do Estatuto dispõem expressamente, que aos procedimentos regulados nesta lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

As regras processuais penais gerais, para o processamento da apuração de infração penal, são as mesmas para menores e maiores de 18 anos de idade, agregando-se as específicas, deferidas aos inimputáveis pela menoridade, para atender ao mandamento constitucional previsto na parte final do art. 228. (WILSON DONIZETI LIBERATI, 2006, p. 155/156.)

A utilização subsidiária da Legislação Processual Penal realmente melhor se adequa aos Atos Infracionais e às Decisões a eles relacionadas. (VALTER KENJI ISHIDA, 2010, p. 306.)

Por sua vez, a Jurisprudência indica que a fonte subsidiária do processo de apuração de Ato Infracional do adolescente, por envolver privação de liberdade, é conferida ou remetida à Legislação Processual Penal, senão vejamos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO. RÉU QUE DEIXOU DE CUMPRIR ORDEM DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA EM OUTRO FEITO POR SE ENCONTRAR FORAGIDO. CONSTRIÇÃO JUSTIFICADA PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. 1. O fato de o paciente não ter sido localizado para cumprir medida de internação provisória em feito em que se apurava a prática de ato infracional realizado quando ainda era menor de idade equivalente à tentativa de homicídio, evidencia a necessidade da prisão preventiva, a fim de assegurar a eventual aplicação da lei penal. (...) Habeas Corpus denegado. (HC 87.250/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 09/06/2008)

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO ROUBO MAJORADO. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E GRAVE AMEAÇA À PESSOA. NÃO APREENSÃO DA ARMA. DISPENSABILIDADE. UTILIZAÇÃO PROVADA POR OUTROS MEIOS. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE. 1. Estando a decisão judicial devidamente fundamentada, a aplicação de medida sócio-educativa de internação encontra amparo legal quando o ato infracional é cometido mediante violência e grave ameaça à pessoa, inclusive com o emprego de arma de fogo, a teor do disposto no art. 122, inciso I, do Estatuto da

Criança e do Adolescente. 2. A despeito de não ter sido a arma apreendida, o seu efetivo uso quando da ação delituosa restou devidamente comprovado, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal. O laudo pericial, diante do desaparecimento dos vestígios, pode ser suprido pela prova testemunhal. 3. Irrelevante, de todo modo, a comprovação do uso de arma de fogo, para fins de aplicação de medida sócio-educativa, porquanto, mesmo afastada a circunstância, subsiste o ato infracional grave, análogo ao roubo, cometido mediante grave ameaça à pessoa, e que justifica a medida de internação por prazo indeterminado, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 5. Ordem denegada. (HC 95.873/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2008, DJe 07/04/2008).

Portando, se não há lacuna a ser colmatada pela aplicação de legislação subsidiária, uma vez que tal rotina somente seria possível quando fosse constatada a inexistência de norma pertinente à questão a ser decidida, todavia, a previsão de procedimento específico no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que conduz ao tratamento mais gravoso que o contido na legislação comum ou geral, afasta a incidência do primeiro, em razão da interpretação capaz de conferir máxima efetividade dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Seria uma incongruência ou um contrassenso admitir que a Ordem Jurídica venha autorizar que determinada Legislação editada justamente para proteção (no caso, do Adolescente infrator), deixe de atingir tais objetivos, tão somente em razão de uma aplicabilidade mecânica ou formal.

Tal situação revela o grave descompasso principiológico, pois, continua vigente o dispositivo do art. 152, do ECA e prescrevendo a aplicação das normas gerais da Legislação Processual *PERTINENTE*, sem outorgar margem discricionária ao operador jurídico.

Então, cabe indagar: o cumprimento de disposições processuais garantistas aos maiores de 18 anos de idade, como o interrogatório ao final da instrução, não são aplicáveis aos infratores menores de 18 anos de idade? inclusive quando há disposição específica ordenando a aplicação da legislação processual pertinente?

Com a nova redação do art. 400 do CPP, conferida pela Lei n. 11.719/2008, transferiu-se o

interrogatório do réu imputável para a audiência de instrução e julgamento, após as declarações do ofendido, a oitiva das testemunhas, esclarecimento dos peritos, acareações e eventual reconhecimento de pessoas e coisas³.

O dispositivo mencionado finalmente reconheceu o interrogatório como meio de defesa, como já explicava o Prof. RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA (2002):

Já no Capítulo II regula-se o procedimento ordinário, determinando-se, no art. 400, que na "audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de trinta dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. Vê-se que o interrogatório do acusado será o último ato processual após a instrução criminal, o que vem a fortalecer a idéia daqueles que o vêem como um autêntico meio de defesa e não mais como mais um meio probatório.

Assim, "prevalece outra orientação: o interrogatório é o momento mais importante da auto-defesa; é a ocasião em que o acusado pode fornecer ao juiz sua versão pessoal sobre os fatos e sua realização após a colheita da prova permitirá, sem dúvida, um exercício mais completo do direito de defesa, inclusive pela faculdade de permanecer em silêncio (art. 5º, LVIII, CF)."

O que passou a valer para o procedimento comum, cf. o referido art. 400, e com igual teor ou vigência para o procedimento sumário, v. art. 531, de acordo com a nova redação conferida pela mesma Lei n. 11.719/08⁴, constituía exceção do procedimento sumaríssimo, estabelecida no art. 81, da Lei n. 9.099/95⁵.

Ora, não é coerente assegurar ampla defesa ao

3 Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

4 Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate. (NR).

5 Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

réu imputável e não o fazer, nos mesmos termos, ao adolescente autor de ato infracional, cf. o art. 103, do ECA, sob pena de criação de situação desfavorável e de desequilíbrio a quem goza de proteção especial, em razão das próprias condições pessoais, e deveria, portanto, receber amparo, no mínimo em patamar de igualdade, de nos termos do art. 227, §3º, IV, da Constituição Federal (CF)⁶.

Quando existem padrões mais favoráveis, os mesmos apresentam inteira aplicabilidade, pois, as Disposições Normativas do Direito Internacional assinalam a garantia de igualdade de tratamento sempre que tal situação for mais favorável para a realização do Direito da Criança e do Adolescente. Senão vejamos:

A) CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA – UNICEF (Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e Promulgada pelo Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990):

ARTIGO 40 (...)

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança, a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais, de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor, e fortalecerão o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:

a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos;

b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias: (...)

iv) não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação, bem como poder obter a

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

(...)

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica.

participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições;

ARTIGO 41

Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar:

a) das leis de um Estado Parte;

b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado.

Resumo - Respeito por Padrões Estabelecidos

O princípio de que se houver um padrão na legislação nacional ou em outro instrumento internacional aplicável, mais alto que os estabelecidos nesta Convenção, o padrão mais alto será utilizado.⁷

B) REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (REGRA DE BEIJING):

3. Ampliação do âmbito de aplicação das regras

3.1 As disposições pertinentes das regras não só se aplicarão aos jovens infratores, mas também àqueles que possam ser processados por realizar qualquer ato concreto que não seria punível se fosse praticado por adultos.

7. Direitos dos jovens

7.1 Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.

9. Cláusula de salvaguarda

Nenhuma disposição das presentes regras poderá ser interpretada no sentido de excluir os jovens do âmbito da aplicação das Regras Mínimas Uniformes para o Tratamento dos Prisioneiros, aprovadas pelas Nações Unidas, e de outros instrumentos e normas relativos ao cuidado e à proteção dos jovens reconhecidos pela comunidade internacional.⁸

C) DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL – DIRETRIZES DE RIAD.

54. Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem.⁹

No mesmo sentido as disposições do próprio ECA:

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, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico,

7 CURY, Munir; GARRIDO de Paula, Paulo Afonso & MARÇURA, Jurandir Norberto. 2002, p. 252/254.

8 CURY, Munir; GARRIDO de Paula, Paulo Afonso & MARÇURA, Jurandir Norberto. 2002, p. 261/2262.

9 CURY, Munir; GARRIDO de Paula, Paulo Afonso & MARÇURA, Jurandir Norberto. 2002, p. 295.

mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 5º - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º - Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

A Constituição Federal (CF) também não deixou dúvida acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais:

Art. 5º. (...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A negativa de vigência ao art. 152 é equivalente à perda da noção de complementariedade do ordenamento jurídico, pressuposto de toda norma jurídica, e, assinalado por MIGUEL REALE (1999, p 109) representa:

- a) um modelo operacional que tipifica uma ordem de competência, ou disciplina uma classe de comportamentos possíveis;
- b) devendo ser interpretado no conjunto do ordenamento jurídico; e
- c) a partir dos fatos e valores que, originariamente, o constituíram.

Mas o pior ainda está por vir e decorre da descontinuidade de entendimentos, que conduz à falta de coerência, vacilação e contradição na aplicação do Direito.

Já lecionava CARLOS MAXIMILIANO (2001, p. 65), com equilíbrio e atualidade:

Em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém não – negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece. (...) Não cria, reconhece o que existe

(...) porém tudo procura achar e resolver com a lei; jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, proeter ou contra legem.

Por fim, o Douto Magistrado e Professor JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA, (1996, p. 60) assinala com propriedade:

Há que se ter em mente que o arbítrio deve ser combatido pelo garantismo. Que a existência da norma traz segurança e afirma o direito. A ausência de norma tende a produzir a discricionariedade, o subjetivismo, e daí para o autoritarismo é um passo. Como diz Emílio Garcia Mendez, citando Luigi Ferraioli: “a ausência de regras nunca é tal;



a ausência de regras sempre é a regra do mais forte". A discricionariedade e o subjetivismo são sempre um mal, não existem discricionariedades e subjetivismos bons. A questão conceitual aqui exposta se faz fundamental.

Não há cidadania sem responsabilidade e não pode haver responsabilização sem o devido processo e o rigor garantista. Faz-se impositivo o reconhecimento de tal situação, sob pena de uma suposta autonomia do Direito da Criança vir justificar o não reconhecimento de todas as garantias constitucionais e penais asseguradas ao adolescente quando se lhe atribui a prática de ato infracional. Não é admissível que se lhe negue, por exemplo, os benefícios introduzidos no Sistema Penal adulto em face as condições de processabilidade incluídas no chamado Processo Penal dos adultos pela Lei 9.099 e mais recentemente pela Lei dos Juizados Especiais Federais, todos diplomas legais posteriores ao Estatuto. Não é possível que em decorrência da dita "autonomia" do Direito da Criança, justificadora de um discurso que visa a não admissão de um conceito de Direito Penal Juvenil, sob o pífio argumento de que medida socioeducativa não é pena – que deve ser compreendida como sancionamento do Estado frente a uma conduta descrita na Lei como Crime ou Contravenção; seja o adolescente, na mesma situação de um imputável, tratado com desfavor, em flagrante violação da Normativa Internacional. Não é razoável que na remissão, composta perante o Ministério Público, em verdade uma transação, esteja o adolescente desassistido por Defensor, pretendendo atribuir-se uma autonomia do Direito da Infância ao ponto de se fazer autônomo frente ao próprio texto constitucional que o fundamenta e legitima.

Não há dúvida que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estabelecerem um sistema de responsabilização do adolescente a que se atribui a prática de ato infracional, afirmou este Direito Penal, que será Juvenil, porque especial, próprio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do sujeito desta norma, porém presidido por todo o conjunto garantista do Direito Penal visando a consumação de seu fim sócio-educativo.

A suposta autonomia do Direito da Criança, sustentada por alguns, resulta por reeditar, de forma travestida, o festival de eufemismos e de desrespeito ao direito de cidadania que marcou o Código de Menores, fazendo a operação do Estatuto da Criança e do Adolescente com a lógica da Doutrina da Situação Irregular, fazendo das medidas socioeducativas instrumentos de política "de bem estar de menores", de triste experiência nestes Brasis.

Ademais, diante das consequências e implicações, a negativa de aplicação da norma do art. 152, caracteriza a chamada interpretação retrospectiva:

Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto o possível com o antigo. (LUÍS ROBERTO BARROSO, 1998, p. 67. ou 2001, p. 71.)

O Mestre NORBERTO BOBBIO (1994, p 148),

já ensinava a compreender o caráter estrutural do Direito de forma descomplicada:

Não está excluído que um dado ordenamento recorra, para operar a própria integração, a outros ordenamentos positivos. Podemos distinguir:

(...)

b) o reenvio a ordenamentos vigentes contemporâneos, como no caso em que um ordenamento estatal cita normas de um outro ordenamento estatal (...).

Ao MINISTÉRIO PÚBLICO, enquanto instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, foi atribuída tarefa de zelar pela manutenção da ordem jurídica com absoluta obediência aos Princípios da Legalidade e do Devido Processo Legal, pilares sobre os quais se sustenta o Estado Democrático de Direito.

Assim, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional (art. 127, da CF, Lei 8.625/93 e Lei Complementar nº 75/93) cercaram o MINISTÉRIO PÚBLICO de várias atribuições, e, nesse passo cabe destacarmos a função de Guardião da Ordem Jurídica e dos Direitos Fundamentais.

Com o escopo de refutar tais pretensões é que o MINISTÉRIO PÚBLICO continuará atuando como incansável sentinela, de forma a garantir que as disposições legais serão aplicadas de forma *justa, adequada e necessária* à devida prestação jurisdicional, uma vez tendo por norte sua missão institucional conferida pela Constituição Federal de 1988 e legislação pertinente. (art. 127, da CF, Lei nº 8.625/93, Lei Complementar nº 75/93, arts. 200 e 201, do ECA, 81 a 85, do CPC) e por fim com nova redação trazida pela lei nº 11.719/2008, o art. 257 do Código de Processo Penal¹⁰.

Cabe ainda ressaltar, que o Promotor de Justiça atua no processo penal ou de apuração de ato infracional, concomitantemente como parte em sentido formal e como fiscal da lei, sendo que tais atribuições não se anulam, mas se complementam, apresentando uma feição toda especial, pois, além de oficiar como autor, também funciona como *CUSTUS LEGIS*, devendo, neste mister, zelar pelo fiel cumprimento da lei e garantir que o devido processo legal seja obedecido nos seus estritos termos, inclusive

10 Art. 257. Ao Ministério Público cabe:

I- Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e

II- Fiscalizar a execução da lei. (grifos nossos)

podendo requerer em favor do réu ou do adolescente representado, postulando a sua absolvição e/ou improcedência, recorrendo em seu benefício, etc.

Neste ponto, de acordo com o sólido precedente jurisprudencial:

Não compete ao magistrado escolher o rito processual que entende adequado para o caso, ou aplicá-lo somente em parte. Tampouco cabe às partes tal escolha, eis que o rito é determinado por lei, in casu, a Lei n.º 8.069/90, devendo ser rigorosamente observado. (HC 45.558/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2005, DJ 24/10/2005 p. 363)

Portanto, os dispositivos do ECA pertinentes à oitiva do réu-adolescente, no processo socioeducativo, sofrem do que poderíamos denominar de *INCOMPATIBILIDADE CONGLOBANTE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO SUPERVENIENTE*, neste caso, decorrência da edição de normas modificativas do interrogatório no Código de Processo Penal, contidas na Lei nº 11.719/2008.

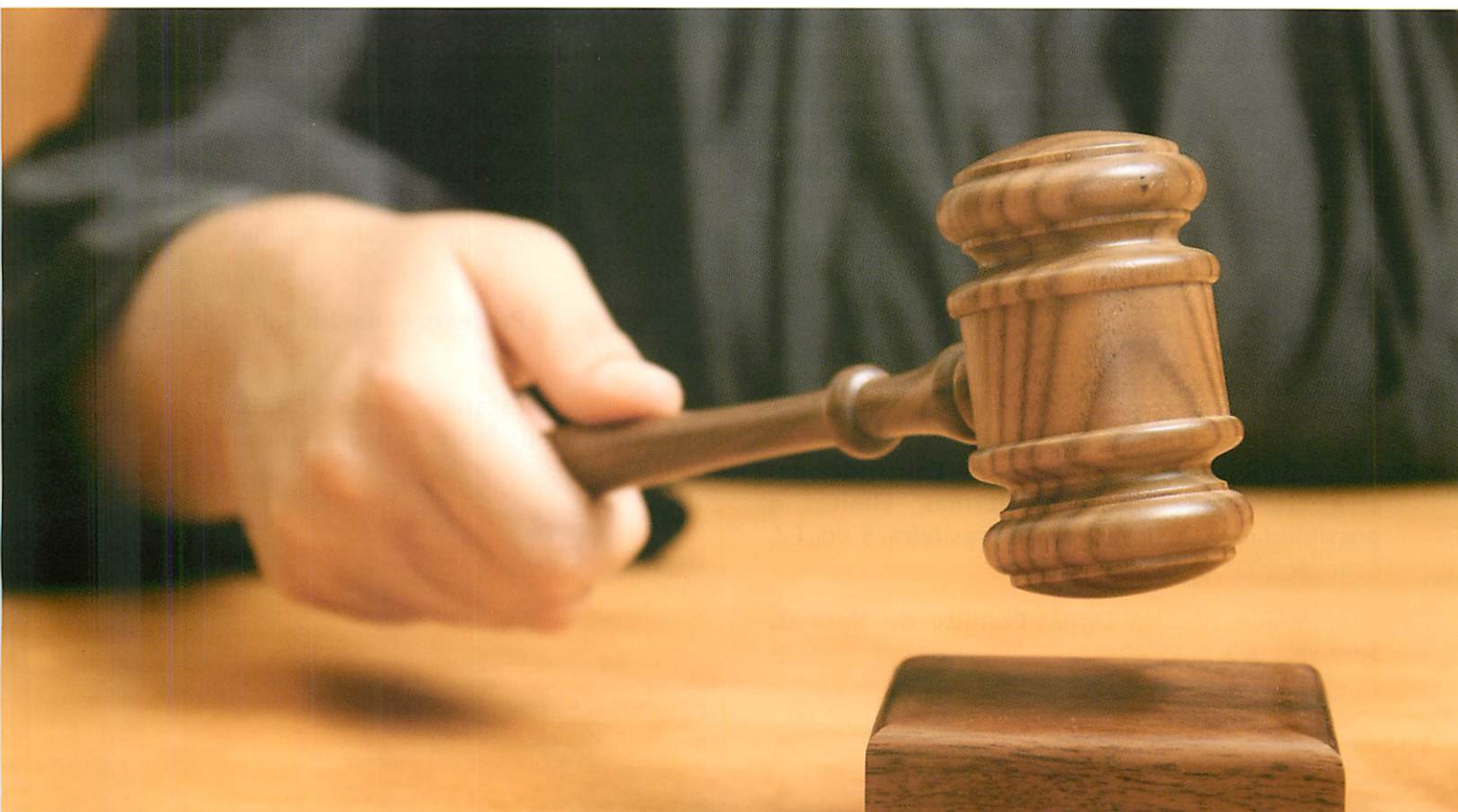
A situação difere do Princípio da Proibição do Retrocesso, porque a Legislação mais benéfica, ou que confere maior garantia no âmbito do devido processo legal, foi editada em caráter geral e a posterior. Acerca da Proibição do Retrocesso, explica LUÍS ROBERTO BARROSO (2001, p 158): *“entende-se que se uma lei, ao regular um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ela se incorpora ao patrimônio*

jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido”, sob pena de acarretar a abolição de direito com respaldo constitucional.

O mesmo se verifica quando a incidência de norma do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) significa a restrição de Direitos Fundamentais, especialmente com a oitiva do infrator antes do conhecimento do contexto probatório produzido.

3. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, e não obstante o farto entendimento doutrinário, jurisprudencial sobre o assunto, bem como zelando pelos Princípios da Segurança Jurídica, do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, resta CONCLUIR: pelo reconhecimento da cogente aplicabilidade ao procedimento de apuração de ato infracional previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei nº 8.069/90 - arts. 184, 186, caput e §4º) do novo rito procedimental do interrogatório incorporado aos arts. 400, 531, do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008, que prescreve e garante o direito de defesa com oitiva do acusado/adolescente infrator após a instrução .





4. BIBLIOGRAFIA

CARLOS MAXIMILIANO, **Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense**, 19. ed, 2001, p. 65.

CURY, Munir; GARRIDO de Paula, Paulo Afonso & MARÇURA, Jurandir Norberto. RT, 3. ed., 2002, p. 252/254; 261/262; e 295.

GALDINO AUGUSTO COELHO BORDALLO, **As Regras Gerais do Processo, in Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos Teóricos e Práticos**, Org. Kátia Regina F. L. A. Maciel, Lúmen Júris/IBDFAM, 2006, p. 555.

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA, **O adolescente em conflito com a lei e sua responsabilidade: nem abolicionismo penal, nem direito penal máximo**. REVISTA AJURIS, Porto Alegre, 1996, n. 67, p. 60. Disponível tb. em: http://www.mpes.gov.br/conteudo/CentralApoio/conteudo6.asp?tipo=3&cod_centro=17&menu_p=121, Acesso em: 27 de novembro de 2008).

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2. ed., Ed. Saraiva, 1998, p. 67. ou ed. 2001, p. 71.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas, Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 5. ed., Ed. Renovar, 2001, p. 158.

MARIA HELENA DINIZ, **Conflito de Normas**, Saraiva, 2003, p. 19/20.

MIGUEL REALE, **Fontes e Modelos do Direito**, Saraiva, 1. Ed., 2ª. T., 1999, p. 109.

NORBERTO BOBBIO, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, EdUnb, 4. ed., 1994, p. 148

PAULO LÚCIO NOGUEIRA, **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, Saraiva, 4. ed., 1998, p. 267.

ROBERTO BARBOSA ALVES, **Direito da Infância e Juventude**, Saraiva, 2005, p. 12 e 79.

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA, **Reforma do Código de Processo Penal**, Revista Diálogo Jurídico, n. 11, fevereiro de 2002, Salvador, Bahia, extraído do site http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-ROMULO-MOREIRA.pdf, acesso em 05/07/2008.

WILSON DONIZETI LIBERATI, **Comentários ao Estatuto da Criança e Adolescente**. Malheiros, 6 ed., 2001, p. 137.

_____. **Processo Penal Juvenil**, Malheiros, 2006, p. 155/156.

_____. **Estatuto da Criança e adolescente- Doutrina e Jurisprudencia**. Atlas, 3. Ed., 2010, p. 306.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A SUA INTEGRAÇÃO COM A SOCIEDADE



Veronica Eugenia Morales Salinas Cardozo

técnica do Ministério Público do Estado de Sergipe, pós graduanda em direito penal e processual penal.

RESUMO

A defesa do efetivo exercício da cidadania pelos mais necessitados consiste numa relevante atribuição do Ministério Público no que diz respeito à sua integração com a sociedade. Objetivando propiciar igualdade àqueles que são privados de direitos fundamentais previstos na Carta Magna e facilitar o acesso ao Judiciário, o Ministério Público do Estado de Sergipe implantou o Projeto “MP Itinerante”, através do qual os promotores de justiça, utilizando-se de uma unidade móvel que percorre as periferias da capital e dos municípios do Estado, se deslocam dos seus gabinetes para as comunidades mais carentes para prestar auxílio e promover a divulgação de suas funções, buscando concretizar a missão constitucional de salvaguardar os interesses da sociedade.

Palavras-chave: Ministério Público. Cidadania. Sociedade. Acesso. Projeto MP itinerante.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público em Sergipe, desde a entrada em vigor da primeira lei orgânica do Parquet sergipano, conhecido como Código do Ministério Público do Estado de Sergipe, publicada em 1945 e baixada com o Decreto-Lei 769, de 24 de setembro do mesmo ano, sofreu muitas transformações,

principalmente após a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, quando foi elevado à posição de instituição permanente.

O órgão, que antes se dissociava de sua função atual, tendo em vista que era subordinado ora ao Poder Judiciário, na Constituição de 1967, ora ao Poder Executivo, na Constituição de 1969, com o tempo foi se amoldando e ganhando novos contornos. Hoje, a autonomia e a independência são garantidas para que o órgão exerça suas funções de uma maneira otimizada em prol da sociedade, na defesa dos seus direitos, garantias e prerrogativas.

A Constituição da República de 1988 trata do Ministério Público nos artigos 127 a 130, da seção I Do Ministério Público, do capítulo IV Das funções essenciais à justiça, do título IV Da organização dos poderes, em conjunto com os demais poderes do Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. O artigo 127, caput, preceitua 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 indisponíveis”. A Lei Complementar nº 02, de 12 de novembro de 1990, que dispõe sobre a organização e atribuições do Ministério Público do Estado de Sergipe, transcreveu, em seu art. 1º, os ditames do referido artigo da Carta Magna.

Cinco anos após a promulgação da Constituição Federal, foi editada a Lei nº. 8.625, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, de 12 de fevereiro de 1993, dispondo sobre normas gerais para a

organização do Ministério Público dos Estados, a qual também contém os mesmos dizeres, acima citados, em seu art. 1º.

Percebe-se que houve uma preocupação do legislador em enfatizar que o Ministério Público, mais do que parte em processos judiciais, deveria integrar-se à sociedade, contribuindo para que seus indivíduos exerçam a cidadania, a qual figura como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Ciente das novas atribuições ministeriais, as quais vão muito além daquela que é a de acusar, cujo destaque, infelizmente, é maior entre as pessoas que desconhecem suas reais funções, principalmente as mais carentes, o Ministério Público de Sergipe, dentre vários projetos apresentados em benefício da sociedade, lançou, em 2012, o projeto “MP Itinerante”.

2. A TUTELA DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS COMO ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Como visto, devido à redemocratização do Brasil, decorrente da Constituição de 1988, o Ministério Público foi uma das instituições que mais se fortaleceu. O legislador atribuiu ao Parquet a função de representante da sociedade, com o intuito incumbi-lo aos temas mais sensíveis e caros que insurgem no meio social, como, por exemplo, a titularidade da ação penal pública e a proteção dos interesses sociais, dos direitos individuais indisponíveis e do regime democrático.

Uma das grandes novidades dentre as atribuições do Ministério Público consiste na defesa dos direitos metaindividuais, dos quais fazem parte os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, previstos nos incisos I, II e III, do parágrafo único do art. 81, da Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, como se vê:

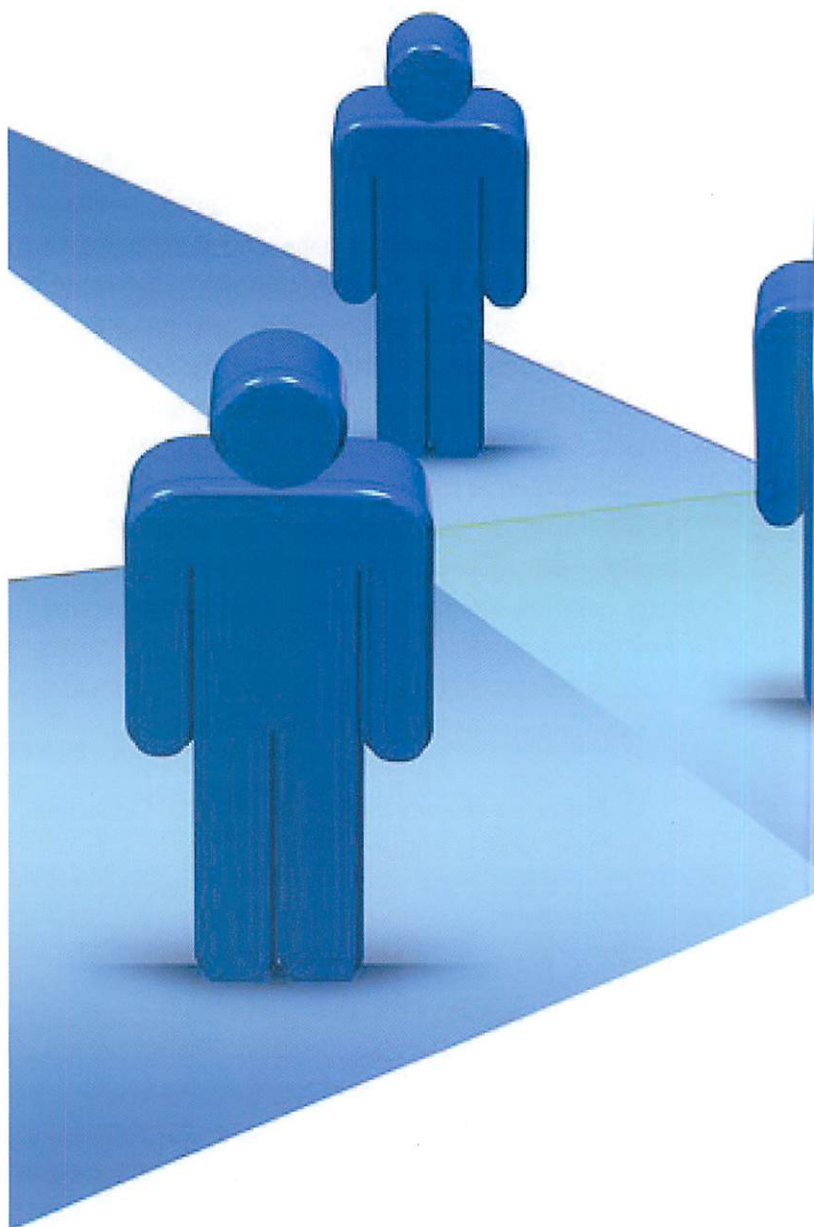
e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim



Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores

entendidos os decorrentes de origem comum.

Assim como, no inciso IV, do art. 1º e art. 21 da Lei 7.347/1985, Lei de Ação Civil Pública, a seguir:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

...

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

...

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os

dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Porém, apesar de a legislação se referir expressamente apenas aos interesses individuais indisponíveis, pode-se dizer que a instituição também cumpre a notável tarefa de amparar certos interesses individuais disponíveis, como, por exemplo, os que advêm de relações de consumo, tendo em vista o profundo interesse social na tutela dos mesmos. Como bem expressa o jurista Emerson Garcia:

Nesse caso, o interesse social é vislumbrado na necessidade de: a) suprimir-se o elemento desestabilizador das relações jurídicas de inúmeros componentes do grupamento; b) solucionar-se rapidamente a lide; c) tornar efetivo o direito dos hipossuficientes, aos quais seria inviável o acesso individual ao Judiciário; d) tornar efetiva a norma, em especial daquela asseguradora de direitos fundamentais, desiderato que seria comprometido caso fosse exigida a defesa individual do direito; e e) garantir a máxima uniformidade na prestação jurisdicional, o que será viabilizado com o uso dos mecanismos de tutela coletiva. (GARCIA, 2008, p. 51)

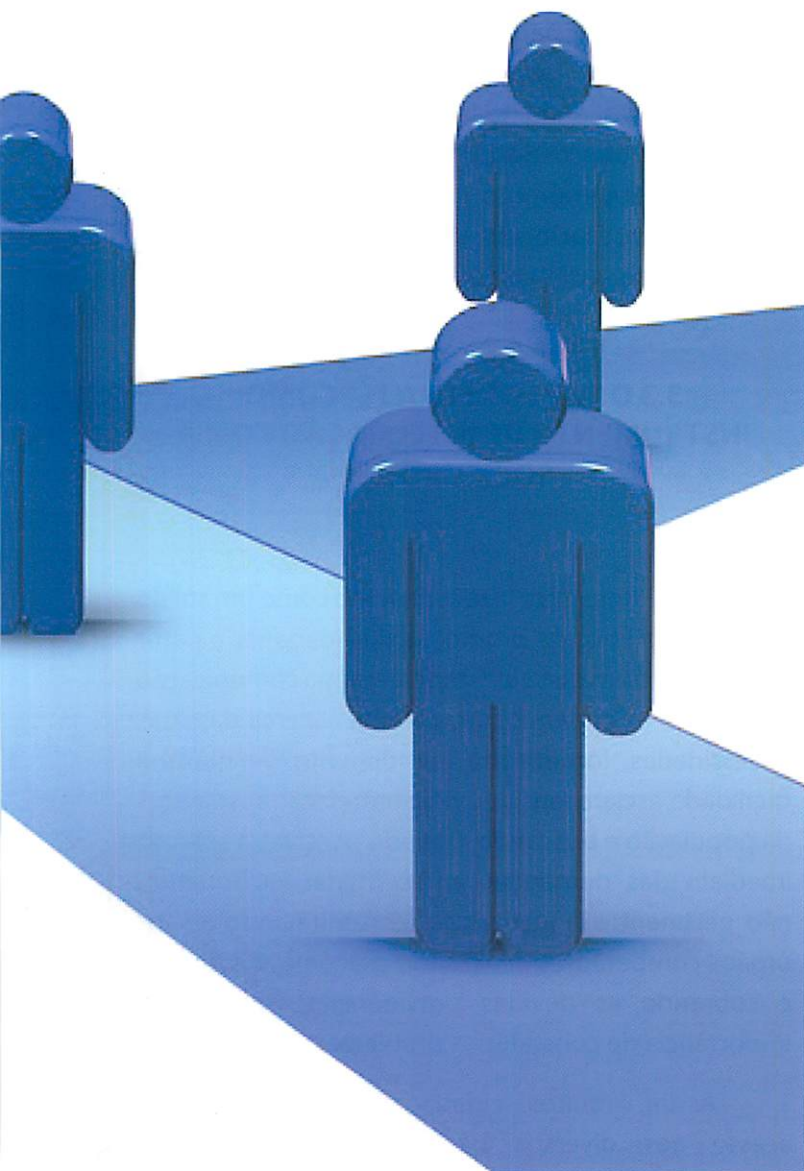
A atuação do Parquet, órgão que detém credibilidade com a sociedade, pode ser provocada por qualquer cidadão. Porém, o que ocorre é que a avaliação de acesso ao Ministério Público, segundo o próprio Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP1, é negativa. Com isso, entra em cena o “MP Itinerante”.

3. O PROJETO “MP ITINERANTE” NO ESTADO DE SERGIPE.

3.1 ASPECTOS GERAIS

As condições socioeconômicas do Estado apresentam indicadores sociais negativos no Alto Sertão Sergipano e em alguns municípios do Agreste Central, do Centro Sul e do Sul, o que resulta, muitas vezes, na dificuldade em obter o acesso à justiça e, consequentemente, à resolução de problemas que atingem a população, diferentemente do que ocorre na metrópole litorânea.

1 http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2012/pesquisa_imagem_quanti.pdf



Os cidadãos das regiões mais afetadas acabam não exercendo os direitos que lhes são assegurados na Constituição Federal, seja pelo fato de não conhecer as atribuições do Ministério Público ou pela falta de condições de se deslocarem até o local de prestação de serviços na defesa da ordem jurídica.

Diante da realidade apresentada, o Ministério Público do Estado lançou o Projeto “MP Itinerante” no ano de 2012, com a intenção de reforçar os elos entre o órgão ministerial e a sociedade, desempenhando, dessa forma, o seu importante papel conjecturado pela Carta Magna.

3.2 DESENVOLVIMENTO DO PROJETO

O projeto é desenvolvido pela Coordenadoria-Geral do Ministério Público e possui uma equipe responsável composta pela Procuradoria-Geral de Justiça, pela Coordenadoria-Geral, pela Escola Superior do Ministério Público – ESMP, pelos Centros de Apoio Operacional – CAOps, pelas Promotorias Especializadas e pelos servidores lotados nos respectivos órgãos.

Além disso, conta com uma unidade móvel, o “Ônibus da Cidadania”, veículo que percorre diversos municípios do Estado e é equipado com sete gabinetes para atendimento ao público, sendo um deles externo, destinado a atender pessoas com necessidades especiais.

Desde o lançamento do projeto, o ônibus percorreu quatorze municípios do interior sergipano, incluindo sete povoados, além de dois bairros na capital. O lançamento ocorreu no dia 17 de dezembro de 2012, no município de Carira, situado no sertão sergipano. Em 2013, o “MP Itinerante” atuou nos seguintes locais: povoado Samambaia, localizado no município de Tobias Barreto, bairros Industrial e Santa Maria, na capital aracajuana, Nossa Senhora da Glória, Canindé do São Francisco, povoado Lagoa do Rancho, no município de Porto da Folha, Estância, povoados Brinquinho e Salobra, no município de Simão Dias e Aquidabã. No ano de 2014, até o mês de outubro,

visitou os seguintes locais: Capela, Propriá, Poço Redondo, povoado Triunfo, no município de Simão Dias, povoado Colônia Treze, no município de Lagarto, povoado Ilha, no município de Itabaianinha e Nossa Senhora das Dores.

Os atendimentos são promovidos nas áreas da educação, da saúde, da assistência a pessoas idosas e com necessidades especiais, da infância e da adolescência, da paternidade responsável, do direito da mulher, do consumidor, do meio ambiente e do urbanismo, das entidades de interesses sociais, das atividades cíveis e criminais, da segurança pública e do patrimônio público.

Além disso, paralelo ao projeto MP Itinerante há o atendimento, por meio da cessão do “Ônibus da Cidadania”, das demandas provenientes do Projeto “Ministério Público de portas abertas”, coordenado pela Escola Superior, o qual visa a apresentação das atividades institucionais do órgão ministerial aos estudantes do ensino médio e superior.

3.3 O “MP ITINERANTE” COMO INSTRUMENTO DE INTEGRAÇÃO COM A SOCIEDADE.

O “MP Itinerante” é reconhecido como um sólido instrumento ético de promoção da cidadania, a partir do momento em que ele estabelece uma comunicação direta com as comunidades carentes acerca das suas necessidades, fornecendo atendimento de máxima qualidade, esclarecendo dúvidas em relação aos direitos da população e buscando, quando possível, a solução imediata das demandas apresentadas ou, quando não pertinentes à instituição, encaminhando-as aos órgãos competentes, realizando o acompanhamento e cobrando as devidas providências. Por isso, a importância de constatar os problemas in loco.

Assim, muitos cidadãos que não tinham acesso aos diversos benefícios disponibilizados pelo Ministério Público passam a conhecê-los. Os serviços que a instituição oferece ficam à disposição das pessoas, principalmente daquelas que vivem em

zonas rurais e enfrentam dificuldades em acessá-los, democratizando, desta forma, a relação do Estado com o cidadão.

Ademais, o promotor de justiça local passa a conhecer melhor a realidade do município e mostra para a população que ele não é uma pessoa inacessível, bem como estimula os cidadãos a reivindicarem seus direitos fundamentais, quebrando, portanto, alguns paradigmas, como, por exemplo, o de que apenas comparecem ao fórum pessoas que agiram contra a legalidade.

O “MP Itinerante” contribui com o dever positivo do Estado. O órgão tem auxiliado na elaboração de políticas públicas essenciais para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, atuando junto a gestores de todas as esferas, a exemplo de prefeitos; de vice-prefeitos; de vereadores; de juízes; de Procuradores-Gerais dos Municípios; de Superintendentes Municipais de Transportes e Trânsito – SMTT; de Diretores do DETRAN; da Polícia de Trânsito – CPTran; do Conselho dos direitos da pessoa com deficiência; do Conselho Tutelar; dos Secretários Municipais de Assistência Social, de Inclusão Social, de Educação, de Agricultura, da Defesa Civil; dentre outros.

No dia 20 de maio de 2014, o projeto “MP Itinerante” recebeu uma moção de apoio do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais – CNPG, em Brasília, durante reunião do colegiado. Na moção de apoio, os membros do CNPG manifestaram a pretensão em estender o projeto para todos os Ministérios Públicos da Federação.

4. CONCLUSÃO

Ao Ministério Público foi conferida pela Constituição Federal a missão basilar de resguardar o regime democrático, portanto é seu dever garantir aos necessitados o acesso à jurisdição, divulgando suas atribuições à sociedade, incentivando que esta procure o órgão e tenha possibilidade de ver seus direitos individuais e coletivos assegurados. O Projeto “MP Itinerante” obtém grande destaque diante da

crescente necessidade da integração da instituição com a sociedade, aproximando-a das parcelas mais carentes da população, sendo reconhecido e recebendo apoio, inclusive, do Conselho Nacional de Procuradores Gerais – CNPG.

Diante do exposto, é de grande valia citar um dos mandamentos do “Decálogo do Promotor”, que foi aprovado e proclamado como a “Carta de Princípios do Ministério Público”, em Havana, no ano de 1956, lembrando aos membros da instituição o seguinte: “II - Sê digno de tua grave missão. Lembra-te de que falas em nome da lei, da justiça e da sociedade.”

BIBLIOGRAFIA

AZAMBUJA, Rodrigo Brasileiro de. **Os mandamentos**. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/8856/6166>.

Conselho Nacional Do Ministério Público. **Pesquisa Quantitativa**. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2012/pesquisa_imagem_quanti.pdf

GARCIA, Emerson. **Ministério Público, organização, atribuições e regime jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Ministério Público. **Ministério Público, uma experiência em defesa da cidadania**. Aracaju: J. Andrade, 1994.

Procuradoria Geral de Justiça. **O Ministério Público de Sergipe na História**. Aracaju: Sercore Artes Gráficas Ltda, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A APLICAÇÃO CRÍTICA E LEGÍTIMA DO DIREITO



Waltenberg Lima de Sá

Mestre em Direito Público Contemporâneo pela Universidade Federal de Sergipe, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, ex-Advogado da União e ex-Defensor Público Federal.

RESUMO

O presente artigo apresenta um novo paradigma para a hermenêutica jurídica, divorciado do positivismo e, conseqüentemente, da dogmática jurídica. Para tanto, delineia o arcabouço doutrinário que antecedeu a construção do marco teórico aqui utilizado, a hermenêutica filosófica de Gadamer, cuja tônica consiste na oposição ao método como único meio para se chegar à verdade. Ao ingressar em sua análise propriamente dita, busca trabalhar com os conceitos mais importantes, a exemplo da tradição, da autoridade, da pré-compreensão e da fusão de horizontes, com a finalidade de sedimentar o caminho para entender aquilo que ele descreve como círculo hermenêutico, conceito-chave para o deslinde da proposta aqui desenvolvida. Quanto a este, também procura fazer uma análise das propostas de alguns pensadores que precederam ao conceito gadameriano. Delineada a substância da hermenêutica filosófica, parte-se para a análise de seu operar na hermenêutica jurídica, imprimindo uma reflexão crítica sobre a compreensão no âmbito da aplicação do direito e, como corolário, contribuindo para a superação do paradigma positivista e suas aporias. Assim, busca explicitar a contribuição de Gadamer para o pensamento jurídico, partindo de sua hermenêutica filosófica para explicar, fundamentar e legitimar o caminho trilhado pelo operador do direito.

Palavras-chave: Hermenêutica filosófica. Círculo hermenêutico. Interpretação jurídica.

1. INTRODUÇÃO

Diante da hermenêutica jurídica tradicional, o papel da filosofia jurídica tem se restringido a lastrear a dogmática da interpretação e aplicação do direito positivo, apenas metodologicamente alcançável. No máximo, a filosofia tem servido somente para colmatar as lacunas da dogmática, atuando de forma marginal e subsidiária quando as técnicas interpretativas não se mostram suficientes.

A supremacia do pensamento positivista, com isso, culmina por não reconhecer força jurídica alheia ao legalmente posto. Não difere substancialmente o que se denomina de pós-positivismo à brasileira, ao adotar um critério de validade vinculado a determinados princípios ético-jurídicos, desconsiderando fatores filosóficos essenciais para a legitimidade do sistema normativo.

Gadamer caminha por novos horizontes teóricos da hermenêutica jurídica, refletindo sob uma perspectiva diversa. Sua hermenêutica revela que, na prática, a separação entre ciência e filosofia, operada pelo positivismo, desaparece ante a constante necessidade de demonstrar os caminhos trilhados para a concretização do direito, o que somente pode ser alcançado pela reflexão filosófica.

A hermenêutica filosófica gadameriana propõe a demonstração das bases da compreensão, inclusive na seara jurídica, em que a interpretação da norma vai além daquilo que encerra em si mesmo, ao refletir

sobre seus condicionantes prévios, desmistificando a pretensão idealista da aplicação do direito.

O sentido de universalidade que Gadamer confere à hermenêutica passa pelo mundo que circunda e precede o ser, cuja existência é nele e por ele revelada. Dessa forma, no processo de aplicação do direito, desloca-se o foco da hermenêutica jurídica no saber técnico-normativo para os elementos que precedem e condicionam a compreensão, ou seja, no saber ético-político que antecede a verdade e o método.

A partir dessa proposta da hermenêutica filosófica, pretende-se repensar o paradigma dominante da hermenêutica jurídica, refletindo acerca do caráter criativo da compreensão do direito, quando aplicado sob a crítica da consciência histórica. Com isso, busca-se demonstrar que a aplicação do direito não pode ser guiada simplesmente por uma sistemática metodológica, em busca de uma razão lógica dos motivos para decidir em determinado sentido. Antes disso, há de se buscar compreender o próprio ser do aplicador do direito, desvelando suas concepções éticas e sociais, mormente aquelas dominantes no seio social em que se encontra, em um processo de mútua transmissão de conhecimento, semelhante ao desenho dado ao círculo hermenêutico.

Com a aplicação da hermenêutica filosófica no âmbito jurídico, tem-se o sentido do direito de acordo com a realidade circundante. A filosofia visa, com isso, enobrecer a prática jurídica, deixando às claras as condições de atuação e, conseqüentemente, livrando-a da instrumentalização ideológica, tendo em vista a impossibilidade de uma assepsia valorativa, ou seja, do ideal da neutralidade científica na aplicação do direito.

Com o fim de demonstrar como a proposta gadameriana de uma hermenêutica filosófica supera os métodos hermenêuticos, não só na compreensão como também da concretização do direito, necessário inicialmente delinear o arcabouço filosófico percorrido pelos predecessores do referido filósofo, o que é feito logo no tópico inicial para, em seguida, fazer-se uma abordagem dos traços fundamentais da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, que busca o modo

de ser da verdade a partir da arte, da história e da linguagem, modos de experiência que não podem ser controlados pelos meios metodológicos científicos.

Com isso, apresenta-se como a hermenêutica filosófica busca dar uma resposta à forma metodológica de compreender o mundo, enxergando na tradição, na autoridade e na pré-compreensão, instrumentos para a compreensão, consistindo a reabilitação desses conceitos um dos pontos altos da proposta de Gadamer, a partir dos quais ele constrói a forma circular do processo que resulta na compreensão. Referido processo passa também pela fusão de horizontes, resultado crítico da relação dialógica de pergunta e resposta entre o sujeito interpretante e o objeto interpretado, a partir de que nasce um novo entendimento quando da aplicação do sentido perscrutado.

O deslinde da abordagem de todos esses conceitos se dá com a construção do círculo hermenêutico gadameriano, o que ocorre a partir da evolução das propostas de circularidade da compreensão desenvolvidas por seus antecessores, principalmente por seu mestre, Martin Heidegger, ao se desprender dos entraves epistemológicos dos demais filósofos. Por isso, no terceiro tópico, apresenta-se a forma como a hermenêutica filosófica opera na compreensão e aplicação do direito, buscando evidenciar como ela pode explicar, fundamentar e legitimar o caminho trilhado pelo operador do direito.

Desso modo, a evolução da hermenêutica metodológica para a filosófica culmina por findar com o interpretar por partes, característico da hermenêutica clássica, e, conseqüentemente, não aceita a distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação, por rejeitar o método subsuntivo, característico da cultura jurídica positivista.

Busca-se, assim, na hermenêutica filosófica um novo referencial teórico para a superação das aporias do positivismo, objetivando não o sentido unicamente no texto, mas a atribuição de sentido a partir do mundo circundante.

Enfim, o objetivo do presente trabalho é dialogar com a hermenêutica filosófica de Gadamer

sob a perspectiva do direito, especificamente da hermenêutica jurídica, para, com isso, tornar clara a necessidade do operar filosoficamente consciente por parte do aplicador do direito, fazendo com que sua atividade hermenêutica seja exercida de forma reflexiva e destinada a alcançar a essência do fenômeno jurídico.

2. BREVE ESCORÇO DO PROCESSO EVOLUTIVO DA HERMENÊUTICA

A construção, consolidação e desenvolvimento da teoria hermenêutica, até chegar à hermenêutica filosófica, inicia-se com Schleiermacher que, diante da restrição da hermenêutica arcaica aos campos da filologia, da exegese bíblica e dos textos clássicos, constatando a carência de um tratamento sistemático para interpretá-los, propõe uma hermenêutica geral, com regras e cânones universais, sendo o caráter circular da interpretação um de seus legados mais importantes, consistente no movimento que se realiza entre o autor e o intérprete e no sentido de que a explicação do particular pressupõe já a compreensão do todo e vice-versa.

No entanto, sua teoria mostra-se eminentemente psicológica, relegando a questão do sentido para se centrar no ato criador do autor, em que o intérprete penetra até o pensamento do escritor com o objetivo de entender o que este pretendia dizer.

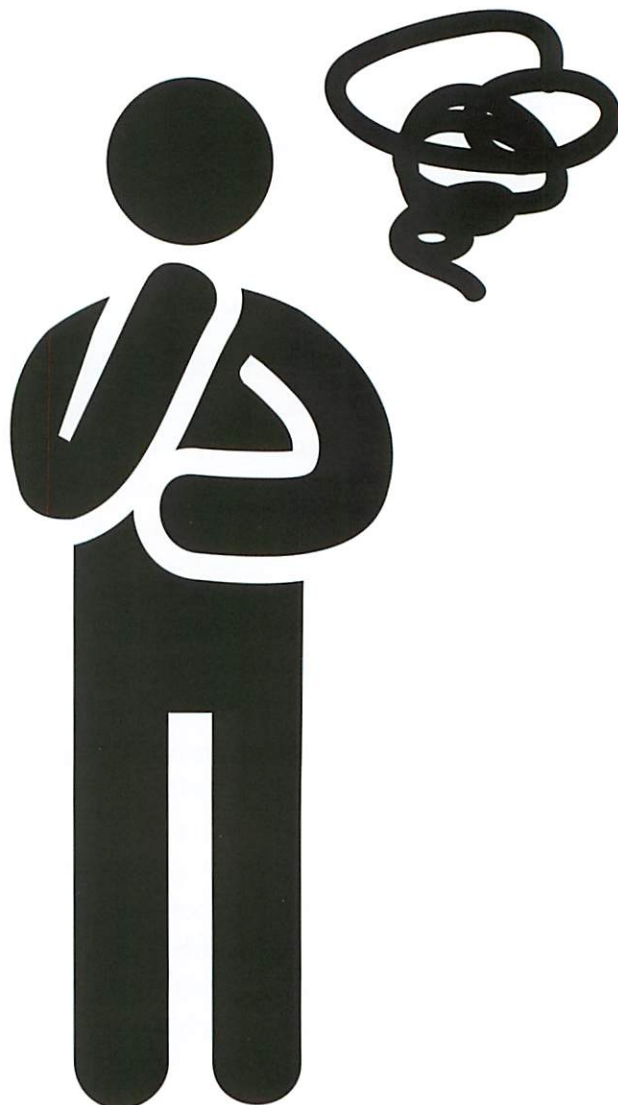
Dilthey, dando continuidade às ideias de Schleiermacher, assumiu o papel de intérprete do pacto entre hermenêutica e história, em que, para a compreensão de um texto passado, deve-se atentar para seu encadeamento histórico, sendo que somente por meio de uma reflexão psicológica básica seria possível fundamentar a objetividade do conhecimento das ciências do espírito.

Porém, por acentuar a questão psicológica, a objetividade em sua teoria permanece um problema insolúvel, levando-o à constantemente remanejar e aperfeiçoar seus conceitos, em busca de uma

objetividade inelutável, em face da pretensão de contrapor-se ao positivismo por uma concepção autenticamente científica da compreensão (RICOEUR, 1977, p. 27).

Betti, por sua vez, pretende concluir o projeto inacabado de Schleiermacher de estabelecer uma hermenêutica geral, avançando também em relação à Dilthey por não ter ficado preso às ciências históricas e ao psicologismo (TEIXEIRA, 2012, p. 62-63). Para tanto, confere posição de destaque ao método e ao objeto, propondo pormenorizar o processo interpretativo por meio de cânones hermenêuticos.

No entanto, sua teoria não conseguiu ser objetiva e positiva, como se havia comprometido (GRONDIN, 1999, p. 214) e, por conta do subjetivismo e relativismo, sua metodologia incide nas mesmas limitações opostas à contribuição de Dilthey para a



epistemologia hermenêutica (BLEICHER, 1992, p. 60).

Já em Heidegger, a linguagem e a hermenêutica passam a ser vistas sob o prisma da fenomenologia¹, o que dá ensejo à chamada virada ontológica, em que a compreensão é vista não como uma técnica, mas como um modo de ser do homem, vinculando-a à relação do ser com o mundo, ou seja, seu problema hermenêutico está ligado à compreensão do Dasein, do ser-aí, à compreensão do homem, do ser-no-mundo. Por isso, sua noção de círculo da compreensão está vinculada à ideia de que toda compreensão do mundo implica a compreensão da existência e toda compreensão da existência implica a compreensão do mundo.

Gadamer, partindo das ideias de Heidegger, coloca a compreensão e a interpretação no centro da reflexão filosófica, tangenciando os esforços de seus predecessores para construir a hermenêutica como uma ciência da interpretação e da compreensão, ou seja, uma epistemologia hermenêutica, preferindo fundamentá-la como uma filosofia, em que o sujeito pode pensar e ponderar sobre aquilo que o outro pensa, em busca do não-dito quando este diz algo, uma vez que nunca conseguimos dizer tudo que queríamos (ROHDEN, 2009, p. 61-62).

Sua proposta não busca os métodos interpretativos, mas simplesmente quais as condições que tornam possível ao ser-no-mundo compreender. Para tanto, antes de buscar os métodos, ele busca investigar o ato de compreender, o que o precede e quais as condições que o possibilitam.

Habermas, por outro lado, como um dos herdeiros da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, desenvolve um trabalho centrado em uma política emancipatória e na reflexão sobre as condições de um diálogo livre de dominações (HABERMAS, p. 06-11). Apesar de reconhecer que o método reprime a alma e que a reflexão interior liberta o ser, opõe-se à hermenêutica filosófica de Gadamer, propondo uma leitura crítica ao que entende por leitura tradicionalista, além de questionar a pretensão de universalidade da hermenêutica.

Ele destaca a ação comunicativa, o contexto social necessário à democracia e a existência de

uma esfera pública livre de domínio político, cuja legitimidade deve se arvorar no consenso e na discussão racional. Assim, sua questão hermenêutica passa pela discussão da teoria do agir comunicativo e da ética do discurso.

Porém, é criticado por conta da dificuldade de justificar a pretensão do intérprete de que sua interpretação é melhor que as supostamente distorcidas, em uma posição de árbitro entre o que é verdadeiro e falso que esconde uma tendência elitista, não condizente com a pretensão emancipatória de uma abordagem crítica (BLEICHER, 1992, p. 203-204).

3. TRAÇOS FUNDAMENTAIS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER

Gadamer se opõe à ideia de Descartes de que o método seria o caminho para a certeza absoluta, proposta que foi a base do pensamento iluminista, ou seja, da modernidade filosófica. A crítica ao conceito de método como meio para o alcance da verdade é o ponto nodal da obra de Gadamer, em que procura de diversos modos demonstrar o equívoco dessa visão, utilizando a noção de jogo, de círculo e de diálogo para questionar a autoevidência desse pensamento científico, uma vez que ao invés de demonstrada pelo método, a verdade pode estar por ele encoberta.

Diante disso, a hermenêutica filosófica representa uma resposta à forma metodológica de compreender o mundo, enxergando na tradição, na autoridade e na pré-compreensão, instrumentos para a compreensão.

3.1 A REABILITAÇÃO DO QUE SE ENTENDE ACERCA DA TRADIÇÃO, DA AUTORIDADE E DA PRÉ-COMPREENSÃO

Mais do que algo que simplesmente vem do passado para o presente, a tradição indica uma transmissão pela linguagem que aglutina desde o passado até o presente, desenhando o futuro.

Por não estarem submetidos ao domínio metodológico, os fatos históricos não podem ser descritos de forma neutra, cegamente submetidos à investigação científica, pois se trata de processo em que o ser humano está sempre implicado, o qual deve travar um diálogo com a tradição em busca de um novo e mais amplo autoconhecimento (ROHDEN, 2009, p. 66).

A reflexão sobre a verdade não pode querer subtrair-se à tradição, devendo encontrar um novo relacionamento também com os conceitos que ela mesma utiliza, adotando o que lhe foi legado do seu conteúdo significativo original, porém, sem que seus conceitos seja apropriados acriticamente, já que advém de um aperfeiçoamento de acontecimentos que vêm de longe (GADAMER, 1999, p. 32-33).

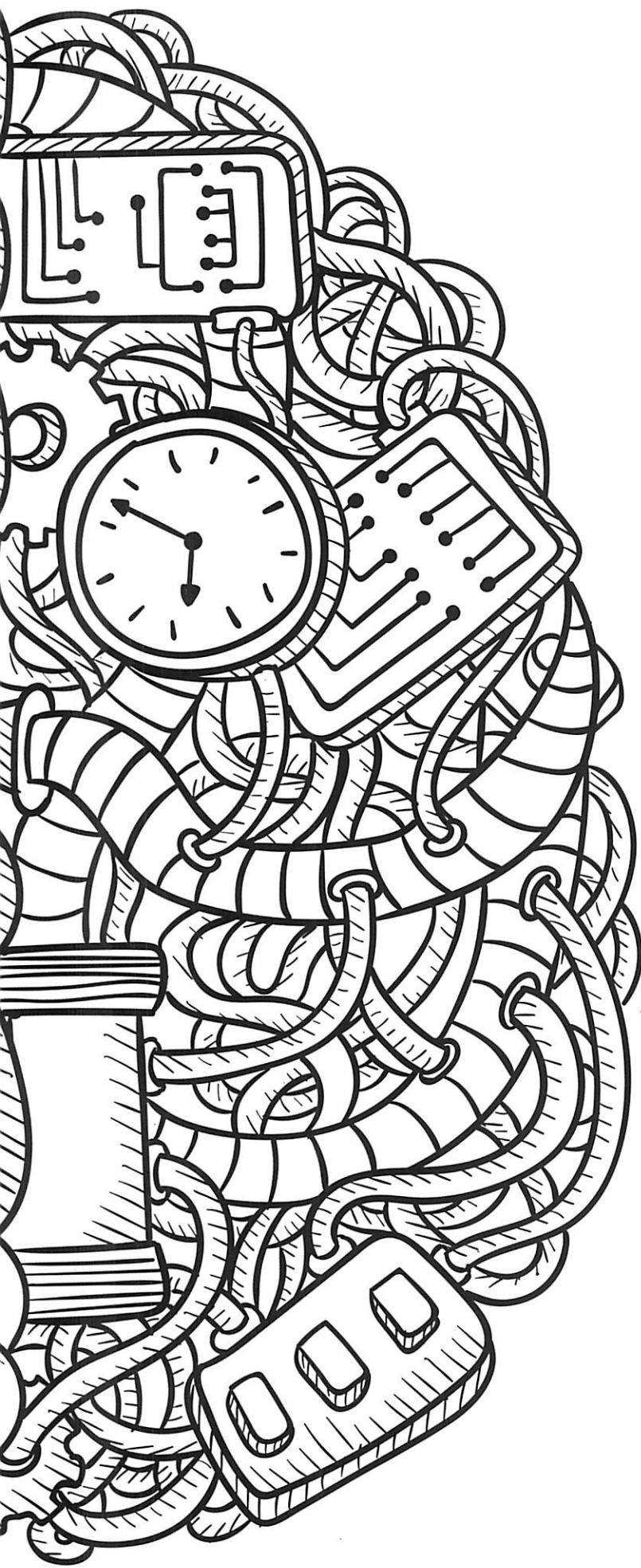
Com isso, a tradição traz uma positividade instauradora de novos sentidos, à medida em que pode revelar aqueles que o tempo e a história tenham deixado esquecidos. Ela nos narra, apresenta-nos a coisa, conta-nos sua história, falando conosco através da linguagem.

Por sua vez, a autoridade (Autorität) não é imposta, mas sim conquistada com base no reconhecimento de que o outro é capaz de saber mais e ter uma visão mais acertada, por isso deve ser ouvido. Gadamer enxerga-a não como mera subserviência irrefletida, mas sim como reconhecimento em decorrência do conhecimento, ou seja, para ele, ter autoridade é ter conhecimento. Desse modo, não é aceita de forma irracional e arbitrária, não sendo seu atributo mandar em alguém que lhe é submisso, pois reconhece alguém pelos seu conhecimento, isto é, seus méritos.

Para Gadamer, o verdadeiro fundamento da autoridade é, também, a liberdade e a razão, que a concede, basicamente, a alguém que possui uma visão mais ampla e mais consagrada, ou seja, porque sabe melhor (GADAMER, 1999, p. 371).

Quanto à pré-compreensão (vorverständnis), a historicidade da nossa existência implica que ela constitui a orientação inicial da nossa capacidade





de compreender. Possui sentido positivo porque no momento em que o sujeito compreende algo já possui uma pré-compreensão, a qual vai ser considerada legítima ou não quando em contato com o objeto interpretado. Se não tivermos ciência dos nossos preconceitos, não seremos cientes daqueles em virtude dos quais julgamos.

Preconceito não significa falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente, pois não são forçosamente errados e destinados a distorcerem a verdade. Por isso, Gadamer defende que devem se tornar positivas aquelas considerações negativas sobre os preconceitos, a partir do próprio conceito destes, uma vez que a historicidade da nossa existência implica que eles constituem a orientação inicial da nossa capacidade de compreender (GADAMER, 1999, p. 360-361).

Se pretendemos compreender corretamente, ou seja, sem distorções, precisamos nos desvincular do circuito fechado de nossas opiniões prévias para, a partir daí, tomarmos conhecimento da opinião do outro e do próprio objeto a ser interpretado, com o intuito de desvendar seus sentidos sem nos deixarmos dominar por nossos preconceitos não percebidos, o que acabaria por encobrir os sentidos da coisa.

Por outro lado, se não tivermos ciência dos nossos preconceitos, não seremos cientes daqueles em virtude dos quais julgamos. Por isso, devemos ter como meta colocar os preconceitos a descoberto, para que o ser se mostre. Para tanto, há de se travar um diálogo fecundo, em que devemos reconhecer e acolher o que o outro tem em mente ao partir de preconceitos que ele também não tem ciência (GRONDIN, 2012, p. 505-506).

Dessa forma, pré-compreensão quer dizer juízo que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes, segundo a coisa em questão. O matiz negativo do preconceito é aqui apenas secundário (GADAMER, 1999, p. 360).

3.2 DA FUSÃO DE HORIZONTES AO CÍRCULO HERMENÊUTICO

Gadamer toma de empréstimo de Nietzsche e Husserl² o termo horizonte para construir um de seus mais conhecidos conceitos, a fusão de horizontes, com o qual busca uma perspectiva de mundo por meio da linguagem, uma vez que se, para ele, o ser que pode ser compreendido é linguagem, então o horizonte é linguístico.

A linguagem, ao lado da arte e da experiência histórica, é uma das formas de se chegar à verdade e, também por isso, é considerada o veículo universal

da compreensão. Como o direito é linguagem, aplica-se-lhe tudo o que a filosofia traz a respeito dela e, consequentemente, inserindo o modo filosófico de sua análise no pensamento jurídico.

Na fusão de horizontes há um confronto entre a pré-compreensão do intérprete e a linguagem original do texto, sendo necessário que o intérprete tenha consciência desse hiato temporal e da consequente diversidade de sentidos, sob pena de se limitar a interpretar apenas dentro dos seus preconceitos.

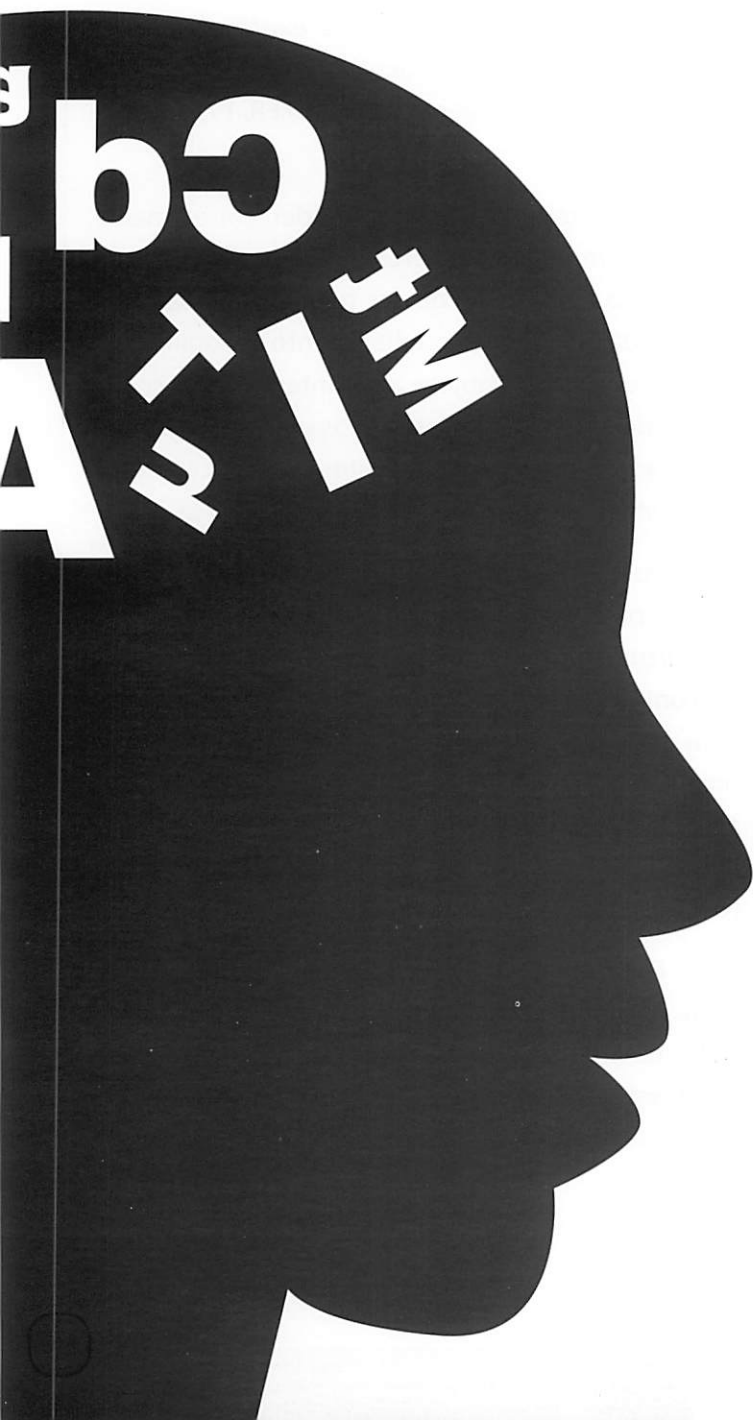
Esse distanciamento do passado não ocorre de forma linear, mas sim circularmente, uma vez que há uma recíproca relação entre o intérprete e o passado, em que um não é totalmente estranho ao outro, no bojo de um processo de reavaliação do passado e reinterpretação do próprio presente, cujo deslinde nos traz um sentido novo.

Por outro lado, para o objeto interpretado também há uma pré-interpretação existente na história dos seus efeitos. A tarefa de colocá-los em contato, possibilitando que elas venham a convergir e produzir um conhecimento cada vez mais unificado, é tratado por Gadamer como a fusão de horizontes.

Cabe à hermenêutica colocar em relação de diálogo o autor e o objeto, na qual os horizontes próprios à obra se fundirão com os horizontes próprios do leitor, de onde nasce não necessariamente a melhor e definitiva interpretação, mas simplesmente outra interpretação. Observe-se que não ocorre a supressão de um ou outro horizonte, mas a fusão entre o horizonte do sujeito e o do objeto, isto é, um entrecruzamento crítico (ROHDEN, 2009, p. 67).

Em decorrência dessa fusão de horizontes, a compreensão é dialógica, em que o passado não é simplesmente substituído pelo presente, mas acomodado e expandido. A verdade só pode emergir do diálogo dentro da tradição, ou seja, a verdade é diálogo. Porém, ambos, verdade e diálogo, nunca são completos e totalmente previsíveis, mudando de acordo com os questionamentos das suposições iniciais, muitas vezes nos conduzindo a mudar a forma de enxergar o objeto.

Segundo Heidegger, as condições que nos



permitem pensar são estabelecidas bem antes de iniciarmos os atos de introspecção, pois precisamos ter antes de termos (pré-posse), ver antes de podermos ver (pré-visão) e conceber antes de qualquer concepção (pré-concepção) (LAWN, 2007, p. 78).

Isso quer dizer que nós já estamos envolvidos no mundo antes de procurar compreendê-lo, ou seja, pergunta-se pelo ser já tendo uma noção do que é, sendo esse o ponto de partida do círculo hermenêutico, logicamente que sempre incompleto, por estar em contínua ação, abrindo-se à reflexão, ao julgamento e à interpretação.

Primeiramente o Dasein realiza uma compreensão de si mesmo quando da busca pela compreensão, uma vez que se questionar faz parte de seu modo de ser. Diante disso, o círculo possui um sentido ontológico positivo, não permitindo que as opiniões prévias sejam arbitrárias, mas sim fundamento da investigação.

Gadamer enxerga nessas ideias de Heidegger o movimento do círculo hermenêutico, em que o sentido positivo da compreensão prévia, ao ter contato com o objeto em análise, resulta na compreensão elaborada evolutiva e sucessivamente, tantos quantos forem os contatos com o objeto interpretado. Com esse constante movimento aproximativo, as opiniões prévias vão se adequando à unidade de sentido do texto.

Como se percebe, Gadamer desenvolve seu conceito de circularidade hermenêutica a partir da estrutura da compreensão prévia de Heidegger, entendendo-a conforme a tese de que a parte é entendida a partir do todo e este a partir daquela, não obstante um texto não possa ser compreendido simplesmente a partir da mente do autor, mas sim de um todo da tradição que lhe dá sentido. A estrutura circular da compreensão por ele defendida está arvorada na temporalidade da presença do ser-no-mundo, aliada à historicidade da compreensão, além da implicação do intérprete no todo do processo.

Avança, porém, em relação ao seu mestre, uma vez que retoma sua concepção de círculo hermenêutico, extraíndo a estrutura ontológica prévia

da compreensão, mas procura complementá-lo com as noções de preconceito e tradição, evidenciando o caráter de historicidade da compreensão, em uma atividade interpretativa que demanda um revisar permanente das concepções até então elaboradas (KESKE, 2013, p. 19).

O que Gadamer propõe com o círculo hermenêutico é uma antecipação de sentido, de acordo com a pré-compreensão em comunhão com a tradição, a partir da qual, em círculos concêntricos, haveria sua reelaboração, em que o todo e as partes se determinam mutuamente, em um processo interpretativo do qual o ser faz parte daquilo mesmo que está sob análise. Por este mover-se circular entre parte e todo chega-se à compreensão sem nunca voltar ao ponto de partida da análise inicial, em um entrelaçamento dos significados das coisas e dos sentidos da existência do ser por meio da linguagem.

Em suma, inicia-se com um projeto prévio, confrontando-se com a pré-compreensão e, à medida que se penetra nessa unidade de sentido, alguns preconceitos são descartados. Nesse processo, o intérprete deve constantemente revisar suas próprias concepções, revirando suas bases e, assim, evitando um círculo vicioso.

Percebe-se, com isso, que não há uma intersubjetividade entre intérprete e autor, como defendido por Schleiermacher e Dilthey, mas uma relação dialógica entre aquele e o texto que fala com ele, interpelando-o. Diante disso, a hermenêutica filosófica de Gadamer não opta nem pelo subjetivismo nem pelo objetivismo, pois defende que texto e autor convivam, cada um em seu contexto histórico, cujos horizontes se fundem para dar origem à compreensão.

Por isso se diz que, com ele, o conceito de compreender se desprende do âmbito metodológico das ciências do espírito, sendo uma das suas maiores contribuições enxergar na interpretação uma investigação filosófica do processo da compreensão de si, partindo da ideia de que toda compreensão é interpretação.

Sua hermenêutica tem viés filosófico e universal por buscar compreender o que realmente acontece

com o ser, para além daquilo que quer ou sente. Ademais, tem sua dimensão prática, na medida em que pode modificar atitudes e oferecer novas perspectivas até então não abordadas.

Enquanto para o pensamento moderno o verdadeiro conhecimento está objetivado naquilo em que buscamos compreender, não devendo ser consideradas as percepções do ser interpretante, que só serviriam para desviar o conhecimento puro, para Gadamer a compreensão é um processo interpretativo do qual o ser faz parte daquilo mesmo que está sob análise, uma vez que o mundo está sendo visto a partir do ser interpretante.

Extraí-se, assim, que a sistemática do círculo nos mostra três dimensões: o si mesmo, o outro e a tradição, nas quais imbricam-se passado, presente e futuro. Nesse processo de encontro com o estranho, o intérprete se revela para si mesmo, por meio de seus próprios preconceitos, enquanto o outro, isto é, o objeto a ser questionado, manifesta-se para ele, cuja interação se dá na tradição como lugar comum de ambos.

4. O OPERAR DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Em decorrência da necessidade da ciência do direito em racionalizar e explicar sua interpretação e aplicação, surge a hermenêutica jurídica como uma teoria geral destinada ao estabelecimento do sentido adequado da ordem normativa. O desenvolvimento desta específica área da hermenêutica se pauta pela concepção iluminista do direito, por meio da qual desemboca o desenvolvimento do positivismo jurídico e, por conseguinte, sua teoria da interpretação e aplicação do direito, comprometida com o ideal exegético da precisão e da busca da vontade do texto da lei.

A partir desse prisma, a concretização do direito resta limitada por uma abordagem formal positivista, restrita às categorias da dogmática jurídica, manejada por um intérprete pretensamente alheio às condições

que o rodeiam e, consequentemente, enxergando e refletindo o direito, enquanto fenômeno hermenêutico, sob o pretexto de uma suposta neutralidade ideológica exigida pela ciência pura do direito.

Para alcançar um resultado imparcial e científico, esse modelo acaba por relegar as necessidades sociais e as concepções ético-jurídicas, cingindo-se a observar a correção metodológica e desprezando as condições prévias que acometem o ser interpretante, tornando-o incapaz de perceber a essência de si mesmo e daquilo que se propõe a compreender (LIXA, 2000, p. 152).

Como decorrência da razão iluminista amparada no cientificismo das ciências da natureza e, como corolário, na proposta de um individualismo exacerbado, projetaram-se operadores do direito distantes dos fatos postos em questão, por estarem limitados aos discursos de fundamentação como forma de fielmente cumprir a vontade geral por ela instrumentalizada, impedindo a capacidade de reflexão do intérprete, em função da necessidade de manter uma ordem valorativa preexistente.

Diante do esgotamento desse modelo técnico-científico, ante a insuficiência frente às demandas da sociedade pós-modernista, a hermenêutica filosófica gadameriana se constitui em um novo referencial teórico com o objetivo de superar as contradições da modernidade, por meio de um diálogo questionador com a tradição do pensamento jurídico, fazendo com que o jurista lance um olhar sobre si mesmo, posicionando-se frente ao seu mundo e problematizando sua prática.

Sob esse prisma, a interpretação é alcançada sem arbitrariedades, vigiada que está pela historicidade da compreensão, pelo diálogo crítico provocado pela fusão de horizontes, enfim, produto de um círculo da compreensão que afasta os pré-juízos inautênticos, por meio de uma análise crítica do objeto interpretado, a partir de um movimento livre e permanente de revisão dos preconceitos, bem como do constante e circular questionamento da tradição pelo novo, em sintonia com o mundo circundante. Isso leva o operador do direito a partir das peculiaridades do caso concreto para a efetivação do direito, não se atendo

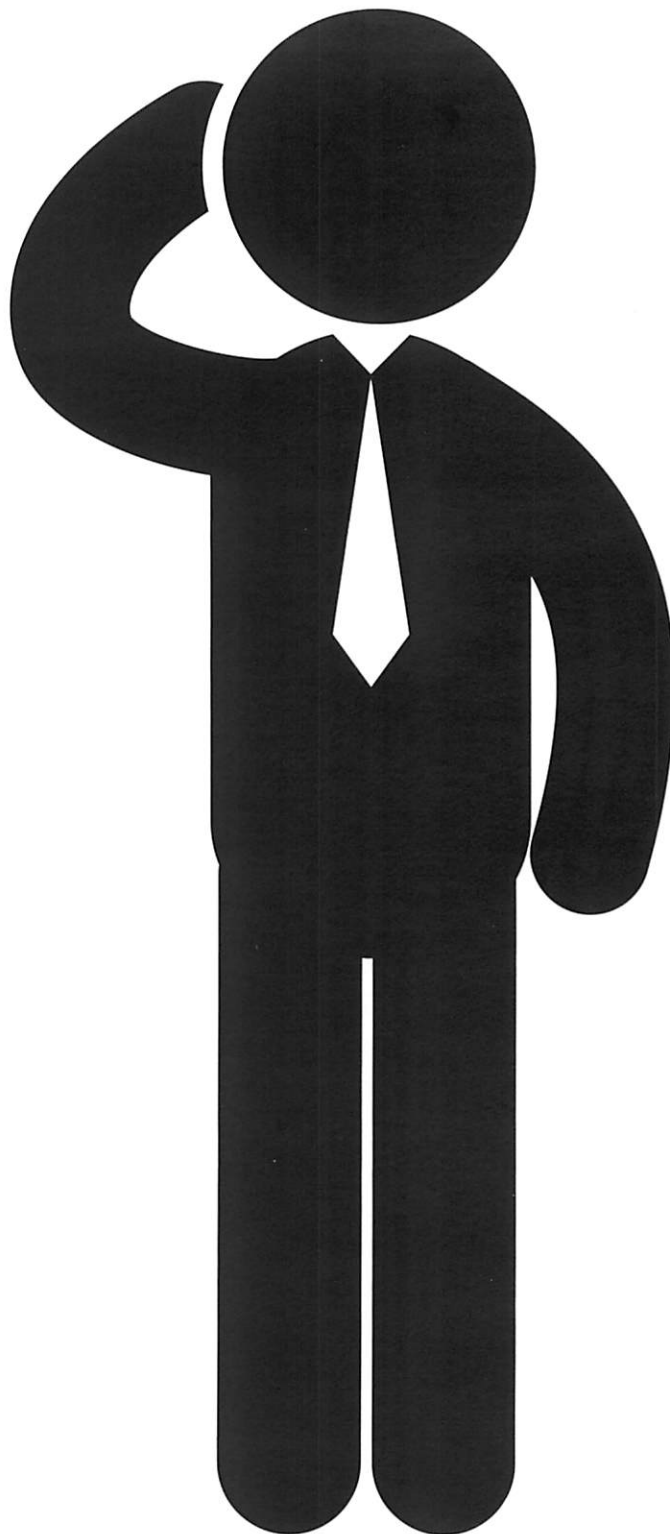
apenas aos significados normativos genericamente fundamentados.

Essa ruptura de paradigma provocada pela hermenêutica filosófica traz como uma de suas consequências a possibilidade de superação do positivismo e, como corolário, do dogmatismo imperante na hermenêutica jurídica. Com isso, chega-se à conclusão de que o método não é mais imprescindível para se chegar à compreensão, isto é, para compreender, interpretar e aplicar o direito, fazendo com que prática e teoria se relacionem articuladamente dentro do círculo hermenêutico.

Na atualidade, as ideias de Gadamer podem ser vistas, e frequentemente são, como desconexas com a modernidade imperante nos tempos contemporâneos, todavia, para muitos ele foi além de seu tempo, sendo um precursor pós-modernista³ ao questionar as bases metodológicas do iluminismo. Ele não compactua com o ceticismo consistente na necessidade da respeitabilidade científica em todos os acontecimentos. Da mesma forma, vê na modernidade cientificista uma capacidade de obscurecer verdades mais profundas.

Todavia, Gadamer não ignora ingenuamente a existência das distorções ideológicas, por isso propõe os recursos da hermenêutica filosófica para superá-las, adotando a opção por uma comunicação transparente, tendo por instrumento o diálogo, a tradição, a fusão de horizontes, enfim, o círculo hermenêutico, em que o eu do ser interpretante é deslocado de uma posição central e absoluta, para ser posto em uma relação de compreensão circular (ROHDEN, 2009, p. 71).

Por ser transmetodológica (LIXA, 2000, p. 150), a hermenêutica gadameriana possibilita alcançar o sentido da compreensão do direito, tangenciando os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica, o quais fazem da interpretação um ato de submissão ao sentido imanente do texto, que seria primeiramente revelado para, somente depois, ser adequado às contingências sociais, ou seja, primeiro interpretado para posterior aplicação, conforme defendido por Betti.



A hermenêutica jurídica não encampa a função meramente contemplativa, uma vez que se destina à realização de um fim, ou seja, não há interpretação sem relação social, pois é no caso concreto que surge o sentido único e irrepetível (STRECK, 2011, p. 288). Diante disso, é na aplicação que se dá a produção de sentido, que se aplicam conteúdos, ou seja, o sujeito

não interpreta para conhecer, nem aplica o que compreendeu.

Por isso, diz-se que a evolução da hermenêutica metodológica para a filosófica culminou porfindar com o interpretar por partes, característico da hermenêutica clássica e defendido pela teoria discursiva do direito. Também por esse motivo não se admite a distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação, uma vez que a fundamentação discursiva prévia não observa as peculiaridades do caso concreto, isto é, do mundo prático (STRECK, 2011, p. 127).

Observe-se, entretanto, que não ficou só na velha tradição a defesa da autonomia entre compreender e aplicar o texto, uma vez que a própria teoria discursiva do direito, de Habermas e Günther, defende sua realização de forma separada, notadamente da applicatio. Também para a ciência moderna a aplicação não pertence ao fenômeno da compreensão, uma vez que o intérprete deveria buscar compreender o texto de acordo com sua versão originária, sem se vincular a nenhuma situação concreta.

No entanto, a proposta de Gadamer não concebe a cisão discursiva ao instituir compreensão, interpretação e aplicação em um só momento, exatamente porque o círculo hermenêutico envolve o jurista no processo compreensivo, não estando simplesmente à sua disposição. As peculiaridades de cada caso, isto é, a facticidade não pode ser relegada pelo positivismo jurídico, por não ser possível simplesmente fundamentar a aplicação da norma de forma genérica, uma vez que a adequação exige um juízo discursivo singular. A cisão entre interpretar, compreender e aplicar mostra-se incompatível com o modo prático do ser-no-mundo, pois não se fundamenta uma norma se seu sentido não se dá no caso concreto.

A aplicação das propostas da hermenêutica filosófica visa exatamente desvelar as particularidades de cada caso, atribuindo ao julgador um caráter produtivo e não meramente reprodutivo do sistema jurídico, por meio do resgate do mundo presente no fenômeno normativo. Nela, a reflexão do julgador acerca do caso concreto dá-se a partir de seus pré-juízos, fundindo seu horizonte com o da norma, em uma

interação com o mundo circundante, procedimento apto a revelar a compreensão normativa adequada e destinada à justa solução da caso.

A partir dessa concepção gadameriana, Lenio Streck propõe uma hermenêutica não mais metodológica, nem meramente reprodutiva, mas sim produtiva por meio da circularidade que encampe os sujeitos e o objeto, em um processo em que compreender é interpretar e aplicar (STRECK, 2010, p. 73).

Para o referido autor, pretender antecipar qualquer dessas fases seria o mesmo que conceituar algo sem a presença do objeto, como se a linguagem fosse manipulável, capaz de manejar sentidos, isto é, mero objeto do sujeito. Não há interpretação sem relação social, pois é no caso concreto que surge o sentido único e irrepetível. Como o intérprete não domina a tradição, os sentidos atribuídos ao texto fogem à sua vontade, com isso o processo unitário da compreensão se transforma em uma blindagem contra as opiniões arbitrárias (STRECK, 2011, p. 288).

O corolário desse entendimento é a não aplicação do método subsuntivo, tão arraigado à nossa cultura jurídica positivista, pois como o processo unitário da compreensão não trabalha com conceitos alheios ao caso dado, uma vez que sem facticidade não se tem a norma, a simples hipótese do processo silogístico-subsuntivo não garante uma aplicação.

Diante disso, também não há como se acatar a distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação, uma vez que o sentido da norma se dá no caso concreto, sendo logicamente impossível que a norma seja prefixada na fundamentação, o que daria ensejo a um círculo vicioso, em que o fundamento da aplicação seria a aplicação do fundamento (STRECK, 2011, p. 127).

Para Lenio Streck seria paradoxal a cisão desse processo, pois se aplicar significa empregar o que já está feito, mas se não podemos eliminar a pré-compreensão, então como seria possível aplicar o que foi justificado anteriormente ao próprio ato de aplicar, ou seja, como é possível fundamentar sem que se tenham as condições que possibilitam a

fundamentação, quando seria exatamente a aplicação quem gera a fundamentação? Admitir isso eliminaria o círculo hermenêutico, que se sustenta exatamente na pré-compreensão, antecipação de sentido (STRECK, 2011, p. 132).

Como se percebe, enquanto para a hermenêutica filosófica o mundo prático conduz a uma compreensão fenomenológica, alcançando uma verdade conteudística, para a teoria do discurso, arvorada em um mundo vivido, a verdade é meramente procedimental, divergindo paradigmaticamente daquilo que aqui é defendido (STRECK, 2011, p. 114).

5. CONCLUSÃO

Com a aplicação de todo esse instrumental teórico à hermenêutica jurídica busca-se questionar a tradição positivista, conduzindo o jurista a repensar o próprio direito, com isso, desocultando de seu horizonte a pré-compreensão reducionista do direito àquilo que apenas está normatizado, o que culminou por torná-lo, sob a roupagem legal-formalista, instrumento dos interesses do Estado.

A instrumentalização dos métodos interpretativos pela dogmática jurídica oculta o compromisso ideológico com os deslindes direcionados pela prática judicial, sob a aparência de uma reflexão científica que busca legitimar a pretensa neutralidade dos juristas e, conseqüentemente, a verdade por eles apresentadas (STRECK, 2009, p. 107-108).

Como corolário do positivismo, assentado no arcabouço epistemológico iluminista, culminou por chegar àquilo que ele inicialmente visava combater⁴, o juízos arbitrários conferidos aos textos legais, por trás dos quais restam ocultas as particularidades do caso concreto, tendo em vista os acobertamentos dogmaticamente abstratos.

Se antes as incertezas na aplicação do direito eram decorrentes da arbitrariedade monárquica, o iluminismo não as corrigiu, tendo apenas alterado os atores, uma vez que com a distância

das particularidades da causa, limitando o direito à normatividade positivada, em um mundo moderno extremamente complexo, as incertezas agora estão no arbítrio dos aplicadores do direito, em decorrência das múltiplas possibilidades de respostas para casos semelhantes, simplesmente de acordo com a consciência do julgador, ou seja, os desdobramentos do iluminismo acabaram por gerar exatamente a incerteza e o arbítrio que pretendiam superar.

Diante desse cenário, impõe-se uma reflexão acerca da essência do direito e, como consequência, da própria hermenêutica jurídica, submetendo-a a uma filtragem filosófica, capaz de desocultar o horizonte necessário à reconstrução de um paradigma crítico da hermenêutica jurídica.



Defende-se, assim, que somente com o auxílio da hermenêutica filosófica, ao aplicador do direito será possível alcançar a resposta jurídica adequada, evitando arbitrariedades interpretativas e rompendo com a instrumentalização do direito para a manutenção das relações sociais, pautado pela racionalidade cartesiana.

Nesse sentido, a contribuição das correntes críticas do direito⁵ possibilitaram o surgimento de um modelo que direciona sua crítica à ingênua concepção de uma epistemologia que ignora a pré-compreensão que constitui o ser. Com essa crítica, essas teorias desocultam a racionalidade iluminista consistente na concepção do direito como mero instrumento que tangencia o conhecimento reflexivo (STRECK, 2009, p. 192).

Daí a importância da hermenêutica filosófica para a interpretação jurídica, ao propor a compreensão como processo consciente que rompe com a dominação por meio do discurso jurídico, na medida em que não se busca mais o correto sentido das palavras da lei, mas sim compreender uma situação hermenêutica, a partir de uma situação concreta inserta em uma dada realidade social (LIXA, 2000, p. 194-196).

Uma das consequências do fracasso do modelo de regras é o avultamento do espaço da jurisdição constitucional, mormente a partir da institucionalização da moral no direito, motivo pela qual ganha relevo a discussão acerca do direito e da democracia, ante a necessidade de controlar a aplicação do direito pelo julgador, com o que o processo da compreensão hermenêutico-filosófico contribui, apresentando-se como um novo paradigma de leitura hermenêutica do problema (STRECK, 2009, p. 338-339).

Assim, com a descrença no processo subsuntivo positivista, diante das arbitrariedades quando da resolução dos chamados casos difíceis, o desafio da hermenêutica jurídica está em conciliar a fluidez principiológica do constitucionalismo com os postulados do Estado Democrático de Direito, mormente sob o viés da tensão entre os Poderes.

Dessa forma, quando do processo interpretativo, a hermenêutica filosófica traz sua contribuição também para a legitimidade da jurisdição constitucional, na medida em que o movimento circular da compreensão envolve o intérprete, a norma e o mundo que o circunda, processo descrito pela noção do círculo hermenêutico gadameriano.

Em suma, no presente trabalho buscou-se partir da hermenêutica filosófica para explicar, fundamentar e legitimar o caminho trilhado pelo aplicador do direito, uma vez que a ilusão da neutralidade e objetividade cientificista, que gerou o positivismo, culminou por esbarrar nos entraves sociais não solucionados pela aplicação metodizada da letra da lei, dando causa à chamada crise do direito, a demandar a construção de um novo referencial teórico.

Não mais se concebe a hermenêutica jurídica como mera dogmática destinada a uma reprodução formal e racionalista da norma, uma vez que a influência da filosofia hermenêutica enseja uma atividade criativa do intérprete, sobretudo sob o viés da tradição humanística, transcendendo o discurso meramente dogmático. Daí a contribuição de Gadamer para a emancipação do pensamento jurídico.

Registre-se, no entanto, que a hermenêutica filosófica não pretende construir uma epistemologia da interpretação, pelo contrário, ela busca exatamente demonstrar que uma teoria do conhecimento não é essencial e nem suficiente para se chegar à compreensão. Além disso, não se pretende lançar a hermenêutica jurídica no campo da mera subjetividade e arbitrariedade, para tanto a proposta de Gadamer prevê o diálogo, o questionamento na lógica da pergunta e resposta, a fusão de horizontes, a confrontação crítica a partir do desvelamento de um novo sentido até então oculto, enfim, o operar do círculo hermenêutico como fator de legitimação da nova hermenêutica jurídica.

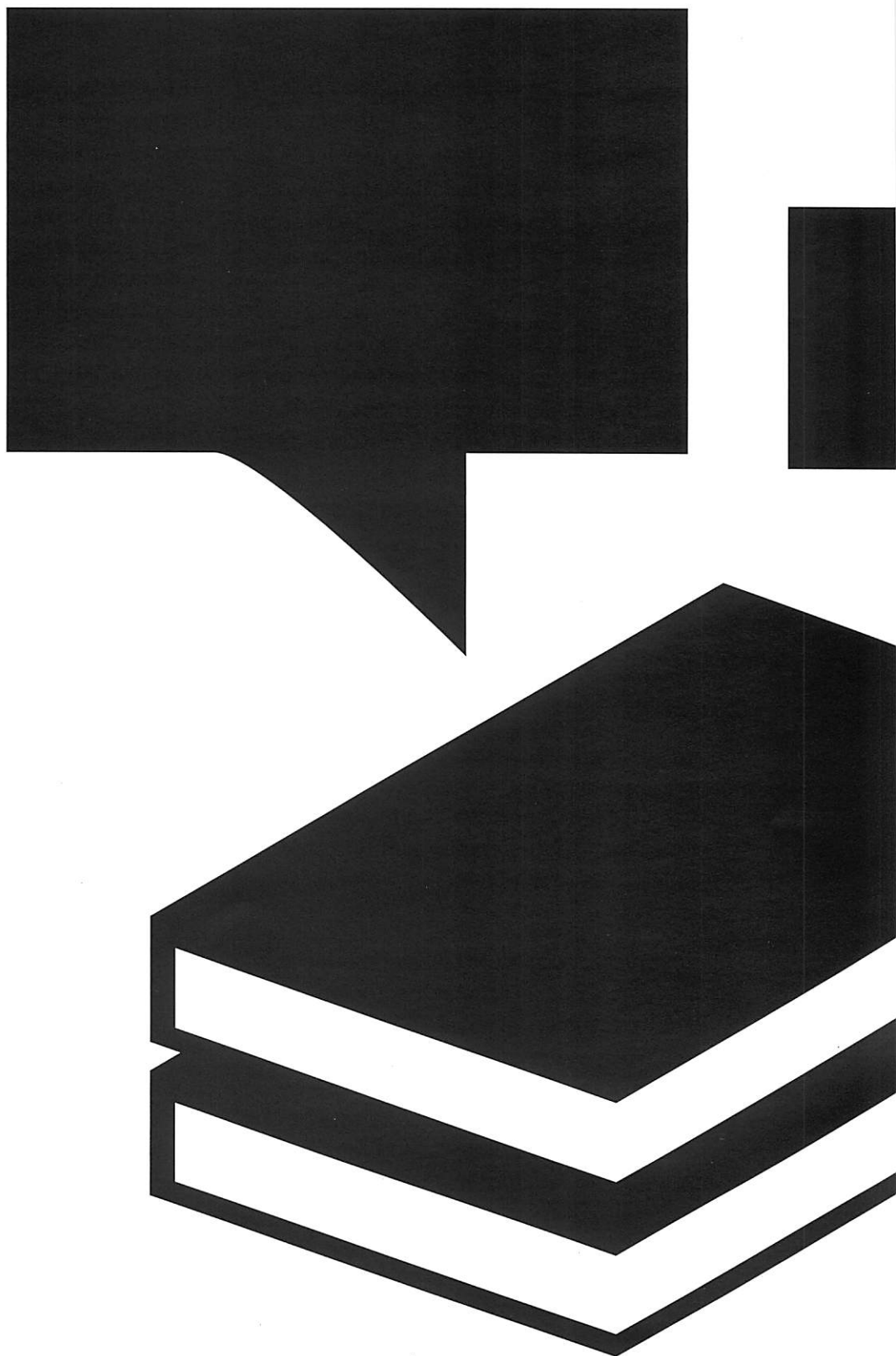
Importante não esquecer, também, para que não se dê margem a críticas infundadas, que Gadamer não se opõe inexoravelmente ao método, opõe-se à pretensão de exclusividade do método como meio de alcançar a verdade. Por falar em críticas, aquelas opostas às ideias de Gadamer surgem da compreensão

equivocada de suas propostas, talvez a verdade sobre sua teoria seja alcançada exatamente se aplicados seus preceitos na compreensão dela mesma, não tomando como incondicional e inflexível suas próprias ideias.

Logicamente que o referencial teórico aqui seguido não está imune a críticas, ainda mais quando se cuida de apostas hermenêuticas em tempos de racionalismo cientificista. Da mesma forma, as diversas teorias do direito na atualidade, inclusive aquelas aqui defendidas, não podem ser consideradas infalíveis. O que se pretendeu desenvolver foi uma proposta sob um paradigma diverso daquele que atualmente prevalece, o qual se nos apresenta com substância suficiente para forjar um nova discussão sob esse prisma, apto a contribuir para a reflexão e superação das insuficiências acerca daquilo que atualmente ainda impera.

A fenomenologia pode ser entendida como o modo próprio que cada ente tem de se revelar ao investigador, devendo as constatações filosóficas serem feitas a partir dessa autorrevelação. A partir desse conceito, a fenomenologia se transformou em uma teoria “guarda-chuva”, sob a qual inúmeras fenomenologias regionais se estruturaram, dentre elas a filosofia

hermenêutica de Freiburg. LUZ, Vladimir de Carvalho. A verdade dos jurista: senso comum teórico e pré-compreensão – contribuição para uma hermenêutica crítica do (e no) direito. Tese (doutorado) – Universidade



do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010. Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, p. 171. Edmund Husserl é considerado o pai da fenomenologia, movimento opositor ao psicologismo, que entende que o conteúdo de nossas afirmações provém da nossa própria estrutura psicológica. Para Husserl, o fenômeno é o que é presente à consciência de forma pura, e a fenomenologia é o método pelo qual se faz a leitura desse fenômeno, isto é, atingimos a essência do fenômeno. STEFANI, Jaqueline. **A constituição do sujeito em Paul Ricoeur: uma proposta ética e hermenêutica**. Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação Filosofia, 2006. Orientação: Prof. Dr. Luiz Rohden, p. 24.

Gadamer destaca que o conceito e o fenômeno de horizonte de Husserl não é uma fronteira rígida, mas algo que se desloca com a pessoa e que convida a que se continue a caminhar. In: *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meure. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 330.

A filosofia pós-moderna surge como consequência da exacerbação do modernismo decorrente do iluminismo, opondo-se à fundamentação da filosofia em um princípio universal, diante da profunda desconfiança da cultura contemporânea em relação a ideias totalizantes, a exemplo da razão e do progresso científico como instrumentos da emancipação do homem. Além de Gadamer, recebe também a influência das ideias de Nietzsche, Wittgenstein e Heidegger.

Na primeira metade do século XVII foram erigidos os pilares do Estado constitucional na Inglaterra. Enquanto o absolutismo avançava na Europa continental, foram rechaçadas, na experiência inglesa, as pretensões absolutistas, refreadas com o despertar da consciência jurídica e da compreensão teórica das condições constitucionais da liberdade. Com isso, houve a juridicização do fator político do liberalismo, encaminhando-se no sentido de configuração do poder político dentro de limites específicos que garantissem a liberdade, de acordo com a linha do pensamento jusnaturalista e do constitucionalismo escrito, mediante instrumentos jurídico-formais que sublinhassem o significado das classes médias e das

minorias instruídas. O objetivo dessa juridicização do poder político visava predominantemente estabelecer as seguintes vertentes negativas: limitar o poder monárquico, despersonalizar e objetivar o direito, assegurar o poder político às minorias cultas, vinculadas à burguesia, através do sistema representativo manifestado no voto censitário.

Essa designação abriga um conjunto de movimentos e de ideias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. Enfatiza, portanto, o caráter ideológico do direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder, preconizando a atuação concreta do operador jurídico. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 229.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco. **Dilthey: um conceito de vida e uma pedagogia**. São Paulo: Perspectiva: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e contexto social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Fundamentos filosóficos da interpretação do direito: o romantismo**. São Paulo: Rideel, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

_____. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meure. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRONDIN, Jean (org.). **O pensamento de Gadamer**. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Paulus, 2012.

_____. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica: para uma crítica da hermenêutica de Gadamer**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução Hélio Magri Filho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

LIXA, Ivone F. Morcilo. **A possibilidade de revisão da hermenêutica jurídica tradicional a partir de elementos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2000. Orientação: Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer.

LUZ, Vladimir de Carvalho. **A verdade dos jurista: senso comum teórico e pré-compreensão – contribuição para uma hermenêutica crítica do (e no) direito**. Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010. Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

KESKE, Henrique Alexander Grassi. **O círculo hermenêutico enquanto ruptura e continuidade do dizer filosófico**. Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2013. Orientação: Prof. Dr. Luiz Rohden.

ORTEGA Y GASSET, Jose. **Kant. Hegel. Dilthey**. Madri: Revista de Occidente. 1958.

PECORARO, Rossano (org.). **Os filósofos: clássicos da filosofia**. Vol. III. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

PEGORARO, Evandro. **Que é compreender? Estudos a partir de Hans-Georg Gadamer**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2010. Orientação: Prof. Dr. Nythamar Fernandes de Oliveira Júnior.

RICOUER, Paul. **Interpretação e ideologias**. Organização, tradução e apresentação Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

RUBENICH, Alexandre. **A verdade em sua**

compreensão: um estudo sobre a gênese do § 44 de Ser e Tempo. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de de Pós-Graduação Filosofia, 2009. Orientação: Prof. Dr. Mário Fleig.

SÁ, Waltenberg Lima de. **Fundamentos filosóficos para uma crítica e legítima aplicação do direito: o operar do círculo hermenêutico na compreensão jurídica**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Sergipe, Programa de de Pós-Graduação em Direito, 2014. Orientação: Prof. Dra. Constança T. M. César.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica – Arte e técnica da interpretação**. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. Petrópolis, RJ: Vozes.

SCHÜLER Arnaldo. **Dicionário Enciclopédico de Teologia**. São Leopoldo: ULBRA, 2002.

SILVA JÚNIOR, Almir Ferreira da. **Estética e hermenêutica: a arte como declaração de verdade em Gadamer**. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Filosofia. São Paulo, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulos: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, António Braz. **Breve tratado da razão jurídica**. Portugal: Zéfiro, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

Autor Convidado

Edson Ulisses de Melo Desembargador Membro Integrante da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Sergipe. Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Conselheiro da Escola Superior de Magistratura. Ex-Procurador Geral do Estado de Sergipe. Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Sócio-fundador do IBDFAN-SE. Ex-Presidente da OAB-SE. Ex-Conselheiro do Conselho Federal da OAB. Ex-Presidente da Comissão Nacional de Direitos Humanos. Ex-Presidente da Comissão Nacional de Combate à Violência. Pós-graduado em Processo Civil e em Direito Público pela Universidade Integrada Tiradentes. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Ex-Professor da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes. Ex-Advogado militante nas áreas de Direito Público e Privado. Participou da Jornada de Estudos da Associação dos Magistrados Brasileiros em Ottawa-CA, na Faculte des Sciences Sociales - Université d'Ottawa). Participou do Curso de Formação El Control de Constitucionalidad de las Leyes, em Cádiz-ES. Palestrante em diversas conferências nacionais da OAB. Autor de diversos artigos jurídicos, notadamente na área de Direitos Humanos.



Edson Ulisses de Melo

Desembargador Membro Integrante da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Sergipe. Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Conselheiro da Escola Superior de Magistratura. Ex-Procurador Geral do Estado de Sergipe.

1. PAINEL BRASILEIRO

A Constituição Brasileira de 1988, em seu art.227, determina que as crianças e os adolescentes têm prioridade absoluta. Igual mandamento foi estabelecido, também, na Lei Complementar 8.069, de 13 de julho de 1990.

Lei fundamental e suprema do país, a Constituição da República Federativa do Brasil, foi promulgada em 5 de outubro de 1988. Esta Carta Magna pode ser considerada o auge de todo o processo de redemocratização brasileiro, pois marcou o início da consolidação da democracia, após os anos de ditadura militar.

Dentre os avanços trazidos pela aludida Carta Política, encontram-se: a criação do SUS como sistema único de saúde no país, o voto facultativo para cidadãos entre 16 e 17 anos, uma maior autonomia para os municípios, a garantia de demarcação de terras indígenas, a criação da Lei de proteção ao meio ambiente, a garantia de aposentadoria para trabalhadores rurais sem que precisem ter contribuído com o INSS, o fim da censura a emissoras de rádio e TV, filmes, peças de teatro, jornais e revistas, etc e a redução do mandato presidencial de cinco para quatro anos.

Há de ser destacado também o disposto no art.227 da nossa Lei Fundamental: é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade,

o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

2. RETROSPECTIVA HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

Se fizermos uma retrospectiva dos atos normativos criados nos últimos anos visando proteger a criança e o adolescente, veremos que os esforços empreendidos foram diversos.

Em 1919 a Liga das Nações, à época, criou o **Comitê de Proteção da Infância**, diante da quantidade de crianças e adolescentes órfãos após a Primeira Guerra Mundial. A existência deste comitê faz com que os Estados não sejam os únicos soberanos em matéria dos direitos da criança. Em 1923, Eglantyne Jebb (1876-1928), fundadora da Save the Children, formula junto com a *União Internacional de Auxílio à Criança* a **Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança**, conhecida por *Declaração de Genebra*. Em 1924 já se nota a preocupação internacional em assegurar os direitos de crianças e adolescentes, como foco de discussão entre as nações e a Sociedade das Nações adota a **Declaração de Genebra**.

Já em 1927, durante o IV Congresso Panamericano da criança, dez países americanos

(Argentina, Bolívia, Brasil, Cuba, Chile, Equador, Estados Unidos, Peru, Uruguai e Venezuela) subscrevem a ata de fundação do **Instituto Interamericano da Criança** (IIN - *Instituto Interamericano del Niño* - hoje vinculado à OEA e estendido à adolescência), organismo destinado à promoção do bem-estar da infância e da maternidade na região.

No ano de 1934 a Liga das Nações aprova, pela segunda vez, a Declaração de Genebra. Foi, entretanto, somente depois do fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação da ONU e sua subsidiária específica para a criança - a **UNICEF** - a partir da década de 1950, que os países passaram a mais detidamente debruçar-se sobre a situação dos menores. Em 1946 o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas recomenda a adoção da Declaração de Genebra.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, um movimento internacional se manifesta a favor da criação do **Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância - UNICEF**; em 1948 a Assembléia Geral das Nações Unidas proclama a **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nela os direitos e liberdades das crianças e adolescentes estão implicitamente incluídos.

Em 1959 é aprovada, por unanimidade, a **Declaração dos Direitos da Criança**. Entretanto, este texto não é de cumprimento obrigatório para os estados-membros. Em 1959 a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, aprimorada com as chamadas: 1- "*Regras de Beijing*", de (1985); 2- Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução nº 45/110, de 14 de Dezembro de (1990) e 3- as "*Diretrizes de Riad*", para prevenção da delinquência juvenil (1990).

No Continente Americano, o tratado celebrado em 1969 - o "*Pacto de São José da Costa Rica*" - estabelece, em seu art.19, que "*toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado*". Em 1979 se celebra o **Ano Internacional da Criança**. São realizadas atividades comemorativas ao vigésimo aniversário da Declaração dos Direitos da Criança. Em



1983 diversas ONGs se organizam para elaborar uma **Convenção sobre os Direitos da Criança**, possuindo o estatuto de consulta, junto à ONU.

Em 1989 a **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança** é adotada pela Assembleia Geral da ONU e aberta à subscrição e ratificação pelos Estados. É um tratado que visa à proteção de crianças e adolescentes de todo o mundo, aprovada na Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Em 1990 se celebra a **Cúpula Mundial de Presidentes em favor da infância**. Nesta cúpula se aprova o Plano de Ação para o decênio 1990-2000, o qual serve de marco de referência para os Planos Nacionais de Ação para cada Estado parte da Convenção. Em 2011 é celebrado o **Ano Interamericano da Infância e Adolescência**.

3. PRINCÍPIOS GERAIS DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Dentre os princípios consagrados por este tratado estão o direito à vida, à liberdade, as obrigações dos pais, da sociedade e do Estado em relação à criança e adolescente.

Os estados signatários ainda comprometem-se a assegurar a proteção dos menores contra as agressões, ressaltando em seu art.19 o combate à sevícia, à exploração e à violência sexual.

As crianças, como pessoas e sujeitos de direito, podem e devem expressar suas opiniões nos temas que lhes afetam. Suas opiniões devem ser escutadas e levadas em conta na agenda política, econômica ou educacional de um país. Desta maneira se cria um novo tipo de relação entre crianças e adolescentes e aqueles que decidem por parte do Estado e da sociedade civil.

Sobrevivência e desenvolvimento - As medidas que tomam os Estados-membros para preservar a vida e a qualidade de vida das crianças devem garantir um desenvolvimento com harmonia nos aspectos físico, espiritual, psicológico, moral e social, considerando suas aptidões e talentos.

Interesse superior da criança - Quando as instituições públicas ou privadas, autoridades, tribunais ou qualquer outra entidade tomar decisões acerca das crianças, devem considerar aquelas que lhes ofereçam o máximo bem-estar.

Não-discriminação - Nenhuma criança deve ser prejudicada de forma alguma por motivos de raça, credo, cor, gênero, idioma, casta, situação ao nascer ou por padecer de alguma deficiência física.

4. PAISES SIGNATÁRIOS DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

A Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificada pela quase totalidade dos Estados-membros das Nações Unidas: 193 países. Somente dois países não ratificaram a Convenção: os Estados Unidos e a Somália - que sinalizaram sua intenção de ratificar a Convenção ao assinar formalmente o documento.

5. LEVANTAMENTO ESTATÍSTICO DA SITUAÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES HOJE

5.1 NO MUNDO

O levantamento estatístico ora analisado, leva em conta fatos ocorridos até o ano de 2012.

Verificou-se que, no mundo, 100 milhões de crianças e adolescentes passam a maior parte do seu tempo nas ruas, ao passo que 13 milhões delas se tornam órfãos devido à AIDS, enquanto 750 mil crianças e adolescentes no Reino Unido não vêem seus pais por causa do materialismo.

130 milhões de crianças e adolescentes não têm acesso à educação. Na Índia, 100 milhões de crianças e adolescentes abandonam a escola.

A Tanzânia gasta 9 vezes seu orçamento com a saúde e 4 vezes seu orçamento com a educação, com o pagamento de dívidas. 160 milhões de crianças são mal nutridas. 600 milhões de crianças vivem com menos de um dólar por dia. 2 milhões de crianças morrem todos os dias por não terem sido imunizadas. 30 mil crianças morrem a cada dia de doenças que poderiam ser evitadas. 250 mil crianças e adolescentes são infectados pelo vírus da AIDS a cada mês. A cada ano, 40 milhões e crianças morrem vítimas do aborto.

250 milhões de crianças e adolescentes trabalham em todo o mundo. 300 mil adolescentes, com menos de 18 anos de idade, são explorados como soldados. 10 milhões de crianças e adolescentes são vítimas da indústria do sexo.

5.2. NO BRASIL

De outro giro, no Brasil, 35,9% da população total é constituída por crianças e adolescentes (de 0 a 17 anos). Em números absolutos são 61 milhões de crianças e adolescentes.

Constatou-se que um em cada cinco bebês nascidos são de mães adolescentes. A porcentagem de gravidez durante a adolescência subiu 15,3% em 1991 para 20% em 2002.

4,7% das crianças e adolescentes apresentam algum tipo de deficiência. A incapacidade ou grande dificuldade permanente de enxergar é a deficiência de maior ocorrência.

Em 2000, morreram, em média, 30 crianças antes de completar um ano de idade, por mil nascidas vivas. Cerca de 500 mil crianças com até cinco anos morrem anualmente no Brasil, sendo que 30% das mortes são causadas por diarreia; Há 36,8 mil jovens, com idade entre 13 e 14 anos, portadores do vírus da Aids. Desses, 23,3 mil são homens e 13,6 mil, mulheres. A maioria é heterossexual e contraiu o HIV durante relações sexuais.

A mortalidade infantil na região do semi-árido brasileiro é superior à média nacional em 95%

das suas cidades; e cerca de 33,8% dos óbitos das crianças com menos de um ano ocorrem por doenças que poderiam ser evitadas – grande parte devido à carência nutricional.

A cada ano, 30 mil adolescentes passam por entidades de privação de liberdade. Cerca de 60% deles estão cumprindo penas inadequadas e sendo submetidos a medidas sócio-educativas ineficazes; Em 2002, 11,73% dos estudantes do Ensino Fundamental e 9,09% do Ensino Médio foram reprovados. Os números representam 4,8 milhões de reprovações entre os 51 milhões que terminaram o Ensino Básico em 2002.

Cerca de 20 mil crianças e adolescentes, com idades entre 10 e 16 anos servem ao narcotráfico. Mais de meio milhão de crianças, com idade entre 10 e 17 anos, são exploradas como trabalhadoras domésticas.¹

A morte de crianças e adolescentes cresceu 376% nos últimos 30 anos. Dados do “Mapa da Violência 2012 Crianças e Adolescentes do Brasil” mostram que os 8.686 assassinatos de adolescentes e crianças em 2010 representaram um aumento de 376% em relação a 1980.

O levantamento analisa as informações do Ministério da Saúde sobre as causas das mortes de pessoas entre zero e 19 anos de idade. O sociólogo Julio Jacobo Waiselfisz, coordenador da pesquisa, destaca o aumento na proporção de homicídios, de cerca de 11%, em 1980, para 43% em 2010.

“Os homicídios de jovens continuam sendo o calcanhar de aquiles do governo. Esse aumento mostra que criança e adolescente não são prioridade dos governos”, disse. Entre os estados em que houve maior aumento dos assassinatos de jovens estão Alagoas, com uma taxa de 34,8 homicídios por 100 mil habitantes, Espírito Santo (33,8) e Bahia (23,8). Emendas em tramitação no congresso nacional visando alterar o ECA para redução da Maioridade penal.

¹ Fontes: UNICEF, ONU, Fundação Getúlio Vargas, Family Policies Study Center, The Hindu, UN, World Vision, ILO, IBGE, Organização Internacional do Trabalho, Ministério da Saúde do Brasil, Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), Censo Escolar 2003.

6. CONCLUSÃO

Convém registrar que o critério adotado pelo legislador constituinte, em seu art.228 foi o etário (biológico), para definir a idade dos 18 anos como a real capacidade de discernimento da conduta, podendo, portanto ser responsabilizado por ela. ("São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos sujeitos às normas da legislação especial").

Segundo dados da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, o Brasil tem hoje mais de 20 mil adolescentes recolhidos em unidades de internação e delegacias especializadas, enquanto no sistema penitenciário adulto esse número supera a casa dos 500 mil presos.

No Ceará, de acordo com o segundo monitoramento do sistema socioeducativo, realizado em 2011 pelo Fórum DCA, o levantamento apontou que existem atualmente 958 adolescentes privados de liberdade, em 13 centros educacionais no Estado. Esses dados desmitificam a ideia de que o ECA protege demais e que, portanto, adolescentes que cometem atos infracionais não são responsabilizados.

Em Sergipe, a população do CENAM (definitivos) e USIP (provisórios) chegou a níveis alarmantes, inclusive com tratamento desumano aos internos, incluindo cenas de espancamento, registradas através de câmaras de TV, fato que levou o Poder Judiciário a interditar os dois estabelecimentos prisionais.

Destaque-se que a proposta de reduzir a idade penal, ou seja, de termos cada vez mais jovens no sistema penitenciário, não aponta para um futuro de mais respeito aos direitos da criança e do adolescente. Negar direitos não gera direitos! Uma sociedade mais punitiva colherá, inevitavelmente, mais violência.

Observa-se com esta análise que, enquanto

a Constituição Pátria e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem em seus textos prioridades em consonância com tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil, constitui um paradoxo assistir, com frequência, que "(...) os familiares da vítima, ou a própria vítima de um ato truculento da parte de um menor, **almejam** não a sua ressocialização, mas a dissociação desse "delinqüente" mediante a sobeja da vingança, de ver destruída a vida desse menor, em proporções iguais ou piores ao da sua vítima".

Neste afã, o clamor de justiça popular, balizado pelo estardalhaço veiculado na mídia, patrocina qualquer ideal mais gravoso e ortodoxo como uma "*novatio legis in pejus*", almejando verdadeiramente dar legitimidade a um critério excessivamente punitivo, para não dizer destrutivo.

No influxo deste impasse, certos políticos encontram terreno fértil para se promover à custa da desgraça alheia, propalando discursos intempestivos e imediatistas, muitas vezes desprovidos do próprio fundamento constitucional.

Assim, no Brasil, ao tentarem reduzir a maioria penal, para qualquer que seja a idade, é indispensável que, antes, cumpram-se os mandamentos constitucionais e do ECA, priorizando políticas públicas de saúde, educação integral, lazer e outras, direcionadas ao bem estar e apoio às crianças e adolescentes. Pois, do contrário, estaria se tentando estabelecer prioridades às avessas em relação à criança e ao adolescente, fato este, lamentável.



Escola Superior do Ministério Público de Sergipe

2015
POR UMA
SEGURANÇA
PÚBLICA
CIDADÃ



Eventos da Escola Superior **2014**

Abertura da Programação 2014

Foi com grande satisfação que a Escola Superior do Ministério Público realizou, no dia 17 de fevereiro, a abertura do calendário de eventos do ano de 2014 com o Seminário “Drogas uma Problemática Multidisciplinar”.

A primeira palestra, que teve como tema “Análise criminal e o tráfico de drogas”, foi proferida pelo Prof. Guaracy Mingardi, Doutor em Ciência Política pela USP/SP, e consultor do Ministério da Justiça para a política de combate ao crack.

Dando continuidade ao evento, o Juiz de Direito de Pernambuco e Doutor em Direito Penal pela USP, Flávio Augusto Fontes de Lima, falou sobre “Justiça Terapêutica”. A última palestra do seminário

ficou por conta do Senador da República, Antônio Carlos Valadares, que abordou o tema “O projeto de lei nº 37 da Câmara dos Deputados – que trata da prevenção do uso de drogas, da atenção à saúde do usuário e da repressão ao tráfico de drogas”.

Ainda no evento de abertura, houve a divulgação de toda a programação anual da ESMP para o ano de 2014 e a entrega dos Prêmios de Melhores Arrazoados Jurídico e Forense.

**// A Escola Superior do
Ministério Público
realizou a abertura do
calendário de eventos. //**







Seminário de Atendimento Socioeducativo

A Escola Superior do Ministério Público de Sergipe e o Centro de Apoio Operacional da Infância e Adolescência realizaram, no dia 10 de março, o Seminário: **"A Política de Atendimento Socioeducativo no Estado de Sergipe: O que fazer?"**

O evento contou com a presença do Coordenador do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, Dr. Cláudio Augusto Vieira da Silva, e do Coordenador da Rede Salesiana de Ação Social, Padre Agnaldo Soares Lima.

Durante o Seminário, o Dr. Cláudio Augusto apresentou o **"Plano Nacional Socioeducativo"**, em seguida, o Pe. Agnaldo ministrou a palestra **"O Plano Decenal e os desafios para a estruturação do SINASE, que emanam da Lei Federal 12594/12 (Lei do SINASE)"**.

Além disso, foram realizadas quatro oficinas, cada uma acerca de um dos tipos de atendimento socioeducativo: Meio Aberto, Semiliberdade, Internação Provisória e Definitiva.

Palestra Justiça Restaurativa

A Justiça Restaurativa traz um novo paradigma para a justiça. Sabendo da importância do tema, no dia 15 de abril, a Escola Superior do Ministério Público promoveu a palestra com o objetivo de apresentar os fundamentos culturais, sociais e ideológicos da Justiça Restaurativa.

A Palestra **"Justiça Restaurativa – Escolas de Perdão e Reconciliação"**, contou com a presença da Doutora e Mestra em Sociologia pela Universidade de São Paulo/ USP, com tese sobre justiça restaurativa, e Coordenadora das Escolas de Perdão e Reconciliação no Brasil, Dra. **Petronella Maria Boonen**.

No mesmo evento, aconteceu o lançamento da Revista nº 26 (2013) do MP/SE, recheada com artigos e peças jurídicas, a Revista fomenta o debate jurídico acerca de temas que guardem pertinência com a atuação ministerial.



CURSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS PARA O TERCEIRO SETOR

O rientar entidades e demais instituições do Terceiro Setor é uma tarefa importante, sabendo dessa importância a Escola Superior do Ministério Público em parceria com Centro de Apoio Operacional do Terceiro Setor, a Controladoria Geral do Estado (CGE/SE), a Controladoria Geral do Município (CGM), o Conselho Regional de Contabilidade (CRC/SE), a Procuradoria-Geral do Estado (PGE) e a Procuradoria-Geral do Município (PGM), realizaram o **Curso de Prestação de Contas para o Terceiro Setor**.

// Após o curso foi elaborada uma cartilha explicativa que serve de base para os gestores. //



“Esta parceria é necessária para que haja a efetiva fiscalização do erário e só quem tem a ganhar é a sociedade”, enfatizou a Diretora do CAOp do Terceiro Setor, a Promotora de Justiça Dra. Ana Paula Machado Costa Meneses, ao falar da importância da articulação dos Órgãos de Controle.

Durante dois dias, foram discutidos vários temas ligados a transparência e organização nas prestações de contas e nos convênios, por parte das entidades. “No primeiro momento, tratamos da execução e do acompanhamento dos convênios. Mas é importante ressaltar que após o curso foi elaborada uma cartilha explicativa que serve de base para que os gestores façam o bom uso dos recursos públicos”, explicou Dra. Ana Paula.

O Curso de Prestação de Contas fez parte do Projeto “ONG Transparente”, que tem o objetivo de auxiliar as entidades de interesse social na difícil busca pela autossustentabilidade.

PALESTRA “DERROTABILIDADE (*DEFEASIBILITY*) NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA”

// O Direito nem sempre é capaz de responder ao fato social, uma vez que podem acontecer os chamados casos extremos e o imponderável. //

Diversos profissionais e estudantes de Direito lotaram o auditório Promotor de Justiça Valdir de Freitas Dantas para prestigiar o primeiro evento científico da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe no segundo semestre de 2014.

A ESMP abriu a programação do semestre com a palestra “Derrotabilidade (*Defeasibility*) nas Relações de Família”, ministrada pelo jurista e Promotor de Justiça baiano, Dr. Cristiano Chaves de Farias

Recorrendo à Filosofia e a diversos ramos das Ciências Sociais, Dr. Cristiano Chaves explicou que o Direito nem sempre é capaz de responder ao fato social, uma vez que podem acontecer os chamados casos extremos (*extreme cases*) e o imponderável (citando o jusfilósofo espanhol Manuel Atienza Rodríguez). Em determinadas situações, segundo Chaves, o fato tem o condão de “derrotar” o sistema jurídico, pois a aplicação da lei poderia provocar efeitos deletérios na sociedade.

A palestra apresentou novos modelos de família e novas formas de convivência humana, demonstrando que a complexidade dos fatos e relações sociais reclamam a criação de novas categorias jurídicas.





CURSO DE DIREITO ELEITORAL

Visando desenvolver uma visão crítica sobre o processo eleitoral a todos os Membros e Servidores do MP/SE, a Escola Superior realizou, nos dias 22 e 29 de agosto o Curso de Direito Eleitoral.

O I Encontro aconteceu no dia 22 de agosto e teve como palestrante, o Procurador da República e Procurador Regional Eleitoral, Dr. José Rômulo Silva Almeida, que abordou o tema: **Perspectivas para aplicação da “Lei da Ficha Limpa”**.

O II Encontro aconteceu no dia 29 de agosto e teve como palestrante o Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, Dr. Marcos Vinícius Linhares, que tratou do tema: **Propaganda Política e Representação por propaganda irregular**.



CURSO PROTEÇÃO A VÍTIMA E TESTEMULHAS AMEAÇADAS

Sabendo da importância das vítimas e testemunhas no sistema processual, a ESMP, em cumprimento ao art. 3º da Resolução nº 93 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 14 de março de 2013, realizou, no dia 22 de setembro, **O Curso de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas**.

O curso teve como finalidade o aperfeiçoamento de Membros e Servidores do Ministério Público em relação ao Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas. A ministrante foi **Dra. Lívia Nascimento Tinôco**, Procuradora da República em Sergipe, que explanou sobre os aspectos práticos e normativos dos programas.

A Procuradora mostrou aos presentes como funcionam os Programas de Proteção a Vítimas e Testemunhas e Vítimas de Crimes – PROVITAS. De acordo com a palestrante, os Programas apresentam, como uma de suas principais necessidades, a preservação do sigilo em relação aos protegidos. Ela enfatizou a questão das rigorosas precauções, que findam por estabelecer verdadeira “lei do silêncio” dentro dos programas, que são responsáveis pelo marco zero do número de homicídios, ou mesmo de resgates criminosos das pessoas que se encontrem protegidas.

O Diretor da ESMP, Promotor de Justiça Dr. Newton Silveira Dias Júnior, ratificou a colocação da palestrante. “O papel do MP é essencial, já que, na maioria das vezes, requer a inserção de vítimas e testemunhas no Programa”, comentou.



MP/SE RECEBE CURSO SOBRE TABELAS UNIFICADAS NO CNMP

A Escola Superior do Ministério Público de Sergipe, em parceria com a Coordenadoria-Geral do MP/SE realizaram, nos dias **07 e 08 de outubro**, o **"4º Curso de Capacitação em Tabelas Unificadas do CNMP"**.

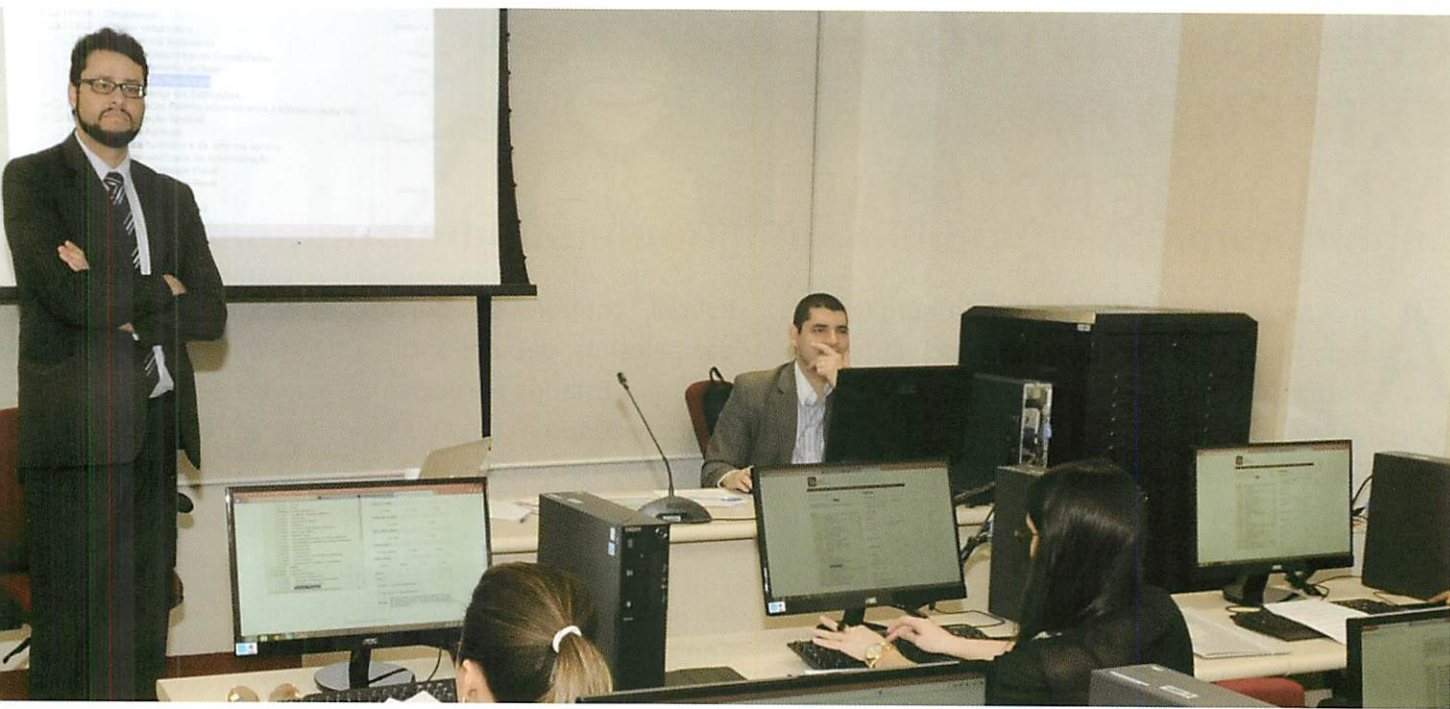
Após a solenidade de abertura no Auditório Promotor de Justiça Valdir de Freitas Dantas, o evento teve continuidade dos trabalhos no Laboratório de Informática do Ministério Público de Sergipe.

O objetivo do curso foi treinar servidores para manejarem as Tabelas Unificadas. Com uma linguagem simples e voltada para as atividades de rotina das Promotorias e das Procuradorias de Justiça, o CNMP busca demonstrar a lógica com a qual as Tabelas foram criadas, para quem for lidar diretamente com o cadastramento nos sistemas possa buscar a melhor solução.

"É um curso bastante prático e, nesses dias, os servidores entenderam como funcionam as quatro tabelas: classe, assunto, movimento e atividades não procedimentais. Para isso, trouxemos alguns exercícios, onde foram formuladas questões e os servidores fizeram buscas nas Tabelas, para obter qualquer tipo de informação dentro das áreas e temas disponíveis", explicou o Promotor de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Presidente do Comitê Gestor Nacional das Tabelas Unificadas, Dr. Fábio Barros de Matos.

Além de Dr. Fábio, também ministraram o curso o Conselheiro e Presidente da Comissão de Planejamento Estratégico do CNMP, Dr. Cláudio Henrique Portela do Rego, o Promotor de Justiça do DF, Dr. Luiz Gustavo Maia Lima, o Analista de TI do MP/RO, William Sérgio Azevêdo Guimarães, e o Assessor Técnico do CNMP, Pedro Arnaldo Ribeiro.





CURSO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL



A realização do evento no Estado surgiu de uma indicação da Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública do CNMP. A partir desta indicação, a Escola Superior do Ministério Público promoveu, nos dias 09 e 10 de outubro, o Curso de Controle Externo da Atividade Policial direcionado aos Membros e Servidores do MP, que teve como objetivo a apresentação de estratégias e boas práticas de atuação judicial e extrajudicial, discutindo a importância do controle externo.

Com uma programação extensa e diversificada, o curso trouxe temas como o “Contexto Político Atual do Controle Externo da Atividade Policial”, a “Criminologia do Desvio Policial”, e o “Controle de Auditoria da Atividade Policial: rotinas de inspeção em delegacias de polícia, controle de ocorrências policiais que não geram instauração de Inquérito

Policial, controle de objetos apreendidos”. Além das palestras, debates sobre a “Estrutura do MP/SE e demais Estados participantes para o exercício do Controle Externo da Atividade Policial” e oficinas de estudo de casos práticos também nortearam os trabalhos.

As palestras foram ministradas pelo Promotor de Justiça do MP do Distrito Federal e Territórios, Conselheiro e Membro da Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública do CNMP, Dr. Cláudio Henrique Portela do Rego; pelo Promotor de Justiça do MPDFT e Membro Auxiliar da Comissão de Planejamento Estratégico do CNMP, Dr. Luis Gustavo Maia Lima; pelo Promotor de Justiça do MPDFT, Dr. Thiago André Pierobom de Ávila; e pelo Promotor de Justiça do MPDFT, Dr. Marcelo da Silva Oliveira.





CURSO DE TÉCNICAS DE SEGURANÇA PESSOAL

Com o objetivo de aprimorar as condutas de segurança preventivas e ministrar técnicas de proteção com armas de fogo, a Escola Superior do Ministério Público de Sergipe (ESMP), em parceria com o G.S.I. (Gabinete de Segurança Institucional) e com o GAECO, realizaram, entre os dias 27 de outubro a 13 de dezembro, o **Curso de Técnicas de Segurança Pessoal**.

O Curso, voltado para os **Membros do Ministério Público de Sergipe**, foi dividido em dois níveis, o básico e o avançado.

O Nível básico foi direcionado para os Membros do MP/SE que não participaram do **I Curso de Técnicas de Segurança Pessoal** realizado pela ESMP no ano de 2013.

Durante o curso, os Membros do MP/SE aprenderam a manusear armas de fogo, já que os Promotores de Justiça têm autorização por lei para utilizarem armas de fogo para sua própria segurança. Além do manuseio e manutenção das armas, os Membros do MP tiveram aulas de defesa pessoal para aprofundar técnicas e táticas preventivas e defensivas com classificação de riscos médios e elevados.



II CURSO DE DIREÇÃO DEFENSIVA E EVASIVA PARA MEMBROS DO MP

De acordo com o número de interessados no curso de Direção Defensiva e Evasiva realizado no ano de 2013, em 2014, a Escola Superior, em parceria com o GSI – Gabinete de Segurança Institucional, promoveram, nos meses de novembro e dezembro, o **II Curso de Direção Defensiva e Evasiva**.

A capacitação foi dividida em duas turmas, a primeira, foi **destinada aos Membros do MP**, e a segunda, aos motoristas **de carros oficiais**, prioritariamente os que prestam serviços a Procuradores de Justiça.



O curso visou transmitir mecanismos de atuação para os Promotores e motoristas presentes, diante de eventuais ameaças em situações cotidianas, bem como reduzir os riscos nos deslocamentos emergenciais por vezes, realizados, aumentando assim a segurança do próprio condutor, dos seus familiares e dos demais usuários do trânsito. As aulas foram ministradas pelo Coronel da Polícia Militar, Luiz de Azevedo Costa Neto.





CICLO DE CAPACITAÇÃO EM PERÍCIA - "CINEMÁTICA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO"





A Escola Superior do Ministério Público de Sergipe em parceria com o Centro de Apoio Operacional de Segurança Pública e a Polícia Rodoviária Federal realizaram, o **primeiro curso, dentro do Ciclo de Capacitação em Perícia.**

O primeiro curso do ciclo, que aconteceu no dia **01 de dezembro**, abordou o tema **“Cinemática de Acidente de Trânsito”** e teve como objetivos principais: a apresentação da sistemática de atendimento do acidente de trânsito e a linguagem técnica utilizada na elaboração de Laudo Pericial e de Boletim de Acidente de Trânsito, a compreensão da importância da física aplicada na elucidação do acidente, apontando a causa determinante e fatores contribuintes, e a utilização mais eficiente e segura dos documentos referentes ao acidente de trânsito elaborado pela PRF em suas atividades profissionais específicas.

O evento foi destinado aos Membros do MP/SE e teve como ministrantes alguns instrutores específicos da Polícia Rodoviária Federal.

// O 1º curso do ciclo apresentou a sistemática de atendimento do acidente de trânsito e linguagem técnica. //



SUMÁRIO

ARTIGOS

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CRIME ORGANIZADO SOB O ENFOQUE DA LEI 12.850/2013	07
Ana Carolina Oliveira D'Avila	
ALIENAÇÃO PARENTAL	15
Denise Coelho De Almeida	
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA X MORALIDADE OBJETIVA	22
Erick Juliano dos Santos Ferreira	
É CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A LEGITIMAÇÃO DO ÓRGÃO QUE O EXERCE?	29
Fernando Luiz de Araujo Monteiro	
LEI DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PÚBLICAS – BREVE ANÁLISE JURÍDICA E DOS DESAFIOS	37
Ives Rocha	
O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: A CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA À LUZ DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA	43
João Victor Meneses	
A IMPORTÂNCIA DA COMUNICAÇÃO INTERPESSOAL NO ATENDIMENTO AO PÚBLICO NAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE SERGIPE	50
Lidiane Medeiros Mattos	
DIREITO FUNDAMENTAL AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO	59
Luã Silva Santos	
TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA	67
Luana Prata Monteiro	
DO RECONHECIMENTO DO NOME SOCIAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS E DO NOME CIVIL SOB UMA ABORDAGEM CIVIL - CONSTITUCIONALIZADA	75
Osmar Ferreira do Amaral Junior	
MINISTÉRIO PÚBLICO E MEDIAÇÃO FAMILIAR: SUPERANDO OBSTÁCULOS.....	84
Paula Rainna Nascimento Santos	
O NEOCONSTITUCIONALISMO E A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB A ÓTICA DO NOVO CPC	91
Rebecca Diniz Alves Fonseca	
O NOVO RITO DA AUDIÊNCIA NO PROCESSO PENAL E SUA APLICABILIDADE AO PROCESSO APURATÓRIO DE ATO INFRACIONAL- A INCOMPATIBILIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO SUPERVENIENTE E A ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DA ORDEM JURÍDICA.....	96
Silvio Roberto Matos Euzébio	
O MINISTÉRIO PÚBLICO E A SUA INTEGRAÇÃO COM A SOCIEDADE	105
Veronica Eugenia Morales Salinas Cardozo	
CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A APLICAÇÃO CRÍTICA E LEGÍTIMA DO DIREITO	110
Waltenberg Lima de Sá	
AUTOR CONVIDADO - REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: PRIORIDADE ÀS AVESSAS.....	126
Edson Ulisses de Melo	
EVENTOS DA ESCOLA SUPERIOR 2014	133



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA