

Revista do Ministério Público do Estado de Goiás

nº28



Ministério Público do Estado de Goiás
Procuradoria-Geral de Justiça

Revista do Ministério Público do Estado de Goiás

Goiânia
2014

Conselho Editorial: Ana Paula Antunes Vieira Nery
Jales Guedes Coelho Mendonça
Marcelo Henrique dos Santos
Maurício José Nardini
Sabrina Ferreira Fernandes
Spiridon Nicofotis Anyfantis

Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado de Goiás - ,
n.28 (jul./dez.2014) -.- Goiânia: ESMP-GO,1996
v.: 21 cm.
264 p.

Trimestral (2005-2009). Semestral 2010.
ISSN 1809-5917

1. Direito - periódicos. 2. Escola Superior do Ministério Público de Goiás

CDU 34(051)

T.G.G. CRB 1842

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Pede-se permuta

On demande l'échange

We ask for exchange

Editoração, edição, organização e capa: Coordenação de Editoração da ESMP-GO

Foto capa: Weimer Carvalho

Impressão: Cir Gráfica e Editora Ltda.

Revisão ortográfica: Mirela Adriele da Silva Castro

Tiragem: 750 exemplares

Ministério Público do Estado de Goiás

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Goiás

Procurador-Geral de Justiça - Lauro Machado Nogueira

Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás

Diretora - Ana Paula Antunes Vieira Nery

Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás - ESMP-GO

Rua 23, esquina c/ Av. Fued Sebba, Qd.06, Lts.15/24

Jardim Goiás - Goiânia - CEP 74.805-100 Fone: (62) 3243 8000

e-mail: esmp@mpgo.mp.br; editoracao@mpgo.mp.br;

<http://www.mpgo.mp.br>;

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	05
-------------------	----

DIREITO PÚBLICO

A obrigação judicial de concretização de Política Pública não ainda prevista nas leis orçamentárias.....	09
REUDER CAVALCANTE MOTTA	

O mito da Eleição Direta para presidente dos Tribunais....	45
REIS FRIEDE	

Tribunais de drogas: um novo caminho.....	65
UMBERTO RAMOS RODRIGUES	

Ativismo judicial e o problema metodológico da discricionariedade judicial para a formação de uma política criminal.....	81
ISAAC SABBÁ GUIMARÃES	

A castração química e o ordenamento jurídico brasileiro.....	107
LUCIANO PÓVOA	

A aplicação da tredestinação lícita no direito de preempção do estatuto da cidade.....	145
RAMIRO CARPENEDO MARTINS NETTO	

Multiplicidade de qualificadoras e dosimetria da pena.....	169
ELISEU ANTÔNIO DA SILVA BELO	

DIREITO COLETIVO

Pagamento por serviços ambientais: oportunidade para a recuperação do cerrado.....	179
ANGELA ACOSTA G. DE MOURA	

DIREITO CIVIL

O valor jurídico do afeto e a indenização por desamor.....	209
JORDANA MENDES SILVA	

ASSUNTOS GERAIS

Alguns desafios das mulheres no cenário democrático brasileiro do século XXI.....	239
JOÃO GASPAR RODRIGUES	

APRESENTAÇÃO

Caros leitores,

A Revista do Ministério Público de Goiás, ora publicada na versão impressa e eletrônica, encerra as publicações do ano de 2014 e registra uma expressiva participação de membros da Instituição, assim como a contribuição valorosa de juristas, professores, estudantes e profissionais da área do Direito.

Com o passar do tempo, a Revista do Ministério Público de Goiás, que completa dezenove anos em 2015, vem conquistando seu espaço entre as publicações científicas de relevo em âmbito nacional, no que tange à disseminação de conhecimentos jurídicos.

A cada edição, a publicação solidifica a proposta de ser um instrumento de aprimoramento cultural e espaço de discussões relevantes.

O diálogo com a academia proporciona um enriquecimento do conteúdo, apresentado para somar-se às demais publicações que, igualmente, propiciam amadurecimento profissional e contato com diferentes abordagens sobre temas jurídicos.

A Escola Superior comemora a evolução editorial da Revista do Ministério Público de Goiás, uma construção de quase duas décadas, edificada pelas ricas contribuições dos autores e olhar diferenciado de seu Conselho Editorial.

Boa leitura e um Feliz 2015.

Ana Paula Antunes Vieira Nery

Promotora de Justiça
e diretora da ESMP-GO

Goiânia, Brasil, dezembro de 2014.

DIREITO PÚBLICO

PUBLIC LAW
DERECHO PÚBLICO



Foi o Art Déco que inspirou os primeiros prédios de Goiânia, assim como sua antiga Estação Ferroviária, que possui, na área interna principal, murais de frei Nazareno Confaloni, introdutor do modernismo em Goiás. Durante mais de vinte anos serviu como estação ferroviária de Goiânia, sendo desativada na década de 1970.

A OBRIGAÇÃO JUDICIAL DE CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA NÃO AINDA PREVISTA NAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS

THE JUDICIAL OBLIGATION OF EXECUTING A PUBLIC POLICY
NOT YET INSERTED IN THE PUBLIC BUDGET LAWS

LA OBLIGACIÓN LEGAL DE CONCRETIZAR UNA POLÍTICA PÚBLICA
AÚN SIN PREVISIÓN EN LAS LEYES DE PRESUPUESTO

Resumo:

Trata o artigo da obrigação de concretização de política pública surgida a partir de decisão judicial emergente de ação civil pública. O autor justifica a possibilidade do ajuizamento de ação coletiva que tenha por objeto a concretização de uma ação governamental indicada pelo autor legitimado para a propositura da ação. Discorre sobre o argumento da reserva do possível e a garantia do mínimo essencial ao lado de alguns direitos sociais constitucionais. É analisada a posição exarada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em dois julgados: ADPF 45 e RE 410.715 AgR. Avança na proposta de soluções ao sistema ao discorrer sobre a liquidação e o cumprimento de sentenças proferidas em ações dessa natureza, com o enfrentamento das implicações necessárias à harmonização dos julgados com as leis orçamentárias a que está submetido o poder público.

Abstract:

The present paper treats the obligation of executing a public policy which is raised from judicial decision provoked by a civil public action. The writer justify the possibility of proposing of this collective action which intends the concretion of a government action indicated by legal legitimated plaintiff. The principle of possible of reservation

* Mestre em Direitos Coletivos e Função Social do Direito pela Universidade de Riberão Preto - UNAERP, especialista em Contas Públicas pela Universidade Estadual de Minas Gerais - UEMG e pós-graduando em Contabilidade e Auditoria para o Setor Público pela Universidade Católica de Goiás - UCG/IPECON-GO. Promotor de Justiça do MP-GO.

and the guaranty if an essential minimum are presented side by side some constitutional social rights. It is analyze the position expressed by the judges of Brazilian Supreme Court (STF) in two judgments: ADPF45 and RE410.715 AgR. He advances in proposing solutions to the juridical system when they write about liquidation and accomplishment of judgments given in actions of this nature and expose the necessary implications to the harmony of those judgments with legal, budget laws and financial questions of public power.

Resumen:

El artículo trata sobre la obligación de aplicar la política pública que surge de la decisión judicial emergente de acción civil pública. El autor justifica la posibilidad de interponer una acción colectiva que tenga por objeto la aplicación de una acción gubernamental indicada por el autor legitimado para la interposición de la acción. Discute sobre el argumento de la reserva del posible y la garantía del mínimo esencial al lado de algunos derechos sociales constitucionales. Analiza la posición elaborada por los ministros de la Corte Suprema en dos juzgados: ADPF 45 y RE 410.715 AgR. Avanza en la propuesta de soluciones para el sistema al discurrir sobre la liquidación y el cumplimiento de sentencias dictadas en este tipo de acciones, como el enfrentamiento de las implicaciones necesarias para la armonización de los juzgados con las leyes presupuestarias a que se somete el poder público.

Palavras-chaves:

Ação civil pública, políticas públicas, obrigação de fazer do Estado, reserva legal e mínimo essencial, orçamento público.

Keywords:

Civil public action, public policies, State obligation of doing, legal reserve and essential minimum, public budget.

Palabras clave:

La acción civil pública, las políticas públicas, las obligación de hacer del Estado, la reserva legal y el mínimo imprescindible, el presupuesto público.

INTRODUÇÃO

Há não muitas décadas, prevaleceu em nosso ordenamento jurídico a dominante e inflexível posição de nossos tribunais de que políticas públicas eram questões a serem definidas exclusivamente pelos governantes do momento. Contudo, a partir da Constituição de 1988, e com ela o surgimento do Estado Democrático de Direito no país, com a insistência dos atores sociais, em especial o Ministério Público brasileiro, em perquirir em juízo que o Poder Executivo – da União, Estado-membro e Município – concretizasse direitos sociais elencados na Carta Política de 1988, um novo cenário surgiu. Embora, ainda se tendo poucas ações julgadas no sentido de que o Poder Público concretize política pública não idealizada por seus momentâneos governantes, tal possibilidade já é real, fortalecida a tese, principalmente porque sobre o tema já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, especialmente na ADPF 45 e no RE 410.715 AgR. Não abordamos, aqui, sobre as exigências de, por exemplo, fornecer remédio a determinado cidadão, porque decisões desta natureza, expedidas aos milhares em todo o país, não verdadeiramente inovam as políticas públicas de um ente da federação, pois se tratam de ampliação de políticas já existentes.

Ousa o artigo tentar contribuir naqueles casos em que, não constando nas leis orçamentárias do ente público, por exemplo, previsão para a construção de uma escola ou creche, o Poder Judiciário o obriga a sua realização em determinado prazo. Por força de um comando judicial, se exige o cumprimento de uma obrigação de fazer a modificação da lei orçamentária, eventualmente da lei de diretrizes orçamentárias e do plano plurianual de um ente público para que um novo projeto seja criado e, além disso, que se o faça cumprido no prazo estipulado pelo juiz. Constatada a possibilidade de acolhimento de tal pretensão, desvela-se o modo como no sistema processual civil deve ser manejado para atender as necessidades dessas novas demandas.

INTERESSES DIFUSOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Interesses difusos têm conceito legal no Código de defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, artigo 81, I, nos termos seguintes: “[...] assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Ricardo Barros Leonel (2003, p. 99) os define como “interesses que se referem a grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistem um vínculo jurídico ou fático muito preciso, possuindo objeto indivisível entre os membros da coletividade, compartilhável por um número indeterminável de pessoas”.

Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39) desenvolveu conceito de política pública como:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando ordenar os meios do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Mais sucinta é a conceituação de Fernando Aith (*apud* BUCCI, 2006, p. 232), que considera “[...] política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos”. Enfim, uma política pública é um fazer do Estado, precedido de planejamento.

É certo, pois, que legítimos interesses transindividuais de pessoas ligadas por uma circunstância de fato (interesses difusos) podem ser alcançados por meio de um fazer do Estado, ou seja, de uma política pública. Esta política pública pode ser provocada, por

exemplo, por meio de influência dos atores sociais no convencimento dos governantes para a concretização dos interesses da comunidade. É o que pode ser alcançado, por exemplo, nas audiências públicas de definição de orçamentos participativos ou por *lobbies* de grupos frente aos governantes. Nesses casos, há consenso entre os interesses transindividuais das pessoas e o Estado, por meio de seus governantes. Mas nem sempre este consenso é possível. Ao contrário, ordinária é a existência de conflitos entre as prioridades dos governantes e administrados, em especial com as minorias sem capacidade de influência nas definições das políticas públicas ante a falta de poder político ou econômico.

Instaurado, pois, um conflito entre interesses difusos afetos a uma comunidade carente da concretização de uma política pública e o desinteresse manifesto ou decorrente de inércia de um ente público, expresso por meio de seus governantes, pode se valer a comunidade do manejo de uma ação judicial, provocando o Poder Judiciário a solucionar o impasse surgido.

DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E SEU OBJETO

A ação civil pública é um tipo de ação judicial com previsão constitucional no artigo 129, nos termos seguintes:

Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Embora prevista a constituição como ação exercitável pelo Ministério Público, é pacífico o entendimento de que em face à existência de um microssistema de processo coletivo formado pela Lei 7.437/1985 e pela Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor-CDC), em razão de que, além do Ministério Público, outros entes

legitimados no artigo 82 do CDC¹ também podem promovê-la.

O artigo 3º da Lei 7.437/1985 expressa e delimita o objeto da Ação Civil Pública, *verbis*: “Artigo 3º - A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer”.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que é opção do autor da ação civil pública indicar no objeto da ação, em seu pedido, qual a tutela que requer (condenação em dinheiro ou cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer), havendo casos, entretanto, em que apenas um dos tipos de tutela é possível, por circunstâncias fáticas, e outros em que se é possível cumular ambos os pedidos. E arremata:

O que se pode ter como certo é que a Lei n. 7.347/85 admitiu dois tipos de tutela – a *tutela repressiva* e a *tutela preventiva*. Quando a sentença condena o réu à indenização em dinheiro, está comumente reprimindo a ação ou omissão causadora do dano. Em outras palavras, tem-se que o dano já ocorreu, e nesse caso a tutela é repressiva. Se a condenação obriga o réu a fazer ou a não fazer, está prevenindo a ocorrência do dano (se este ainda não foi causado) ou, ao menos, evitando que a conduta ilegítima prossiga dando causa a ele. A tutela aqui será evidentemente preventiva no que se refere a novos danos, sem embargo, como é claro, de haver certo conteúdo repressivo no que tange a eventual comportamento danoso ao anterior. (CARVALHO FILHO, 1995, p. 46-47)

¹ CDC. “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público; II – A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. [...]”

DA LEGITIMIDADE DO ESTADO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER

Sobre os legitimados para figurar no polo passivo de ação civil pública, ensina-nos Hugo Nigro Mazzilli (2003, p. 178):

No sistema das Leis 7.347/85, 7.853/89, 7.913/89, 8.069/90 e 8.078/90, enquanto é taxativo o rol de legitimados ativos, já quanto à legitimação para o pólo passivo não há condições especiais: qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser parte passiva na ação civil pública. O causador do dano a um dos interesses de que cuida a Lei da Ação Civil Pública pode ser tanto o particular quanto o Estado, tanto pessoa física como pessoa jurídica. Pode mesmos ser legitimado passivo quem que tivesse o dever jurídico de evitar a lesão.

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles (2006, p. 186):

A legitimação passiva estende-se a todos os responsáveis pelas situações ou fatos ensejadores da ação, sejam pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as estatais ou autárquicas ou paraestatais, porque tanto estas como aquelas podem infringir normas de proteção ao meio ambiente ou ao consumidor, incidindo na previsão do artigo 1.º da Lei 7.347/85, e expondo-se ao controle judicial de suas condutas.

Também expressa o Ministro José Delgado que: “A Administração Pública pode figurar no pólo passivo da ação civil pública e até ser condenada ao cumprimento de obrigação de fazer ou deixar de fazer” (STJ, DJU, 17.11.97, p. 59456, AGA 138911-GO)

Como se observou do exposto até aqui, de fato a ação civil pública se presta como instrumento processual para a provocação da jurisdição, a fim de dirimir um conflito em que uma comunidade intenta ver realizado um fazer do Estado.

DA EFICÁCIA E SINDICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

O Preâmbulo da Carta Política de 1988 exalta o nosso Estado como destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e possuidor de valores supremos como a construção de uma sociedade fraterna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Já no artigo 1º, inciso III, exorta-se a dignidade humana da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]

III – A dignidade da pessoa humana;

Direitos sociais são:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (SILVA, 2005, p. 286)

O artigo 6º da Constituição inicia o capítulo dos Direitos Sociais nos termos seguintes:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Além do artigo 6º, a Constituição de 1988 revela-nos outras normas enunciadoras de direitos sociais como, por exemplo, os artigos 144², 196³, 203⁴, 205⁵, 226⁶, 227⁷ e 230⁸.

O Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que existem normas definidoras de direitos e garantias fundamentais mesmo fora do elenco do artigo 5º da Constituição, inteligência da ADIN n. 939-7, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18/03/94 (inconstitucionalidade da EC n. 3). Entre estes outros direitos, de forma pacífica na doutrina, se encontram os direitos sociais indicados e anteriormente compilados, eis que inseridos entre os direitos fundamentais, chamado inclusive de direitos fundamentais sociais por alguns.

A Constituição da República, no parágrafo segundo do artigo 5º, expressa que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.

Encontra-se consagrado, em Direito Constitucional, o princípio de interpretação constitucional, conhecido como o princípio da máxima efetividade. Conforme J. J. Canotilho (1997, p. 1208), pode ser formulado da seguinte maneira:

² Art. 144. “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

³ Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal igualitário às ações e os serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁴ Art. 203. “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, [...]”.

⁵ Art. 205. “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

⁶ Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

⁷ 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”.

⁸ Art. 230. “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais [...] sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve-se preferir-se a interpretação que maior eficácia reconheça aos direitos fundamentais.

Nos trechos legais colacionados, na linha de interpretação da máxima efetividade, há de se ter plena eficácia daquelas normas enunciativas de direitos sociais, de modo a permitir em plenitude que o fim pretendido pelo legislador seja alcançado.

Luís Roberto Barroso tratou da efetividade das normas constitucionais dizendo que ela significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Por seu turno,

a efetividade das normas depende, em primeiro lugar da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger situações da vida, operando seus efeitos que lhe são próprios. [...] Se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há efetividade possível. Mas esta seria uma situação anômala em que o Direito, como criação racional e lógica, usualmente não incorreria. [...] o Direito existe para realizar-se. O Direito Constitucional não foge a este desígnio. (BARROSO, 2003, p. 84)

Portanto, da lição de Luís Roberto Barroso concluímos que só a efetividade da norma e o efeito jurídico pretendido irrealizável é que não podem ser vindicados em favor de seu beneficiário às portas do Poder Judiciário. É o que se reafirma no trecho a seguir:

[...] direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. [...] Logo, somente poderá o juiz negar-lhe o cumprimento coercitivo no caso de impossibilidade material evidente e demonstrável, pela utilização de uma interpretação sistemática influenciada pela teoria geral do Direito. Fundar-se-ia em um raciocínio estruturado de forma assemelhada a esta: a Constituição está no vértice do sistema jurídico. O sistema jurídico é um sistema lógico. Uma regra que preceitue um fato que de antemão se saiba irrealizável, viola a lógica do sistema, Não pode portanto, integrá-lo validamente. (BARROSO, 2003, p. 116)

Marcos Masselli Gouvêa (2003, p. 99) afirma que prefere nominar os direitos sociais como direitos prestacionais. “Portanto, na medida em que os direitos sociais forem fundamentais, valerá para eles a norma expressa que prevê aplicação imediata”. Colocando-se em uma posição moderada, o autor (idem, p. 257) preleciona que:

Perfilhando-se em uma posição intermediária, parece correto afirmar que certos direitos podem subsumir-se à categoria dos direitos fundamentais, mas apenas na medida em que correspondam a condições mínimas de existência condigna (mínimo existencial). Assim, dentro destes limites, o preceito insculpido no art. 5.º, § 1.º, torna-se estreme de dúvidas a sindicabilidade destes direitos.

Mesmo nos casos em que

a Constituição não estabelece claramente um determinado patamar de qualidade de uma prestação (por exemplo, quando estatui que o Estado ‘desenvolverá programas’ visando a um determinado fim, sem especificar detalhes destes programas), há a possibilidade de sindicarse o dispositivo, a fim de que, ao menos, alguma prestação seja oferecida, e numa extensão dotada de um mínimo de eficiência. (idem, p. 98)

Portanto, havendo uma relação jurídica material entre os sujeitos indeterminados substituídos processualmente pelos legitimados à propositura da Ação Civil Pública e o ente público, em face ao dever deste, advindo de direito social, normatizado constitucionalmente e em outros diplomas, perante aqueles de realizar políticas públicas a fim de resguardar os direitos sociais daqueles. Havendo legitimidade ativa e passiva na relação jurídico-processual e adequação da ação civil pública para, em tese, condenar o ente público a uma obrigação de fazer, tem-se que o pedido é juridicamente possível e pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.

A possibilidade jurídica de se reivindicar em juízo a concretização de uma política pública já encontra respaldo em inúmeros julgados no Superior Tribunal de Justiça. Destacamos o trecho a seguir, extraído de várias ementas de julgados relatados pelo Ministro Luiz Fux, na primeira turma, que bem resume o atual pensamento daquele tribunal:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.⁹

Mas não só o STJ tem enfrentado a questão. Adiante se-guem novas análises da doutrina e da posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao mesmo tema.

DOS ARGUMENTOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Tornou-se corriqueiro o confronto entre os argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível em decisões que envolvam prestações positivas do Estado no que se refere ao cumprimento dos direitos fundamentais impostos pela Constituição. Há defensores de toda sorte. Há aqueles que afirmam que a realização dos direitos fundamentais depende de políticas governamentais e, portanto, nada poderia estabelecer o poder judiciário neste sentido, visto que se deve obediência ao princípio da separação dos poderes. Por outro lado, há aqueles que afirmam que a reserva do possível¹⁰ não poderia impedir a realização judicial de direitos indispensáveis a assegurar um mínimo existencial¹¹.

⁹ Ver REsp 753565/MS, REsp 736524/SP e REsp 718.203/SP.

¹⁰ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 282), a reserva do possível surgiu na Alemanha, no início dos anos 1980, onde “firmou-se jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

¹¹ Segundo Gouvêa (2003, p. 409), o mínimo existencial é o “complexo de interesses

Percebe-se, facilmente, que o contraponto está na questão dos custos, que não se distancia da questão da competência. Em outras palavras, necessário se faz indagar se o judiciário teria competência para determinar ao executivo prestações positivas no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, dada a dificuldade orçamentária enfrentada na realização de políticas públicas; ou, se a competência para a realização dos direitos fundamentais não se restringiria ao orçamento viabilizado pelo executivo quando da previsão orçamentária.

Certo é que a efetivação dos direitos fundamentais está diretamente ligada à realização das políticas públicas, mas a tentativa de priorizar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais nos aproxima de um retrocesso no Estado Democrático de Direito. Necessário se faz lembrar que neste tipo de Estado há garantias constitucionais invioláveis e que para seu cumprimento devem ser invocados princípios basilares como a inafastabilidade do controle jurisdicional, a moralidade e a probidade administrativa.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 430) conclui que

[n]o embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário, do qual nos fala Juarez Freitas.

Levando em consideração que o principal argumento utilizado pelos defensores da não intervenção do judiciário nas políticas públicas que se referem a direitos fundamentais é a separação dos poderes, faz-se necessária a compreensão deste princípio para que não haja interpretações deturpadas de seu sentido. A separação, e a não divisão, como afirmam alguns, de poderes surge como forte argumento contra o absolutismo no surgimento do estado liberal no século XVIII. Ou seja, o que se quer preservar, ao pregar a necessidade

ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana.”

da separação de poderes, é a não concentração de poder em um só destinatário.

Montesquieu apenas defendeu a coexistência dos três poderes de forma harmônica entre si a fim de defender a liberdade de respeito ao cidadão e à Constituição contra as amarras de poder que possam vir a impedi-las. Dessa forma, executivo, legislativo e judiciário devem coexistir dentro do Estado, atuando com independência entre si, mas, ao mesmo tempo, estabelecendo limites de atuação uns aos outros, pois, na concepção clássica, não há separação de poderes válida sem o diálogo de um poder sobre o outro, harmonizando o espaço de concretude das ações estatais.

É neste sentido que surge como aparato ao princípio da separação de poderes o sistema de freios e contrapesos, segundo o qual o exercício de governo estatal se equilibra pelo controle de um poder pelos outros. Tomemos alguns exemplos quando nos referimos ao poder de veto que o executivo tem na órbita legislativa, ao poder de controle das contas do executivo exercido pelo legislativo e ao poder de controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos exercido pelo poder judiciário em face aos outros.

Esta concepção firmou de tal forma na construção do Estado Moderno que não encontrou opositores de monta e, desse modo, consolidou as sociedades democráticas. No entanto, o momento pelo qual as liberdades individuais foram erigidas ao absoluto em detrimento de uma coletividade política e social restou ultrapassado. Levando em consideração esta premissa, alguns juristas afirmam que tal princípio, da forma pela qual foi concebido, restou desprestigiado no mundo pós-moderno.

O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vemo-lo presente na doutrina e nas constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda. (BONAVIDES, 2003, p. 146)

Não se trata de pregar a morte de tão importante ponto basilar do Estado Democrático de Direito, mas de reavaliá-lo segundo

os parâmetros do Estado pós-moderno consolidado, que já não mais enfrenta, em seu âmbito, a ameaça de governantes déspotas. A reavaliação tem por finalidade estabelecer novos parâmetros de “cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível.” (idem, p. 147).

É nesta perspectiva de ideias que a intervenção do judiciário nas políticas públicas se insere. O juiz ou o tribunal, ao interpretar a norma jurídica decidindo de forma responsável, não ofende o princípio secular da separação de poderes, visto que a viabilização de direitos fundamentais só vem a corroborar com a concretude da ordem jurídica.

Celso Ribeiro Bastos, em estudo do direito comparado, noticia a posição da Doutrina e Jurisprudência norte-americana, que vai ao encontro do que aqui se discute:

[...] na doutrina americana, observa-se a tendência da jurisprudência dos tribunais inferiores é no sentido de não se restringir a proferir a cassação das providências editadas pelos dois outros poderes (Legislativo e Executivo), mas de impor-lhes obrigações positivas, reforçadas pela sanção consistente em os próprios Tribunais assumirem a responsabilidade pela execução do julgado. Tal jurisprudência tem sido utilizada em casos de repercussão mundial, como o da decisão proferida pela Suprema Corte Americana em *Brown vs Board of Education* que versava sobre a superação da segregação racial nas escolas, tendo continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios. (BASTOS *apud* GEBRAN NETO, 2002, p. 187-188)

Nesta linha de ideias também noticia Marcos Maselli Gouveia (2003, p. 28) sobre o *leading case* norte-americano para o estudo da sindicabilidade dos direitos prestacionais:

Se importantes autores do direito público têm-se detido na formulação de objeções à sindicabilidade das situações jurídicas prestacionais isto se deve à inegável atualidade da tese que, assim como críticos, granjeia defensores. A despeito dos obstáculos teóricos e práticos que enfrenta, impende reconhecer que, em experiências pioneiras levadas a cabo nas últimas décadas, os direitos prestacionais lograram reconhecimento judicial. Precedente emblemático foram os *prison reform cases*, movimento de reformas

do sistema penitenciário empreendido pelo Poder Judiciário norte-americano durante décadas de sessenta a noventa.

Até meados da década de sessenta, durante o período conhecido como *hands off era*, reinava o hegemônico entendimento de que descabia a Justiça imiscuir-se na gestão dos presídios, reservada à discricionariedade do Poder Executivo. No ano de 1965, a Corte Federal do Distrito Oriental de Arkansas, no caso *Talley v. Stephens*, bruscamente deflagrou uma inversão daquela linha jurisprudencial, ao declarar que certas condições da colônia penal estadual de *Cummins Farm* constituíam punição cruel e incomum, em desrespeito à Oitava Emenda. No curso dos anos que se seguiram, a referida instituição penitenciária foi declarada inconstitucional em sua totalidade, editando-se uma série de *injunctions* (espécie de provimento mandamental) visando a completa reformulação do sistema penal de Arkansas.

Iniciativas semelhantes logo se propagaram, primeiramente pelos Estados do sul – onde as condições carcerárias eram as piores – e depois por todo o país. Nos dez anos subseqüentes (1965-1975), prisões de metade dos cinquenta Estados e a totalidade do sistema carcerário de cinco Estados já haviam sido reformulados pela atuação dos juízes. Na década seguinte, a abrangência dos *prison reform cases* alcançava prisões de trinta e cinco Estados e o inteiro sistema penitenciário de nove outros. Em 1995, a American Civil Liberties Union (ACLU) estimava que, à exceção de Minnesota, New Jersey e North Dakota, todos os Estados norte-americanos, assim como o Distrito de Columbia, Porto Rico e Ilhas Virgens, haviam sido atingidos pelo movimento das reformas. Mesmos naqueles três Estados virtuosos, ao menos alguma celas foram adaptadas em decorrência de ordens judiciais.

É de se notar que nos *prison reform cases*, juízes norte-americanos, em postura progressista, tiveram atuação ativa na concretização de direito, exatamente por haver violação expressa de texto constitucional relativo aos direitos humanos.

Há também casos correlatos à Justiça brasileira que nos remetem a esta discussão. Marcos Maselli Gouveia noticia julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que tratava de políticas públicas na área da infância e da juventude.

No mérito, o argumento básico do apelante é o de ter a sentença violado o princípio da independência entre os poderes, configurando uma ingerência do Poder Judiciário na autonomia da Administração Municipal. [...] é forçoso reconhecer que o Judiciário, quando atua no sentido de assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais, não interfere na autonomia municipal; apenas exerce o seu poder de controle da legalidade da atividade administrativa, eis que a ilegalidade pode decorrer não só da conduta comissiva como também da omissiva. Na verdade, o princípio da legalidade, ao qual está jungido a Administração Pública, não se restringe à simples justaposição formal da atividade administrativa como o texto literal da lei. Seu alcance é bem maior, posto que abarca a conformação formal e ideológica da atividade administrativa com a lei, tanto na sua forma comissiva como omissiva [...] Olvida-se o apelante, todavia, que em matéria de política de educação e assistência à criança e ao adolescente a autonomia municipal tem seus parâmetros estabelecidos na Constituição Federal, em seus artigos 227, 212 e 60 das suas Disposições Transitórias. E a prioridade estabelecida para os programas ali especificados não é fruto da opção do Ministério Público, nem do Judiciário, mas da opção do próprio legislador constituinte (TJRJ, proc. 799/96 – classe D, Conselho da Magistratura, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, julg. Em 03/08/98 in ob. cit. p. 355)

Desta forma, não há de ser o princípio da separação de poderes que impedirá a efetivação dos direitos fundamentais. No entanto, discute-se ainda, entre os defensores da reserva do possível, a falta de recursos ou a disponibilidade destes por parte do Estado como entraves à concretização de direitos mínimos. Não se nega, aqui, o limite das possibilidades materiais para a viabilização do processo de materialização dos direitos, dada a captação de receitas e as invariáveis crises financeiras. O que se pretende é refletir se as escolhas referentes às políticas públicas podem se tornar empecilhos formais aptos a impedir a concretude dos direitos essenciais postos na constituição.

Invariavelmente, o poder público, quando demandado a uma prestação positiva, argumenta que não há previsão orçamentária com este objetivo. Mas o que dizer das previsões orçamentárias para publicidade institucional quando faltam vagas em escolas, remédios e médicos para um tratamento adequado? Qual teriam sido

os critérios utilizados pela administração pública para priorizar tais despesas em detrimento de outras?

Alguns mais precipitados diriam que as respostas a estas indagações só poderiam ser dadas pelo poder executivo ou legislativo, visto serem eles os legitimados pela representatividade popular para decidirem as prioridades em matéria de políticas públicas. No entanto, é de se considerar que tal argumento não oferece fundamento razoável a impedir a possibilidade de análise pelo Judiciário de demandas que envolvam prioridades de políticas públicas referentes à concretização de direitos fundamentais.

Conforme salienta Jean Carlos Dias (2007, p. 144):

[...] a legitimidade da ação do Poder Judiciário não decorre de sua eleição pelos membros de uma sociedade. Pelo contrário, exatamente porque o sistema constitucional estabeleceu sua imunidade em relação ao processo eleitoral é que sua posição é privilegiada do ponto de vista das interações funcionais.

[...] Logo, a forma de legitimação que um tribunal oferece às suas decisões está ligada à racionalidade e à razoabilidade que possa demonstrar em conexão com os elementos constitucionais consagrados em uma sociedade.

Os direitos fundamentais estão na essência da Constituição e um programa de governo deve respeito aos ditames constitucionais, mormente àqueles que se referem à dignidade da pessoa humana. Daí porque há legitimidade do Poder Judiciário ao apreciar demandas que envolvam pedidos de revisão ou alteração de políticas públicas.

Para efetivar direitos dentro de um mínimo existencial, necessário se faz alocar recursos e é neste patamar que se torna possível e legítima a intervenção dos órgãos jurisdicionais a fim de imporem ao poder público a satisfação das prestações demandadas.

AS DECISÕES DO STF NA ADPF 45 E NO RE 410.715 AGR/SP

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal enfrentou discussão em sede de ADPF contra veto presidencial à Lei de Diretrizes Orçamentárias que importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e nos serviços públicos de saúde. Apesar de no curso desta ação constitucional ter havido iniciativa presidencial no sentido de restaurar o veto e, conseqüentemente, suprimir omissão motivadora do ajuizamento da ADPF e torná-la prejudicada, o relator, Ministro Celso de Mello, enfrentou a questão da viabilização da concretização de políticas públicas no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais. Ele enfatizou em seu voto que:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (STF, ADPF 45, Rel. Celso de Mello, 04/05/2004)

Em outra oportunidade, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715/2005, o mesmo Ministro Celso de Mello enfrenta as teses de reserva do possível e mínimo existencial no direito à educação ao impor a obrigação de criar condições

objetivas para o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e unidades de pré-escola ao município de Santo André no estado de São Paulo.

Em um primeiro momento, o Ministro enfrentou a questão da inconstitucionalidade por omissão do poder público, afirmando que

[o] objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público. (STF, RE 410.715-5 Agr, Rel.Min.Celso de Mello, 2ª.Turma, 22.11.2005,p.1536/1537)

Avançando na discussão, Celso de Mello, mais uma vez, afirma ser possível a análise, pelo Poder Judiciário, de demandas referentes a políticas públicas:

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. (STF, RE 410.715-5 Agr, Rel.Min.Celso de Mello, 2ª.Turma, 22.11.2005,p.1539/1540)

Por derradeiro, afasta a aplicação da reserva do possível quando se trata de concretização de direitos fundamentais, senão vejamos:

Cumprir advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, p. 209/211, itens 17-21,2005, RCS

Editora Ltda.), que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente, quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (STF, RE 410.715-5 Agr, Rel.Min.Celso de Mello, 2ª.Turma, 22.11.2005, p. 1541/1542)

DA FASE INSTRUTÓRIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE POSTULA A CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

Uma vez admitida a ação civil pública em que se postula a concretização de política pública, desde que o pedido seja razoável à primeira vista, restado comprovado estarem presentes as suas condições e os pressupostos processuais e recebida a resposta do réu, quase sempre com as invocações de discricionariedade e reserva do possível, deve o magistrado, em regra, iniciar a fase instrutória do processo.

É provável que, em ações dessa natureza, não tenha o juiz condições de realizar o julgamento antecipado da lide, em função de que, provavelmente, as partes intentem produzir prova pericial e, até mesmo, oral. Em vislumbrando perspectiva de negociação entre as partes, o juiz deve designar audiência de conciliação (artigo 331, *caput*, do CPC), na tentativa de alcançar a composição da lide. Porém, caso não a obtenha, deve sanear o feito (nos termos do artigo 331, § 1º, do CPC) e fixar os pontos controvertidos, que, provavelmente, devem ser a necessidade, a essencialidade, a oportunidade e a viabilidade econômico-financeira de concretização da política pública pleiteada.

O ente legitimado para a propositura da ação civil pública deve coligar sua prova no sentido de demonstrar a essencialidade da política pública para concretização do direito social pelo menos em seu patamar mínimo e a viabilidade econômica da alocação de recursos no orçamento estatal para alcançá-la, ao passo que o ente demandado deverá provar ou o atual atendimento ao direito social

em níveis mínimos ou a desnecessidade e a irrazoabilidade do pedido. É possível que, nesta fase, provoquem a realização de perícia para discutir as estimativas de custos e prazos para a realização da obra ou serviço pleiteado, bem como as projeções de gastos para a manutenção dos novos serviços oferecidos.

Para que se acolha a tese da insuficiência de recursos esta deve ser absoluta. Marcos Maselli Gouvêa (2003, p. 88) nos ensina que “[p]ara que o não reconhecimento do direito prestacional seja legítimo, deve o juiz basear-se não em uma dificuldade presumida, mas numa comprovação cabal da absoluta insuficiência do Erário”.

Vários julgados do Superior Tribunal de Justiça corroboram nosso posicionamento quanto à postura do magistrado na fase instrutória da ação em análise. Destacamos: REsp 746085/PR¹² (reserva do possível deve provada), RMS 28962 / MG¹³ (pleitos em face do Estado devem ser razoáveis).

¹² REsp 764085 / PR, RECURSO ESPECIAL, 2005/0109287-8, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, T2 - SEGUNDA TURMA, 01/12/2009, DJe 10/12/2009, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – PRETENSÃO RESISTIDA – INTERESSE DE AGIR – [...] INEXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE – VINCULAÇÃO À FINALIDADE LEGAL – **RESERVA DO POSSÍVEL** – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. [...] 5. **A reserva do possível** não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros. Requer, ademais, considerações sobre a situação orçamentária do ente público envolvido, o que esbarra na súmula 7 desta Corte Superior. Recurso especial improvido.

¹³ RMS 28962 / M0 890--G, RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, T1 – PRIMEIRA TURMA, 25/08/2009, DJe 03/09/2009, LEXSTJ vol. 242 p. 55, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDANDO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E CONSEQUENTEMENTE DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. [...] 8. O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos. 9. Recurso ordinário não provido.

DA LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA QUE DETERMINA A CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA INOVADORA

A improcedência do pedido não traz nenhum interesse. A decisão judicial que exige o cumprimento de uma política pública já prevista nas leis orçamentárias também não exige mais indagações, pois a decisão judicial já nasce em harmonia com as leis orçamentárias do ente réu.

Ao contrário, a decisão judicial pela procedência do pedido concretização de uma determinada política pública inovadora ao orçamento vigente, ao contrário, exige esforços para o seu cumprimento. Neste caso, entendemos que deva prosseguir o juízo com o cumprimento de tal decisão a partir da liquidação da sentença, pois será pouco provável que já se tenham prazos de cumprimento e valores estimados da despesa atualizados para a execução da política pública determinada, ou, ainda que se os tenham indicado na exordial, seja o tempo de tramitação da decisão, ou o necessário zelo que mereça a previsão, uma perícia se faz necessária, ou novamente necessária. Ainda que o pedido seja certo, por exemplo, a construção de uma creche para atendimento a cem crianças, não se tem aí elementos suficientes para uma estimativa razoável harmonizar-se com o sistema orçamentário e financeiro.

O Código de Processo Civil dedicou o seu Capítulo IX à liquidação da sentença. Nos termos do artigo 475-A, “quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se a sua liquidação”. Nos casos de que a condenação dependa apenas de cálculo aritmético, segue-se o disposto no artigo 475-B. Nos casos em que há de se provar fato novo, a liquidação é feita por artigos, nos termos do artigo 475-E e 475-F. A liquidação por arbitramento é a modalidade utilizada nos casos em que demanda prova pericial e é regulada conforme o disposto nos artigos 475-D. Essa modalidade é, outrossim, a mais adequada à hipótese em tela. Nos termos do artigo 475-D, o juiz nomeará o perito e fixará prazo para a entrega do laudo. “Apresentado o laudo, sobre o qual poderão as partes manifestar-se no prazo de dez dias, o juiz proferirá decisão ou designará, se necessário, audiência”.

É quase certo que, ao tempo de já haver ordem para o cumprimento da obrigação, já conte o juízo com a colaboração dos servidores do ente público condenado. Sugerimos que o encargo de

perito deva ser determinado a um contador público e a outro profissional (engenheiro, arquiteto, etc.) que deva estimar o tempo e o custo do que deva ser feito, uma obra, por exemplo. O primeiro se encarregará de indicar o programa, o projeto e a classificação das despesas e demais modificações a serem realizadas nas leis orçamentárias, enquanto ao segundo cabe informar os valores das novas dotações orçamentárias e o cronograma físico-financeiro da realização da obra, sem se perder de vista a análise do fluxo de receita para a realização da política pública, o que pode impactar no prazo para sua conclusão. Tais informações devem constar do laudo com o qual se encerra tal fase de liquidação.

DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA QUE DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA INOVADORA

Uma vez definida a estimativa de custo e de prazo para a concretização da política pública definida judicialmente, cumpre promover as alterações nas leis orçamentárias, que, *in casu*, não se fará pelo processo legislativo normal, eis que tanto o poder executivo quanto o poder legislativo estarão vinculados ao cumprimento da ordem judicial de execução do julgado. Chamemo-lo de processo legislativo vinculado. Não obstante, entendemos que o cumprimento da decisão judicial possa ser feito sem que se perca a harmonia entre os atos de execução da política pública e as leis orçamentárias.

As leis orçamentárias estão previstas na Constituição Federal de 1988, no Capítulo das Finanças Públicas, Seção II, Dos Orçamentos, artigo 165, e são: Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA). Vejamos.

Segundo o parágrafo primeiro do artigo 165 da CF/88, “[a] lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e as metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”¹⁴. Segundo a

¹⁴ Nos termos do artigo 35, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Cartilha de Heraldo da Costa Reis (2005, p. 9), o desenvolvimento do plano plurianual abrangerá:

- caracterização geral do Município como um todo, envolvendo seus diversos centros urbanos e zonas rurais
- as informações básicas sobre a população e sua economia;
- a identificação dos principais problemas dos municípios;
- a definição de políticas e diretrizes gerais de Governo;
- O quadro dos projetos a serem realizados nos próximos anos com a respectiva ordem de prioridade, bem como os respectivos custos;
- A definição das fontes de financiamento.

Nos termos do artigo 165, da Constituição Federal,

[a] lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e as prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A Lei Complementar 101/2000, LRF, ampliou a abrangência da LDO que, conforme artigo 4º, disporá também sobre

a) equilíbrio entre receitas e despesas; b) critérios e formas de limitação de empenho [...] e) normas relativas ao controle de custos e a avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos; f) demais condições e exigências para a transferência de recursos a entidades públicas e privadas.

Mais inovadora ainda foi a LRF, ao exigir que a LDO seja composta pelo Anexo de Metas Fiscais (artigo 4º, §§ 1º e 2º, confira), que deve traçar e avaliar metas anuais, entre outras exigências, e também pelo Anexo de Riscos Fiscais (artigo 4º, § 3º), que deve

(ADCT) da CF88, até que entre em vigor lei complementar prevista no artigo 165, § 9º, “I – o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa”.

avaliar “passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas”¹⁵. Não excede dizer que a LDO deve ser compatível com o Plano Plurianual.

Igualmente às leis orçamentárias anteriores, o conteúdo da Lei Orçamentária anual tem previsão constitucional, segundo o § 5º do artigo 165 da CF, e compreenderá :

- I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
- II – o orçamento de investimento de empresas que da União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
- III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Outro aspecto importante que deve ser previsto no projeto da LOA é que, nos termos do artigo 165, § 6º, da CF, “será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”. A Lei de Responsabilidade Fiscal, por sua vez, estabeleceu de forma expressa, no artigo 5º, *caput*, que o projeto de lei orçamentária anual deve guardar compatibilidade com o Plano Plurianual e com a LDO, bem como com as exigências da própria LRF. A Lei de Responsabilidade Fiscal previu a necessidade de novas informações que devam integrar a LOA, entre elas: o demonstrativo de compatibilidade da LOA com o Anexo de Metas Fiscais previstos na LDO que a antecede, e a previsão de reserva de contingência (artigo 5º, da LRF)¹⁶.

¹⁵ Também nos termos do artigo 35, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CF88, até que entre em vigor lei complementar prevista no artigo 165, § 9º, “II – o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa”.

¹⁶ Nos termos do artigo 35, § 2º, do ADCT, “III – o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa”.

Sendo todas as leis orçamentárias de necessária iniciativa do Poder Executivo¹⁷, entendemos que para o cumprimento da decisão judicial de cumprimento da política pública caberá ao magistrado, para harmonia da decisão com o sistema orçamentário, exigir do chefe do poder executivo que tome providências para que sejam modificadas as leis orçamentárias vigentes ao tempo do cumprimento da decisão, no que couber, para a realização da política pública determinada pelo juízo.

Caso a política pública determinada pelo juízo deva se iniciar no ano subsequente ao que se lhe impõe ao executivo a obrigação de fazer, não há maiores dificuldades, pois o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e de lei orçamentária anual a serem encaminhados pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo já devem atender ao comando judicial para inserção da nova política pública. Caberá ao Poder Judiciário apenas exigir do chefe do Poder Executivo que demonstre, nos autos do processo da ação civil pública, que, nos prazos indicados na Constituição, encaminhou o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e o projeto de lei orçamentária ao Poder Legislativo, atendendo a ordem judicial e, ainda, com a exortação aos legisladores de que a parte do orçamento preparada para cumprimento da decisão judicial não pode ser objeto de emenda parlamentar. Quanto à modificação do Plano Plurianual, ver adiante.

Ao revés, se a política pública determinada judicialmente deva iniciar-se no ano em curso, caberá ao Chefe do Executivo providenciar as alterações necessárias na lei orçamentária vigente, o que ele fará por meio da criação de Créditos Adicionais, que são, conforme lição de José Maurício Conti (2008, p. 42), “autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei do Orçamento”. Tratando-se o caso em tela de decisão judicial de política pública inovadora, o crédito adicional será do tipo especial, que são “os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica” (artigo 41, II, da Lei 4.320/1964).

A decisão judicial pode ter ou não especificado ao Poder Executivo a fonte de recurso que deva ser utilizada para a concretização da política pública. O Juiz pode ter definido que o recurso deve

¹⁷ CF88. Art. 165. “Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III- os orçamentos anuais; [...]”.

vir da anulação ou remanejamento de crédito orçamentário determinado (por exemplo, gastos de publicidade) ou deixar isto a cargo do poder requerido. Ressalte-se que, em caso, em se tratando de Crédito Especial, como visto, não haverá na Lei Orçamentária autorização prévia para sua abertura, eis que tal autorização prévia está restrita tão somente a créditos suplementares¹⁸ (artigo 165, § 8º, da CF/88). A Lei Orçamentária há de ser modificada mediante projeto de lei encaminhado pelo Chefe do Executivo ao Poder Legislativo, nas condições *supra* indicadas.

Se a decisão for para a construção de um novo prédio público, como uma creche, por exemplo, temos, conforme a contabilidade pública, que tal empreendimento é uma despesa de capital. Segundo Carlos Eduardo Pires (2007, p. 33):

Despesa de Capital. [...] 2. Gastos referentes a investimentos em bens móveis ou imóveis e inversões financeiras para o desenvolvimento de um serviço público, por meio de projetos e atividades, que constituirão, em última análise, incorporações ao patrimônio público.

Tal despesa de capital é classificada como investimento, conforme lição de Nilton de Aquino Andrade (2006, p. 22-23):

Quanto ao significado da expressão **despesas de capital**, observa-se que esta é a denominação de uma das duas categorias econômicas de despesa, sendo a outra denominada despesa corrente, conforme determina o art. 12 da Lei Federal nº 4.320/1964. Com a edição da Portaria Interministerial nº 163/2001, da Secretaria do Tesouro Nacional e da Secretaria de Orçamento Federal, a categoria econômica despesas de capital passou a ser subdividida em três grupos de natureza de despesa: – **investimentos** – classificam-se como investimentos as despesas com planejamento e a execução de obras, inclusive com a aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, e com a aquisição de instalações, equipamentos e material permanente; **inversões financeiras** – classifica-se como inversões financeiras as despesas com a aquisição de imóveis ou bens de capital já em

¹⁸ Lei 4.320/1964. Art. 41. “Os créditos adicionais classificam-se em: I – suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária. [...]”.

utilização, a aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe em aumento de capital, e com a constituição ou aumento do capital de empresas; **amortização de dívida** – classificam-se como amortização de dívida as despesas com pagamento e/ou refinanciamento do principal e da atualização monetária ou cambial da dívida pública interna e externa, contratual ou mobiliária.

Em primeira leitura, toda despesa de capital deve estar inserida no plano plurianual, conforme se infere da leitura do anteriormente transcrito parágrafo primeiro do artigo 165, da CF de 1988. Porém, conforme razoável lição de Nilton Aquino Andrade (2006, p. 26), apenas investimentos cuja execução ultrapasse um exercício financeiro é que precisam constar do Plano Plurianual, na interpretação que faz do parágrafo primeiro do artigo 167, da Carta de 1988, *verbis*:

Art. 167. [...] § 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

Assim, se a decisão judicial de política pública inovadora não tem previsão de execução que inicie em um ano e só acabe noutra ano, não há necessidade de que se proceda a alteração do Plano Plurianual¹⁹. Ao contrário, a modificação há de ser feita, mediante projeto de lei de iniciativa do chefe do executivo de modificação do plano plurianual, instaurando-se o processo legislativo vinculado, nas circunstâncias já relatadas.

Nilton de Aquino Andrade (2006, p. 30) explica que o PPA, por força de Portaria regulamentar do Ministério de Orçamento e Gestão, é composto por programas.

A Portaria MOG n.º 42/1999, que deve ser observada pelos entes das três esferas de governo, define o conceito de programa da

¹⁹ A situação não é pacífica na doutrina, há os que defendem que toda despesa de capital deva constar do PPA.

seguinte forma: **Art. 2º. Para efeito da presente Portaria, entendem-se por: a) Programa, o instrumento de organização da ação governamental visando a concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurado por indicadores estabelecidos no plano plurianual;** A referida portaria determina em seu artigo 3º que cada ente da federação deve estabelecer em ato próprio a estrutura de seus programas, seus códigos e sua identificação: **Artigo 3º A União, os Estados e os Municípios estabelecerão, em atos próprios, suas estruturas de programas, códigos e identificação, respeitados os conceitos e determinações desta Portaria.** (ANDRADE, 2006, p. 30)

Sobre o mesmo tema, o autor (2006, p. 31) adiante arremata:

Com a edição da aludida portaria passou-se a entender que a inclusão, a alteração ou a exclusão de qualquer programa de governo deva ocorrer sempre por meio do PPA. Como não há até o momento nenhuma lei federal que defina qual é o instrumento legal (lei específica ou lei do PPA) para criar os programas, acredita-se que o melhor instrumento seja o PPA, caso contrário seria necessário tratar da criação dos programas em duas leis, sendo a primeira para estabelecer os programas e a segunda (a lei do PPA) para definir os indicadores dos programas, uma vez que assim determina e aliena a do art. 2º da Portaria MOG nº 42/1999.

Por certo que a política pública inovadora determinada pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo importará na necessidade de criação de um novo programa, nos termos da Portaria MOG n. 42/1999, com a apresentação de seus indicadores. Portanto, se mostra necessário que o Plano Plurianual também seja modificado para que o novo investimento ali figure, caso sua execução ultrapasse um ano, ou, ainda que assim não o seja, para que se insira o novo programa no Plano Plurianual em qualquer caso. Embora não se tenha frisado, há de se lembrar que as despesas de caráter continuado decorrentes das despesas de capital (por exemplo, a despesa corrente mensal de manutenção da creche cuja construção foi determinada pelo judiciário) também devem ser inseridas no PPA, conforme comando constitucional do artigo 165, § 1º, da CF, já transcrito.

Rodrigo de Oliveira Faria (2011, p. 688) assevera que “os diversos instrumentos normativos brasileiros de planejamento e

orçamento integram-se por meio de relações horizontais de coordenação e articulação, de modo a assegurar a compatibilidade exigida pelo texto constitucional”. O cumprimento da decisão judicial de concretização de política pública inovadora, conduzido na forma aqui apresentada, salvo melhor juízo, é capaz de manter a compatibilidade entre as leis orçamentárias, sem que elas colidam com a norma concreta resultante do provimento judicial de procedência do pedido da ação civil pública proposta.

Para fazer cumprir a obrigação de fazer, neste momento, basta ao juiz valer-se do previsto no parágrafo 4º do artigo 461 do CPC, que prevê a possibilidade de “impor multa diária ao réu, independente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”. Não se olvidando, contudo, das consequências na esfera criminal imputáveis àqueles que negam o cumprimento de ordem judicial, aí incluídos o chefe do executivo, principal obrigado, e mesmo os membros do poder legislativo.

Mas não é só, eis que a modificação das leis orçamentárias não importa em garantia de concretização da política pública definida. Mister que se valha o juiz de, nos termos do artigo 461, *caput*, do CPC, determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento”. Sugere-se, neste caso, que se nomeie alguém de confiança do juízo, preferencialmente pertencente aos próprios quadros do ente público, obrigado a acompanhar o andamento da concretização da política pública, relatando, periodicamente, ao magistrado o seu avanço, bem como o regular repasse de verba para a realização da política pública determinada nos prazos fixados pela liquidação da sentença. Não descartada, também, em hipóteses extraordinárias, a nomeação de interventor, para substituição em parte das atividades dos servidores públicos que não colaborarem com o cumprimento da sentença. Igualmente possível é o bloqueio de verbas públicas para que se dê cumprimento à sentença. Neste sentido o REsp 857502/RS²⁰.

²⁰ REsp 857502 / RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, T2 - SEGUNDA TURMA, V17/10/2006, FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, § 5º, DO

CONCLUSÃO

Já se passou o tempo no Brasil em que políticas públicas dependiam exclusivamente da vontade individual do chefe do poder executivo e, aclamadas de forma displicente no Poder Legislativo, eram avalizadas pelo Poder Judiciário, que se dizia desqualificado para apreciá-las. Os argumentos dos entes públicos, quando insubstituíveis e frágeis, de discricionariedade, oportunidade e conveniência para inexecução de políticas públicas, não mais têm sido acolhidos de forma irrefletida no Poder Judiciário.

De certo que ainda há aqueles que ainda não concordam com a sindicabilidade judicial de políticas públicas, entretanto, devem convir que tal o acolhimento de pretensão dessa natureza já é uma realidade no país, em função dos julgados nos tribunais regionais federais e dos tribunais dos estados que já foram confirmados no Superior Tribunal de Justiça e do posicionamento firme do Supremo Tribunal Federal, expresso na ADPF 45 e no RE 410.715 AGR/SP.

Mudado o paradigma anterior, demonstramos, neste artigo, os principais momentos processuais da tramitação de ação civil pública que tenha a pretensão de impelir o poder público a concretizar política pública determinada. Ressalta-se o dever do demandante em postular pedido dotado de razoabilidade e que demonstre a não prestação do mínimo essencial em relação ao direito social invocado. Enquanto isso, ao poder público se adverte que o argumento da reserva do possível exige prova cabal de sua consistência.

Em caso de acolhimento da pretensão, vimos que, com algumas medidas de harmonia entre a decisão judicial e o sistema orçamentário do ente público demandado, há como liquidar a sentença e fazê-la cumprida, sem que se perca a compatibilidade entre as leis do Plano Plurianual, das diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária

CPC - PRECEDENTES. [...] 4. Por seu turno, o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. 5. Precedentes da Primeira Seção: (REsp 787.101, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.8.2006; REsp 827.133, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29.5.2005; REsp 796509, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 24.3.2006). Recurso especial improvido.

anual. Não há lacunas no processo civil brasileiro a impedir tal mister, mormente, valendo-se o juiz dos poderes que lhe são conferidos pelo artigo 461 do Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Nilton de Aquino *et alli*. *Planejamento governamental para municípios: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual*. São Paulo: Atlas, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: JusPodium, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

CONTI, José Maurício *et alli*. *Orçamentos públicos: A Lei 4.320/1964 comentada*. Coordenador: José Maurício Conti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

FARIA, Rodrigo Oliveira de. PPA versus Orçamento: uma leitura do escopo, extensão e integração dos instrumentos constitucionais brasileiros de planejamento. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GEBRAN BETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas – Novas perspectivas de implementação dos direitos prescricionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LEONEL, Ricardo Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

PIRES, Carlos Eduardo. *Dicionário de termos de Contabilidade Pública*. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2007.

REIS, Heraldo da Costa. *O que os gestores municipais devem saber*. Rio de Janeiro: IBAM, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O MITO DA ELEIÇÃO DIRETA PARA PRESIDENTE DOS TRIBUNAIS

THE MYTH OF THE DIRECT ELECTION FOR
COURTS PRESIDENT

EL MITO DE LA ELECCIÓN DIRECTA
PARA PRESIDENTE DE LOS TRIBUNALES

Resumo:

O presente artigo analisa, precipuamente, a viabilidade de se mudar o critério para a escolha da presidência de Tribunais no país, tendo em vista a tramitação na Câmara dos Deputados da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 187/2012, que propõe alterar a Constituição para permitir, de forma muito mais elástica, a eleição livre para os órgãos diretores de todos os Tribunais de 2º grau.

Abstract:

This article examines, especially, the viability of changing the selection criteria for the Presidency of the Courts of Law, having in mind the processing on the Chamber of Deputies of the Constitutional Amendment Proposal 187/2012, which proposes to alter the Constitution in order to allow, in a more flexible way, the free election for the head bodies of all the Courts of Appeal.

Resumen:

Este artículo analiza, en primer lugar, la posibilidad de cambiarse los criterios para la elección de la presidencia de los tribunales en el país, llevando en cuenta los procedimientos en la Cámara de los Diputados de la Propuesta de Enmienda Constitucional (PEC) 187/2012, que propone modificar la Constitución para permitir, de manera mucho más elástica, la libre elección para los órganos directores de todos los Tribunales de segundo grado.

* Mestre e Doutor em Direito pela UFRJ. Desembargador Federal e ex-Membro do MP-MG. Ex-Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. Professor Titular e Pesquisador do Programa de Mestrado (MDL) da UNISUAM e da UVA.

Palavras-chaves:

Tribunais, presidência, eleição, politização.

Keywords:

Courts of law, presidency, election, politicization.

Palabras clave:

Tribunales, presidencia, elección, politización.

INTRODUÇÃO

É da tradição de nossos Tribunais – tradição esta muito anterior ao advento do Regime Militar (1964-1985) – o critério da antiguidade para o acesso e exercício de sua presidência, por meio de referendo ratificador por parte de seus membros. Ainda que seja cedo reconhecer que esta tradição já vem sendo, de certa forma, rompida, haja vista o que vem ocorrendo em alguns Tribunais Estaduais (nos quais a escolha para a presidência acontece por intermédio da eleição de uma chapa composta por parte de seus membros, não necessariamente os mais antigos, mas com um colégio eleitoral composto apenas pelos desembargadores que compõem a Corte), é lícito concluir, todavia, que os resultados colhidos até a presente data indubitavelmente nos dão conta, em maior ou menor medida, de um elevado grau de criticável politização do Poder Judiciário local, além de um relativo comprometimento da recomendável isenção (corolário do princípio basilar da eficiência) na administração destes Tribunais.

Ainda assim, salta aos olhos a tramitação, no Congresso Nacional, da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 187/2012, que propõe, simplesmente, alterar a Constituição para permitir, de forma muito mais elástica, a eleição livre para os órgãos diretores de todos os Tribunais de 2º grau.

Em linhas gerais, a chamada "**PEC de Democratização do Judiciário**" estabelece que os Tribunais Intermediários deverão passar a eleger os integrantes dos seus cargos de direção (à exceção do cargo de Corregedor) por maioria absoluta de todos os magistrados vitalícios, e não apenas de seus membros.

O argumento central repousa no frágil entendimento de que a Administração dos Tribunais "mantém suas decisões concentradas nas mãos de poucos, sem a devida justiça, e que sua concepção é baseada na hierarquia militar, reflexo dos tempos de regime militar, e que, por esta razão, sua escolha não deveria pertencer à Corte" (BOLLMANN, 2014).

UMA BREVE ANÁLISE DA PEC 187/2012

As mudanças propostas pela PEC¹ em análise resumem-se em prover uma nova redação às alíneas "a" e "b" do inciso I do artigo 96 da Constituição Federal, renominar as alíneas subsequentes e acrescentar ao artigo um parágrafo único, dispendo sobre a eleição dos órgãos diretivos dos Tribunais de 2º grau. Destarte, o texto do artigo 96 passaria a ostentar a seguinte redação, *verbis*:

Art. 96. Compete privativamente:

I – aos Tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos, por maioria absoluta e voto direto e secreto, dentre os membros do tribunal pleno, exceto os cargos de corregedoria, por todos os magistrados vitalícios em atividade, de primeiro e segundo graus, da respectiva jurisdição, para um mandato de dois anos, permitida uma recondução.

b) Elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispendo sobre a criação, a competência, a composição e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

c) (redação da atual alínea “b”);

d) (redação da atual alínea “c”);

e) (redação da atual alínea “d”)

f) (redação da atual alínea “e”);

¹ A PEC 187/2012 teve sua origem encabeçada pelo Deputado Wellington Fagundes, congressista filiado ao Partido da República (PR) e eleito pelo estado do Mato Grosso. Foi apresentada em 05/06/2012, tramitando sob o regime especial, sendo a última ação legislativa referente a ela a aprovação de parecer pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), em 15/10/2013.

g) (redação da atual alínea “f”);
Parágrafo único: Não se aplica ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais Regionais Eleitorais o disposto no inciso I, “a”, competindo-lhes eleger os seus órgãos diretivos na forma dos seus regimentos interno, observado o previsto no § 2º do artigo 120. (grifos nossos)

A par de toda a respeitável linha argumentativa, delineada pelos mais ardorosos defensores da presente tese, o mais interessante é que a referida PEC não se apresenta com o necessário **dever de coerência argumentativa** quando exclui, expressamente, os órgãos de cúpula do Poder Judiciário – ou seja, o **Supremo Tribunal Federal** (STF) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como o próprio "**tribunal da cidadania**", o **Superior Tribunal de Justiça** (STJ) –, onde, provavelmente, o argumento pelo "**clamor democrático**" seria muito mais perceptível, apreciável e adequado.

Também, vale ressaltar que a enfática defesa de que o atual **Colégio Eleitoral** para eleições nos órgãos diretivos dos Tribunais deveria ser ampliado para igualmente incluir **juizes de 1º grau** – "justamente os que têm no dia-a-dia contato direto com o cidadão que demanda justiça" (BOLLMANN, 2014) –, resta, no mínimo, contraditória, posto que, por esta mesma linha de raciocínio, seria necessário incluir os demais operadores do Direito (membros do Ministério Público e advogados) pelas mesmas razões apontadas.

É curioso observar que ninguém se preocupou em estudar mais aprofundadamente e, sobretudo, entender, com mais atenção, as razões históricas de o consagrado **critério de antiguidade** ter se fixado no Poder Judiciário como uma salutar tradição que se iniciou após o fim do Estado Novo (1937 a 1945)², exatamente como uma

² A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas logo após o início do período ditatorial do Estado Novo e que ficou conhecida vulgarmente como a "Polaca", em virtude de sua grande semelhança com a contemporânea constituição autoritária da Polônia, simplesmente extinguiu a Justiça Federal, bem como retirou poderes dos Tribunais pátrios, dentre eles o de elegerem seus próprios dirigentes, restando apenas o disposto em seu artigo 93, *verbis*: "Art 93 - Compete aos Tribunais: a) elaborar os Regimentos Internos, organizar as Secretarias, os Cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos; b) conceder licença, nos termos da lei, aos seus membros, aos Juizes e serentúarios, que lhes são imediatamente subordinados".

importante e necessária resposta ao **clamor democrático** que repudiou, de forma veemente, o anterior **critério eletivo amplo** que somente serviu aos interesses populistas daquele odioso e repulsivo momento histórico, que se caracterizou pela centralização de poder, fortemente travestida de nacionalismo e exacerbado autoritarismo.

É importante registrar que todas as Constituições posteriores a este momento ditatorial³ outorgaram plena **autonomia** aos Tribunais para elegerem seus cargos de direção – exclusivamente por voto de seus membros e observado o critério de antiguidade –, o que acabou por consagrar o importantíssimo princípio do **autogoverno da magistratura** em nosso país.

Ademais, a razão de ter sido historicamente privilegiado o **critério de antiguidade** nos referidos processos de escolha dos órgãos diretivos de nossos Tribunais se deve ao fato de que, não obstante o Poder Judiciário ser um reconhecido **poder político**, inerente ao Estado Democrático, sua função precípua (jurisdicional) é exercitada de forma predominantemente **técnica**, por meio de uma tríade indissociável a incluir a **imparcialidade**, a **impressoalidade** e a **independência**, paradigmas que revelam um imperativo de necessário e saudável distanciamento político e de ações políticas por parte de seus membros.

A prevalecer, *data maxima venia*, essa irrefletida, descabida (e pouco debatida) proposta de emenda à Constituição, passaríamos a ter – de forma impositiva e desafiadora da própria **autonomia** judiciária –, nos Tribunais Estaduais e, em particular, nos Tribunais Regionais Federais – caracterizados pelo número restrito de desembargadores – inéditas **disputas político-eleitorais** que não somente poderiam vir a paralisar o bom andamento de seus trabalhos, a envolver seus membros em intensas campanhas eleitorais por vários meses anteriores ao pleito (se assemelhando, em muito, ao que ocorre nas Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil/OAB), mas também abrir um verdadeiro leque de possibilidades inimagináveis, como a de que desembargadores advindos do quinto constitucional e recém-empossados, sem qualquer conhecimento sobre o funcionamento administrativo de um tribunal – mas com excelente trânsito político – possam ser eleitos para a alta administração do tribunal

³ Constituição de 1946: artigo 97, I; Constituição de 1967: artigo 110, I; Constituição de 1988: artigo 96, I, "a".

e, inclusive, para a sua presidência, pondo muitas vezes a perder, por seu conhecimento incipiente da função, uma organização eficiente construída ao longo de décadas e forjada em vigorosa experiência e maturidade que somente o tempo efetivamente propicia.

Igualmente, ao excluir, dos novos critérios propostos, o cargo de Corregedor, poderia vir a ocorrer a esdrúxula situação factual em que o cargo de **Corregedor**, eventualmente ocupado por desembargador mais antigo, teria certa **ascendência** sobre o **Presidente**, em sinérgica subversão hierárquica não somente da estrutura do próprio tribunal, mas também em relação à organização vertical do Poder Judiciário⁴.

Temerariamente, parece que tais situações pontuais encontram-se, ainda que de maneira implícita, na justificação para a proposição da PEC em comento, haja vista a atual realidade pátria, em que muito tem sido conseguido, lamentavelmente, pelo "compadrio".

Em necessária adição argumentativa, deve ser consignado, em tom de sublime advertência, que tal alteração, uma vez conduzida a efeito, seria de monta suficiente para causar graves danos à imagem de **imparcialidade** do Poder Judiciário, com o consequente e eventual surgimento de possíveis **lobbies** de empresários e políticos por trás das chapas concorrentes aos cargos diretivos dos Tribunais, tudo com vistas a verem seus interesses privilegiados.

Dessa feita, verifica-se, a toda evidência – especialmente pelas várias possíveis consequências derivadas –, que a proposta *sub examen* é por demais complexa para ser reduzida a uma simples **identidade democrática**; afinal, dentre os vários poderes de um presidente de tribunal encontra-se não somente a prerrogativa de estabelecer a pauta de julgamento⁵, como ainda a própria ordem dos trabalhos, influenciando, sobremaneira, o destino temporal dos julgamentos.

⁴ É conveniente lembrar que toda a **estrutura corporativa** – seja no **contexto interno dos Tribunais**, ou mesmo de **todo o Poder Judiciário** –, encontra-se indubitavelmente construída sobre os pilares do critério da **antiguidade na carreira**. Assim, a própria organização da **disposição física** (assentos) no **Plenário** é por **ordem de antiguidade**, bem como, nos juízos monocráticos, o acesso à **titularidade** das **Varas Judiciárias** é realizado por **antiguidade**, sendo certo que quando providas (quer a titularidade dos juízos, que a promoção ao tribunal) pelo **critério alternativo de merecimento**, os juízes precisam figurar necessariamente **na quinta parte da lista de antiguidade**.

⁵ É de se pensar refletidamente que a aprovação da PEC 187/2012 abria um importante

CRITÉRIOS PARA O ACESSO E EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DE TRIBUNAIS EM OUTROS PAÍSES

A título comparativo, vale, neste momento, trazer à baila como funcionam o acesso e o exercício da presidência nos Tribunais em alguns países com governo reconhecidamente democrático.

Na Índia, a maior democracia do mundo, o presidente da Suprema Corte é nomeado pelo Presidente do país, recaindo esta designação, geralmente, sobre o juiz mais antigo da Corte naquele momento, ou seja, é seguido o **critério de antiguidade**, assim como ocorre no Brasil⁶.

No Chile, país de raízes culturais também ibéricas, com sistema legal próximo ao nosso e reconhecida recuperação democrática após os duros anos da **Ditadura Pinochet**, a eleição para a presidência de sua Corte Suprema segue a tradição de os magistrados elegerem o ministro mais antigo⁷, assim como ocorre com os demais Tribunais inferiores, como nas chamadas Cortes de Apelação.

Por outro lado, na Espanha, país no qual a Constituição, promulgada em 1978, é contemporânea à nossa e também foi redigida

precedente para se promover, em uma segunda etapa, a ampliação da medida supostamente "**democratizante**" para os Tribunais superiores – e mesmo para o STF –, permitindo-nos questionar, neste momento, que, caso tal hipótese já se constituísse em uma realidade e, conseqüentemente, se houvesse eleições para a Presidência do STF, a **Ação Penal n. 470** ("mensalão") já teria sido julgada com os excepcionais (e inéditos) resultados alcançados?

⁶ Insta salientar que referida tradição convencionada só foi posta de lado durante o governo de Indira Gandhi, no qual foi nomeado presidente da Suprema Corte A. N. Ray, apesar de haver três juízes mais antigos do que ele naquele momento. Pressupõe-se que a nomeação de A. N. Ray deu-se por ser um grande defensor do governo de Gandhi, algo muito importante em um período em que tal governo estava visivelmente se atolando em uma crise política e constitucional.

⁷ É importante esclarecer, por dever de lealdade acadêmica, que tal tradição somente foi afastada por uma única vez, quando da eleição para substituir o presidente Milton Juica. Os ministros Adalis Oyarzún e Jaime Rodríguez Espoz eram os subseqüentes na ordem de antiguidade mas, por lhes faltar pouco tempo para atingir setenta e cinco anos de idade e aposentar-se obrigatoriamente, os outros ministros calcularam que, se ocorresse a eleição de um dos dois, muitos dos que os seguiam na linha de antiguidade atingiriam a idade expulsória antes de poderem ter acesso à Presidência. Nesta ocasião, optou-se então por uma votação fechada, na qual cada juiz escreveu em um papel o nome de seu candidato, sendo vencedor Rubén Ballesteros Cárcamo, o quarto ministro na ordem de antiguidade daquela Corte Suprema.

após vários anos de regime ditatorial, a designação para a presidência dos Tribunais Superiores de Justiça das comunidades autônomas se dá, em efetiva contraposição, por meio da realização de criticáveis **acordos políticos**, o que tem gerado grandes problemas, em especial nas regiões tradicionalmente avessas ao poder central emanado de Madri, tais como a Catalunha e o País Basco, apenas para citar algumas. Ademais, a própria categoria dos magistrados daquela nação tem visto com grande apreensão esta **politização** da Justiça, que não seria de forma alguma um reflexo de uma maior democracia, mas apenas a certeza de que verdadeiros "**conchavos políticos**" conseguem melhores resultados na hora de se buscar a posição de presidente, o que, de forma alguma, é o que se espera que ocorra em uma instituição que pugna pela necessária imparcialidade.

A SITUAÇÃO ATUAL DAS ELEIÇÕES PARA A PRESIDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Voltando os olhos à nossa própria situação fática, insta salientar que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) vigente expressamente prevê, em seu artigo 102, que "**Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição**".

Referido fato nunca preocupou os Tribunais com poucos desembargadores. Salvo raras exceções, neles vem sendo seguida a antiguidade nos cargos de direção, sendo que todos, ou quase todos, chegam à presidência, vice-presidência ou corregedoria.

A situação, contudo, apresenta-se diferente nos Tribunais maiores, e por um motivo muito simples: quem entra em um tribunal com trinta juízes ou mais provavelmente nunca chegará aos cargos de direção. Ainda que quinze de seus colegas já tenham presidido a Corte, morram ou se aposentem, os quinze restantes significarão trinta anos de espera. Isto obviamente desagrade aos mais novos, alguns com uma enorme vontade (e mesmo vocação) em atuar

como presidentes.

Assim, são os Tribunais de porte médio (vinte a quarenta e nove desembargadores) e os de grande porte (cinquenta ou mais desembargadores, caso do TJ-SC, PR, MG, RJ, RS e SP) que não têm aceitado a antiguidade como critério único de escolha⁸, ainda que não a tenham renegado por completo.

De Freitas (2011), desembargador federal aposentado do TRF 4ª Região, onde foi presidente, e consagrado professor universitário, entende que **"o anseio de presidir um tribunal é uma aspiração legítima e nada tem de errado. Pelo contrário, é ótimo que quem assuma tão difícil posição esteja preparado e disposto, física e psicologicamente, a dedicar dois anos de sua existência à causa pública"**.

Aduz o douto colega, ademais, que a presidência de um Tribunal Intermediário (TJ, TRF ou TRT) é onde se pode fazer mais pela efetividade da Justiça, posto ser o presidente destes Tribunais quem dá a política da gestão judiciária no estado ou na região, que pode incentivar os juízes e servidores, instalar Varas, realizar concursos, conduzir a construção de Fóruns, implementar o processo eletrônico, estimular a conciliação e pôr em prática tantas outras importantíssimas medidas.

De Freitas menciona também, contrariamente ao pensamento dos defensores da PEC 187/2012, **"que não tem qualquer cabimento a pretensão de que todos os juízes votem para presidente**, pois isto culminaria em campanhas pelo interior, promessas de favores, animosidade entre facções em disputa e outros tantos problemas.

⁸ Recentemente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi palco de movimentação em favor da adoção de eleições diretas. De acordo com o desembargador Nelson Missias de Moraes, as eleições democráticas, nas quais todos possam participar, são um forte instrumento de aperfeiçoamento do Poder Judiciário, em razão dos debates acerca das questões institucionais e compromissos de cada candidato. Ainda segundo ele, **"dessa forma, com vontade política e atitude, Minas se antecipa ao legislador e, de maneira pioneira, reconhecerá o juiz de 1ª instância como membro de Poder, e o é, tal qual os desembargadores"**. Já em São Paulo, onde o Tribunal de Justiça é composto de trezentos e cinquenta desembargadores, a eleição para a presidência do órgão já ocorre sem se atentar especificamente para o critério da antiguidade, havendo atualmente uma forte movimentação política no sentido de que não apenas os desembargadores, mas todos os magistrados possam participar da escolha.

Nessa linha, no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, cujo Tribunal de Justiça possui cento e oitenta desembargadores, com vinte e cinco fazendo parte do Órgão Especial, a escolha da presidência se dá por votação secreta pela **maioria dos membros do Tribunal**, podendo concorrer apenas **os membros efetivos do Órgão Especial**, cuja metade é provida pelo **critério de antiguidade**. Assim, constata-se, neste ente federativo, a adoção de um critério de eleição, que poderia ser considerado misto, haja vista o fato de, dentre os desembargadores elegíveis, metade ser composta dos membros mais antigos do Tribunal, mas, ainda assim, excluídos, em qualquer hipótese, os juízes de 1º grau como sujeitos eleitorais **ativos**.

Analisando a questão no âmbito da Justiça Federal, cabe salientar que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em seu Regimento Interno, deixa claro que a eleição para sua Presidência dar-se-á por votação de seus vinte e sete desembargadores, recaindo a escolha, **preferencialmente, sobre os desembargadores federais mais antigos**, ou seja, utiliza-se do **critério de antiguidade**.

Tal critério é o que também é utilizado, tradicionalmente, por nossa Corte máxima, o Supremo Tribunal Federal – STF. Assim, nem todos os ministros chegam à Presidência do Supremo. Nas eleições, atualmente feitas a cada dois anos, é respeitada a antiguidade, tendo prioridade o ministro que entrou há mais tempo na Corte, com o presidente sendo eleito por seus pares em Plenário, por voto secreto⁹.

Igualmente, é o critério adotado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, desde sua criação e instalação, em 1989, em repetição ao idêntico critério aplicado historicamente, desde sempre¹⁰, ao Tribunal Federal de Recursos – TFR, quando de sua criação, em 1946, durante o importantíssimo processo de **redemocratização** do Brasil.

Uma das anunciadas temeridades no caso de uma eventual aprovação da PEC 187/2012, recai exatamente no fato de que, como

⁹ Vale salientar que muitos ministros do STF se aposentam antes de chegarem ao topo da lista de mais antigos, como foi o caso recente do ministro Eros Grau, que completou setenta anos e foi aposentado compulsoriamente, sendo à época o quarto mais moderno do STF.

¹⁰ Deve ser consignado que o texto do artigo 8º da Lei nº 33/1947, que dispõe sobre a criação do Tribunal Federal de Recursos – TFR, expressamente previu que o referido tribunal seria instalado sob a presidência do mais velho de seus titulares.

a **base** da pirâmide hierárquica do Judiciário é muito maior do que a sua Cúpula, na prática, seriam os juízes vitalícios com **menos** de cinco anos na carreira, muitos com menos de trinta anos de idade e pouquíssima experiência judicante, quem, de fato, decidiriam as eleições. E ainda – o que é mais grave –, para que eles, em um segundo "**momento democratizante**", passem de simples eleitores (sujeitos eleitorais **ativos**) a **membros** elegíveis (sujeitos eleitorais **passivos**)¹¹, seria relativamente simples, do ponto de vista político, permitindo o risco de começarmos a ver Tribunais espalhados pelo país inteiro presididos por juízes de 1º grau com **menos** de cinco anos de carreira, ou seja, com pouquíssima experiência no que pertence à administração complexa que envolve a estrutura de um tribunal, além de uma idade cronológica em que a própria maturidade humana – essencial à função judicante e administrativa –, ainda não se encontra plenamente assentada.

A ESFERA DO PODER LEGISLATIVO: AS ELEIÇÕES PARA A PRESIDÊNCIA DAS CASAS DO CONGRESSO NACIONAL

É interessante destacar que no âmbito do Poder Legislativo – no que pertence ao fato de não recair na massa da população com capacidade eleitoral **ativa** a escolha de seus cargos diretivos –, a eleição para a presidência da Câmara dos Deputados igualmente não inclui os senadores, que também são congressistas, sendo certo que, inclusive, para eleição da Mesa Diretora do Senado Federal – incluindo o cargo de Presidente do Senado e de todo o **Congresso Nacional** –, não votam os deputados federais¹², mesmo sendo fato que, nos trabalhos conjuntos englobando ambas as Casas Legislativas, a presidência recai sobre um senador, escolhido exclusivamente por seus pares.

¹¹ É importante ressaltar que tal previsão normativa não se encontra prevista no texto da PEC 187/2012. Todavia, após sua aprovação, seria um natural desdobramento de sua aplicação prática, posto que em qualquer sistema eleitoral o direito de eleger encontra-se irremediavelmente adstrito à potencialidade eleitoral de também poder ser eleito.

¹² Na Câmara dos Deputados, seu Regimento Interno dispõe, no artigo 7º, que a

O CLAMOR PELA DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Resta incontestável que uma das naturais aspirações de um juiz de carreira – que por seus reconhecidos méritos logrou aprovação em difícilíssimo concurso público de acesso –, é não somente ser promovido ao respectivo tribunal a que se encontra adstrito, na medida em que avança temporalmente na carreira, como também participar mais ativamente das decisões que, em grande medida, alteram os rumos do Poder Judiciário.

É exatamente nesse contexto que não somente se faz imperativa como, igualmente, se almeja – como um autêntico clamor de seus membros –, uma verdadeira "**democratização do Poder Judiciário**". Tal pretensão, legítima em sua origem e em sua intenção – resta lícito concluir –, passa, necessariamente, por amplas e profundas mudanças estruturais que afastem definitivamente o **conservadorismo predominante**, sobretudo aquele ditado pelo **poder político** a que, reconhecidamente, o Judiciário se encontra criticavelmente subordinado.

Assim, é de se registrar que, essencialmente, as legítimas aspirações dos magistrados de 1º grau, em última análise, não são satisfeitas pelo simples fato de que eles não possuem o direito de eleger (ou serem eleitos) para os cargos de direção dos Tribunais, mas, muito mais acertadamente, porque dificilmente chegarão a estes importantes cargos pelo isento **critério de antiguidade** em razão de a própria carreira não permitir esta natural evolução gradualística, em virtude, sobretudo, de **antidemocráticas intervenções políticas externas** que permitem admitir, de forma ampla e

eleição dos membros de sua Mesa Diretora far-se-á em votação por escrutínio secreto e pelo sistema eletrônico, exigida maioria absoluta de votos, em primeiro escrutínio, e maioria simples, em segundo escrutínio, presente a maioria absoluta dos Deputados. O Senado Federal é igualmente dirigido pela Mesa, composta pelo Presidente, Primeiro e Segundo Vice-Presidentes e quatro Secretários. São indicados, também, quatro suplentes de Secretários para substituir os titulares em caso de impedimento. Os senadores se reúnem, em sessão preparatória, para eleger os componentes da Mesa, sendo a votação realizada de maneira secreta, por maioria de votos, presente a maioria dos senadores e assegurada, tanto quanto possível, a participação proporcional das representações partidárias ou dos blocos parlamentares com atuação na Casa (Regimento Interno, artigos 3º e 46). Vale lembrar que o Presidente do Senado Federal acumula a função de Presidente do Congresso Nacional.

gradual, nas instâncias superiores, o ingresso de juízes oriundos de outras carreiras ou funções, como a advocacia ou o Ministério Público, e que – além de simplesmente não se submeterem ao concurso público de acesso à magistratura nacional –, **subvertem a natural ordem hierárquica implícita** em todas as carreiras do serviço público (situação em que a carreira da **magistratura** não pode ser apontada como exceção), em efetivo prejuízo das mais corriqueiras aspirações daqueles que continuam a aguardar, ano após ano, por uma ansiada promoção aos Tribunais dos mais variados graus e, porque não, à última instância, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal.

Este é exatamente o cerne da **questão democrática** que precisa ser verdadeiramente enfrentado, sem os "**desvios de atenção**" que se pretende, ainda que inconscientemente, impor, camuflando os verdadeiros caminhos a serem trilhados para efetivamente se avançar no **processo democrático**, rompendo com as últimas amarras da herança autoritária do período getulista.

Senão, vejamos: 100% das vagas de Juízes de 1º grau são, atualmente, providas exclusivamente por candidatos que, unicamente pelo critério meritório do concurso público de provas e títulos, lograram aprovação, revelando um grande avanço democrático, na exata medida em que, no período compreendido entre 1966 e 1973, os cargos de juízes federais de 1º grau eram providos por simples indicação política do Poder Executivo¹³.

Todavia, nos Tribunais Intermediários, por uma herança da Era Vargas¹⁴ (até hoje não objeto de necessária correção democratizante), apenas 80% das vagas de desembargadores (Juízes de 2º grau) são destinadas aos magistrados de carreira e, ainda assim, apenas metade destas, ou seja, 40% do total são reservadas aos juízes de 1º grau pelo critério de antiguidade, sem qualquer ingerência política¹⁵.

¹³ Esta sim revelou-se uma grande **conquista democrática**, na exata medida em que não somente restringiu, pelo menos na 1ª instância da Justiça Federal, as interferências políticas no Judiciário que tanto comprometiam sua necessária isenção, independência e imparcialidade.

¹⁴ A implementação nos Tribunais pátrios do chamado **quinto constitucional**, ideia corporativista do governo Getúlio Vargas, ocorreu com a inserção desta no artigo 104, § 6º, da Constituição de 1934.

¹⁵ As demais vagas (40% do total) são providas pelos magistrados de carreira, porém pelo **critério político do "merecimento"** em que a escolha final, dentre uma lista tríplice constituída pelos integrantes do Tribunal, é submetida ao Chefe do Executivo

Nos Tribunais Superiores a situação é ainda mais desafiadora, posto que no Tribunal da Cidadania, o STJ, órgão de cúpula das justiças comum local (estadual e distrital) e federal, o **quinto constitucional** é transformado em **terço constitucional**, ou seja, o percentual de 80% de acesso de juízes de carreira é reduzido para 67%, sendo certo que todas as vagas são providas por critérios políticos de formação da lista tríplice com posterior escolha discricionária e soberana pelo Chefe do Poder Executivo¹⁶.

No Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula de todo o Poder Judiciário, todas as vagas (onze, no total), insta salientar, são exclusivamente providas por livre escolha do Chefe do Executivo, excluída qualquer vinculação à necessária nomeação de juízes de carreira¹⁷.

O clamor por mais **democracia no Poder Judiciário**, portanto, preconiza, em tom sublime, uma maior defesa pelo **fortalecimento da carreira**, o que se traduz pelo reforço dos critérios meritórios e, conseqüentemente, por cada vez menos ingerências políticas de outros Poderes e, sobretudo, menor politização *interna corporis*, reafirmando o preceito democrático de amplo acesso de seus membros exclusivamente por **critérios de antiguidade** que melhor traduzem os esforços naturais de desempenho na carreira judicante.

(estadual – Governador; ou federal – Presidente da República, conforme o caso) para sua livre escolha. Vale registrar que o próprio Presidente do STF já se manifestou contrariamente a tal critério (*O Globo*, ed. digital, 20/12/2012), defendendo a exclusividade do **critério de antiguidade** para a promoção de juízes aos Tribunais, que é objetivo.

¹⁶ Deve ser registrado, por oportuno, que das vinte e duas vagas (dentre um total de trinta e três) destinadas a desembargadores estaduais ou distritais (onze vagas) e federais (onze vagas), estas incluem os desembargadores oriundos do quinto constitucional, o que, na verdade, reduz, por vias transversas, o percentual real de magistrados de carreira a menos de **50% do total**. Apenas no **Tribunal Superior do Trabalho** tal anomalia foi corrigida pelo disposto no artigo 111-A da CRFB, que não somente manteve o critério do quinto constitucional, mas tornou exclusivo o acesso de 80% das vagas aos desembargadores do trabalho de carreira.

¹⁷ O critério de acesso ao STF, previsto no artigo 101 da CRFB, preconiza exclusivamente o "notável saber jurídico", o que implica dizer que não somente é possível não nomear nenhum juiz de carreira, como ainda nomear um juiz de 1º grau, em virtual subversão da própria carreira da magistratura nacional.

CONCLUSÃO

É importante salientar que, nos últimos tempos, o verbo "**democratizar**" ganhou uma notável importância que, entretanto, não tem sido acompanhada de sua correspondente e correta interpretação.

Democratizar não significa, necessariamente, tornar todas as funções do Estado elegíveis e, de igual forma, ampliar irrestritamente o Colégio Eleitoral daquelas em que se faz pertinente o critério de escolha.

Em verdade, é muito mais o princípio do **amplo acesso** – ainda que por critérios distintos da eleição, tais como o **concurso público** –, o caminho que se revela mais democrático para o preenchimento dos cargos e funções do Estado, em praticamente todos os seus níveis, notadamente nos que se exercem à margem da **política** e que se afirmam por **desempenho técnico**.

No caso específico da função judicante, não é possível deixar de reconhecer que, hodiernamente, esta se perfaz por um viés no qual a experiência de vida permite uma interpretação crescentemente mais justa das leis, tornando-se cada vez melhor quanto maior for o tempo em atividade. Relembre-se, neste sentido, que, na antiguidade, os julgamentos eram efetuados por conselhos de anciãos, ou seja, a "**justiça**" era proporcionada pelos indivíduos mais experientes no seio social, reconhecendo-se a **maturidade, a experiência de vida e o conhecimento prático e teórico acumulado ao longo do tempo** como essenciais ao mister da função jurisdicional e administrativa correlata.

É exatamente por esta razão que não é possível que se cogite faltar democracia no fato de continuarmos a seguir o consagrado **critério de antiguidade** na eleição de presidentes dos Tribunais pátrios, como medida de salutar **equilíbrio e não politização** do Poder Judiciário nacional, seguindo os melhores e mais diversos exemplos presentes nos países mais democráticos da atualidade, bem como do próprio processo de **democratização do Judiciário**, inaugurado a partir de 1946, que buscou sepultar, em definitivo, o "populismo" da Ditadura Vargas, que permitiu curvar todos os Tribunais sobreviventes (é importante lembrar que a Constituição de 1937 simplesmente extinguiu a Justiça Federal) às suas ordens e interesses, por

meio, sobretudo, da aplicação do amplo critério eletivo (e eleitoreiro) de seus Presidentes.

Não é por outra sorte de considerações, portanto, que devemos sempre ter em mente que o verdadeiro caminho para a **democratização do Judiciário** passa não pela **politização** tanto de sua estrutura como de seus membros, mas sim (e principalmente) pelo **fortalecimento** da própria **carreira** (exclusivamente composta de magistrados concursados), como ainda e fundamentalmente pela sinérgica efetividade do poder jurisdicional inerente aos magistrados de 1º grau, o que implica em restringir os inúmeros recursos e a ampla gama de nefastos efeitos suspensivos que vêm transformando, na prática, os juízos monocráticos em simples **juízos de instrução**, como bem assim seus respectivos julgadores em meros magistrados de **iniciação processual**¹⁸.

Por efeito conclusivo, é exatamente a **despolitização** e o afastamento do **caráter populista e eleitoreiro** nos Tribunais que, historicamente – ao reverso do que preconizam os mais desavisados –, se constituem na grande e verdadeira conquista democrática **pós-ditadura Vargas**, sendo certo que ainda resta o desafio de ver sepultada a última herança daquele sombrio regime, ou seja, a extinção da figura política do **quinto constitucional**, a permitir, por derradeiro, a prevalência do critério **meritocrático** de acesso a todos os Tribunais, com a conseqüente promoção de seus membros circundada exclusivamente aos juizes de carreira, afastando-se, desta feita, qualquer ingerência política de outros poderes ou mesmo de **politizações** indesejadas, em efetiva consagração da **democracia** (e dos valores democráticos) que preconiza a existência de um Poder Judiciário realmente independente. Afinal, não é do interesse do povo brasileiro que o **Poder Judiciário** venha a se transformar em simples **Serviço Judiciário**.

¹⁸ É exatamente esta esdrúxula e condenável situação que clama pelo urgente resgate da própria dignidade da magistratura e do necessário orgulho de ostentar a condição de magistrado.

REFERÊNCIAS

CÂMARA DOS DEPUTADOS, Biblioteca Digital. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1926/regimento_interno_9ed.pdf?sequence=4> Acesso em: 1º abr. 2014.

CARDOSO, Antonio Pessoa. *Quinto Constitucional*. Disponível em: <http://www.profpito.com/QuintoconstitucionalCardoso.html>. Acesso em: 9 abr. 2014.

BOLLMANN, Vilian. A completa democratização do Judiciário. *Correio Braziliense*, Brasília, 26 mar. 2014. Disponível em: <http://www.ajufe.org/imprensa/ajufe-na-imprensa/a-completa-democratizacao-do-judiciario/>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

CODJERJ. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/codjerj_novo.pdf> Acesso em: 1º abr. 2014.

CONSULTOR JURÍDICO. *Democratização do judiciário - Juízes farão ato para pedir eleições diretas em tribunais*. 17 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-17/magistrados-farao-ato-dia-31-marco-pedir-eleicoes-diretas-Tribunais>. Acesso em: 31 mar. 2014.

CORREO SR, Por una alternativa de los trabajadores y la Juventud. *Chile - Ruben Ballesteros y los Derechos Humanos*. Correo Semanal, Santiago do Chile, 20 dez. 2011. Disponível em: <http://correosemanal.blogspot.com.br/2011/12/chile-ruben-ballesteros-y-los-derechos.html>. Acesso em: 3 abr. 2014>.

DE FREITAS, Vladimir Passos. *As novidades nas eleições à presidência dos Tribunais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-dez-11/segunda-leitura-novidades-eleicoes-presidencia-Tribunais>. Acesso em: 31 mar. 2014.

DÍAZ, Felipe. *La Tercera*. Santiago do Chile, 15 dez. 2013. Disponível em: <http://diario.latercera.com/2013/12/15/01/contenido/pais/31-153388-9-jueces-alistan-eleccion-de-sergio-munoz-como-nuevo-presidente-de-la-suprema.shtml>. Acesso em: 31 mar. 2014.

EL MUNDO. *Fracasa la elección de Presidente de STJ en País Vasco, Cataluña y Valencia*. Madrid, 28 jan. 2010. Disponível em: <http://www.elmundo.es/el-mundo/2010/01/28/espana/1264698515.html>. Acesso em: 31 mar. 2014.

JUSTIÇA FEDERAL, Seção Judiciária do Paraná. *História da Justiça Federal*. Disponível em: <http://www.jfpr.gov.br/institucional/jfpr/historia.php>. Acesso em: 9 abr. 2014.

MANDEL, Gabriel. *Data-limite*. CNJ bloqueia Sartori e afeta processo eleitoral em São Paulo. Consultor Jurídico, 12 nov. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-12/indefinicao-candidatura-ivan-sartori-mexe-eleicao-tj-sp>. Acesso em: 1º abr. 2014.

PROFESSOR ELIAS CONCURSOS PÚBLICOS. *Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região*. Disponível em: <http://professorjoselias.blogspot.com.br/2011/10/regimento-interno-trf-2-regiao-titulo-i.html>. Acesso em: 1º abr. 2014.

SENADO FEDERAL, Portal Senadores. *Composição da Mesa do Senado Federal*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senadores/mesadiretora.asp>. Acesso em: 3 abr. 2014.

SOUZA, André de; BRÍGIDO, Carolina. Presidente do STF defende fim da promoção por merecimento. *O Globo*, Rio de Janeiro, 20 dez. 2012. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/presidente-do-stf-defende-fim-da-promocao-por-merecimento-7113007>. Acesso em: 9 abr. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo já teve 27 presidentes na Nova Capital*. Segunda-feira, 19 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124564>. Acesso em: 1º abr. 2014.

WIKIPEDIA - A enciclopédia livre. *Chief Justice of India*. Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Chief_Justice_of_India. Acesso em: 8 abr. 2014.

_____, Cortes de Apelaciones de Chile. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/wiki/Cortes_de_Apelaciones_de_Chile> Acessado em: <8 Abr 2014>.

_____ *Estado Novo (Brasil)*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_\(Brasil\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_(Brasil))>. Acesso em: 3 abr. 2014.

Umberto Ramos Rodrigues*

TRIBUNAIS DE DROGAS: UM NOVO CAMINHO

DRUG COURTS: A NEW WAY

LOS TRIBUNALES DE DROGAS: UN NUEVO CAMINO

Resumo:

O tráfico e o consumo de drogas no Brasil têm crescido nas últimas décadas a despeito do modelo repressivo criminal instituído no país para enfrentamento do fenômeno. Os Tribunais de Drogas, batizados no Brasil como Justiça Terapêutica, apresentam uma proposta de diferenciação entre o traficante e o usuário, oferecendo ao último tratamento no lugar de punição.

Abstract:

The trafficking and drug consumption in Brazil has grown in recent decades despite the repressive criminal model established in the country to combat this phenomenon. The Drug Court, named in Brazil as Therapeutic Justice, proposes a distinction between the dealer and the user, offering the latest treatment instead of punishment.

Resumen:

El consumo y el tráfico de drogas en Brasil ha crecido en las últimas décadas pese al modelo penal represivo establecido en el país para combatir este fenómeno. El Tribunal de Drogas, bautizado en Brasil como la Justicia Terapéutica, presentó una propuesta para diferenciar entre el distribuidor y el usuario, ofreciendo al último tratamiento en lugar de castigo.

* Mestre em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas. Delegado de Polícia Federal - Delegado Regional Executivo da Superintendência do DPF em Goiás.

Palavras-chaves:

Tráfico de drogas, Tribunal de Drogas, traficante, usuário.

Keywords:

Drug Trafficking, Drug Court, drug dealer, user.

Palabras clave:

Tráfico de drogas, Tribunal de Drogas, traficante, usuario.

INTRODUÇÃO

Durante grande parte do século XIX, as drogas não representavam uma preocupação ao Estado brasileiro. Maconha e cocaína eram consumidas livremente no território nacional. A sociedade da época condenava a prática, mas não considerava um perigo efetivo. As primeiras ações repressivas surgiram no século XX e partiram de alguns médicos especialistas, que lideraram movimentos de repressão e internamento de viciados.

O Decreto n. 4.294, de 6 de julho de 1921, inaugura o tratamento repressivo-criminal das “drogas”. A criminalização do usuário de cocaína (semelhante aos termos atuais) só ocorreu a partir da década de 1930, quando houve a penalização aplicada àqueles que portassem drogas sem prescrição ou em quantidade acima de receituário médico ou odontológico. No mesmo Decreto, a maconha também foi incluída na lista de substâncias proibidas.

O uso de drogas, principalmente de cocaína, era um hábito da elite, dos ambientes sofisticados e intelectualizados. Nas camadas sociais mais baixas havia o consumo de maconha como uma prática incipiente.

Ao longo do século XX, em meio a controvérsias sobre o tema, o Brasil adotou um modelo que instiga a criminalização das drogas, com punições aos usuários e aos traficantes, e com repercussões no sistema jurídico criminal sobre o mercado das drogas, especialmente da cocaína.

A Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, dispôs sobre medidas

de prevenção ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. Tal normativo vigorou até a promulgação da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabeleceu normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e definiu crimes.

As leis das políticas públicas sobre as drogas no Brasil estabeleceram o caráter criminal ao tráfico e ao uso de certas drogas com o intuito de proteger a sociedade, sobretudo preservar a saúde pública e reduzir a violência urbana. No entanto, a crença de que a repressão policial e a criminalização seriam capazes de frear o consumo, ao desaquecer o mercado ilícito das drogas, é absolutamente infundada e intangível (MORAIS, 2005).

Nesse contexto, independentemente de qualquer juízo de valor, o tráfico de drogas, especialmente cocaína, e seus efeitos relacionados à criminalidade, devem ser interpretados, no Brasil, como um problema social. Os dados apontados a seguir indicam um crescimento do fluxo e do consumo de cocaína no país.

Conforme se pretende demonstrar, a expansão do tráfico, da produção e do consumo de drogas no Brasil pode ser, em parte, debitada ao conjunto de erros da política antidrogas instituída no país. Desde as primeiras normas (décadas de 1920 e 1930 do século XX) até a atual (Lei n. 11.343/2006), consagrou-se o modelo eminentemente repressivo e reativo no trato do fenômeno “drogas”, resultando na criminalização do comércio e também do porte de entorpecentes para uso próprio. Tal diretriz não tem sido capaz de frear a prosperidade do comércio ilegal de entorpecentes, tampouco de equacionar a instabilidade social urbana, convenientemente creditada às negociatas envolvendo drogas.

Os dados sobre o consumo e o tráfico de drogas, especialmente cocaína, no Brasil e no mundo, são preocupantes. O Relatório Mundial sobre Drogas 2013, do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), divulgado em 26 de junho de 2014, estima que cerca de 243 milhões de pessoas, ou 5% da população global entre 15 e 64 anos de idade, usaram drogas ilícitas em 2012. Os usuários de drogas problemáticos, por outro lado, somaram por volta

de 27 milhões, cerca de 0,6% da população adulta mundial, ou uma em cada duzentas pessoas.

No Brasil, os dados também surpreendem! O país, outrora rota de trânsito, passou a ser um dos maiores mercados consumidores de substâncias entorpecentes da América Latina e a ter o maior número de usuários de cocaína (900.000) da América do Sul (UNODC, 2014). Estima-se que atualmente existe 1,2 milhão de consumidores de crack – variação da cocaína – no país (Revista Veja Edição 2356, ano 47, n. 3, de 15 de janeiro de 2014). Esta droga (crack) começou a ser disseminada na década de 1990, portanto, há menos de vinte e cinco anos.

A despeito do expressivo volume de apreensões de drogas no Brasil (35,7 toneladas de cocaína em 2013), conforme Desempenho Policial (2014), as organizações criminosas têm expandido seus mercados e lucros. O número de usuários cresceu e o tráfico de drogas ganhou capilaridade em todo o país.

Portanto, fica evidente que o modelo repressivo para as drogas instituído no país tem dado sinais de desgastes e parte do cenário vivenciado decorre de políticas públicas ineficientes e danosas. Faz-se necessária a reformulação das propostas e a implantação de inovações programáticas e legislativas, a fim de desacelerar o crescente consumo e o tráfico de drogas, especialmente cocaína e seus derivados.

Nesse sentido, esta obra pretende abordar um modelo denominado Tribunal de Drogas, intitulado no Brasil como Justiça Terapêutica, que faz a diferenciação entre traficantes e usuários de drogas, oferecendo aos últimos tratamento e recuperação. Trata-se de figuras absolutamente distintas, cuja singularidade deve restar evidenciada em qualquer legislação que regule o tema.

TRAFICANTE (CRIMINOSO) *VERSUS* DEPENDENTE DE DROGAS (DOENTE)

Para Procópio e Vaz (1997), a maior preocupação com o narcotráfico é associadas a três fatores básicos: primeiramente, a relevância política que o tema ganhou no cenário nacional e internacional. Em segundo lugar, as redes criminosas se associaram e estão sendo beneficiadas pelas mudanças e pelos problemas que acometem a sociedade brasileira, como, por exemplo, o enfraquecimento do Estado, o aumento do desemprego e do subemprego (aumento da economia informal). Por último, a incorporação de camadas populares ao consumo das drogas (anteriormente reservado principalmente às classes médias e altas). Isso sem esquecer a migração do narcotráfico para as cidades de médio porte no interior dos Estados do Sudeste e do Centro-Sul do país.

A extensão do território e das fronteiras amazônicas, a vizinhança com os principais centros produtores de cocaína, associados à existência de infraestrutura de transporte e de comunicação bem desenvolvidas, colocam o Brasil em posição privilegiada nos negócios das drogas ilegais. Ademais, o país conta com um sistema financeiro que cresceu sem mecanismos de controle eficazes, favorecendo o crime de lavagem de dinheiro, fundamental para a sobrevivência e o crescimento do narcotráfico.

Portanto, o tráfico de drogas encontrou, no Brasil, terreno fértil e promissor para sua expansão e crescimento. Nesse contexto, merecem destaque os principais atores sociais envolvidos: traficante e usuário.

O artigo 14 da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, afirma que “[...] as Partes adotarão as medidas apropriadas para eliminar ou reduzir a procura ilícita por entorpecentes e por substâncias psicotrópicas, com vistas a reduzir o sofrimento humano e eliminar os incentivos financeiros ao tráfico ilícito”. Nesse dispositivo, a Convenção se concentra em reduzir o sofrimento humano decorrente das consequências sociais e à saúde em decorrência do uso de drogas, bem como combater os ganhos ilícitos das organizações criminosas.

Nas diretrizes definidas pelos tratados internacionais sobre o tema, a grande maioria dos países define como crime o

uso não medicinal de narcóticos e substâncias psicotrópicas variando bastante a severidade das punições para o caso dos usuários. Desse modo, a despeito das punições severas para o tráfico de drogas e crimes conexos, há oscilações no que tange à punição por uso de drogas e posse de drogas para uso pessoal. Em alguns países, o consumo de narcóticos é punido com pena privativa de liberdade. Em outros casos, o uso pessoal não é um crime ou não implica em sanções penais.

O fato é que, desde o início do século XX, os países têm envidado grandes esforços no sentido de conter o preocupante avanço do tráfico de drogas e reduzir o consumo de substâncias entorpecentes ilícitas. No Brasil, o modelo de repressão jurídico-criminal ao tráfico de drogas foi institucionalizado em grande parte pela promulgação da Lei n. 6.368/1976, que vigorou até sua revogação pela Lei n. 11.343/2006, a qual inseriu alguns avanços normativos na questão relacionada ao tratamento do usuário.

O modelo dos Tribunais de Drogas tem como ponto focal a percepção de que a legislação para o usuário deve ter uma abordagem voltada à saúde, e não somente à sanção penal. Para usuários de drogas que não apresentam quadro de dependência, uma abordagem orientada à saúde deve envolver: educação, informação, acompanhamento psicológico especializado, bem como medidas para facilitar a reintegração social. No caso de indivíduos dependentes de drogas, o tratamento deverá envolver também acompanhamento pós-intervenção.

Tal diretriz é absolutamente compatível com as convenções internacionais de controle de drogas e também está de acordo com um grande número de evidências científicas.

É preciso, igualmente, considerar pesquisas clínicas que demonstram que a dependência de drogas é uma doença crônica, multifatorial, que afeta o funcionamento do cérebro, tornando a abstinência difícil de ser alcançada em curto prazo (CARTER *et al.*, 2009; GOLDS-TEIN *et al.*, 2009; OMS, 2004). Há evidências crescentes de que uma abordagem orientada para a saúde é também a mais eficaz na redução do uso de drogas ilícitas e dos consequentes dados sociais (CHANDLER *et al.*, 2009; GERSTEIN e HARWOOD, 1990).

A dependência de drogas é um distúrbio da saúde (uma doença), que surge com a exposição às drogas por pessoas vulneráveis.

Essa compreensão da dependência permite deduzir que a punição não é a resposta adequada para as pessoas dependentes de drogas (CHANDLER *et al.*, 2009; DACKIS e O'BRIEN, 2005; MCLELLAN *et al.*, 2000). Na verdade, a situação de encarceramento pode ser contraproducente para a recuperação em indivíduos vulneráveis, que já foram “punidos” pelas experiências adversas de sua infância e adolescência, e que já podem estar neurológica e psicologicamente vulneráveis (NEALE e SAVILLE, 2004).

Portanto, o tratamento como uma alternativa às sanções penais representa uma oportunidade oferecida pela comunidade aos usuários e dependentes de drogas de aceitarem alguma forma de assistência. O conceito genericamente concebido como Tribunal de Droga propõe uma escolha entre acesso à educação, à saúde, ao tratamento e à reabilitação, e não força os pacientes a receberem cuidados médicos e terapêuticos sem seu consentimento. Assim, trata-se de proposta completamente diferente do tratamento compulsório, que não permite que o indivíduo recuse o tratamento ou escolha o tipo de tratamento que receberá.

O Brasil, mais precisamente o estado do São Paulo, trouxe à luz importante debate ao determinar, recentemente, por meio de programas públicos, a internação compulsória para dependentes de crack em estágio avançado oriundos da região conhecida como “Cracolândia”¹.

Para Jurgens e Betteridge (2005), o confinamento em prisões ou em centros de tratamento compulsório para uso de drogas em geral degradam condições de vida já problemáticas de usuários de drogas e de pessoas dependentes de drogas, especialmente os mais jovens e mais vulneráveis. A exposição ao ambiente prisional facilita o vínculo com criminosos mais velhos, gangues e organizações criminosas, contribuindo também para a ampliação do estigma e para a criação de uma identidade criminosa. Com frequência, amplia a exclusão social, agrava as condições de saúde e reduz as habilidades sociais.

¹ A Justiça de São Paulo autorizou a primeira internação compulsória de um dependente químico em 23 de janeiro de 2013, depois que começou o mutirão do governo do Estado no CRATOD (Centro de Referência de Álcool, Tabaco e Outras Drogas), no centro da capital paulista. Associação do Ministério Público de Minas Gerais. Justiça autoriza 1ª internação compulsória. Disponível em: <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100309491/justica-autoriza-1-internacao-compulsoria>> Acesso em: 25 maio 2014.

TRIBUNAIS DE DROGAS: MODELO

Em resposta ao número crescente de infratores entrando e saindo do sistema de justiça penal sem tratamento para os problemas associados às drogas, os sistemas de justiça de vários países buscam modelos mais eficazes, que vão desde a descriminalização ou despenalização do uso de drogas até a adoção de sistemas que transferem os infratores do encarceramento para o tratamento supervisionado (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime - UNODC, 2013).

Nesse contexto, foi instituído, em 1989, em Miami-Dade, na Flórida/EUA, o primeiro Tribunal de Drogas (atualmente existem 112 tribunais desse tipo no estado). Os Tribunais de Drogas são instituições que substituem a prisão de pessoas acusadas por uso de drogas e pequenos delitos relacionados às substâncias entorpecentes por programas de reabilitação. Esses programas têm por objetivo tratá-los da dependência química e reintegrá-los à sociedade.

Para Kunkel (2012), “são dois objetivos principais dos tribunais de drogas: um é ajudar a pessoa a superar seu vício através de tratamento e supervisão. O segundo é evitar a volta dessas pessoas ao Sistema Judiciário por conta de novos crimes. E estes dois andam de mãos dadas”. Tara Kunkel é consultora de Gestão do Centro Nacional de Tribunais Estaduais do estado da Virgínia e já trabalhou em vários tribunais especializados para usuários de drogas nos Estados Unidos. Segundo a Associação Nacional de Profissionais de Tribunais para Dependentes Químicos (NADCP), existem mais de 2.100 tribunais para dependentes químicos em operação em todo o território americano. Inglaterra, Austrália, Canadá e também alguns países da América do Sul já implantaram tribunais desse tipo.

Os tribunais para dependentes químicos são instituições que abrigam e supervisionam processos que procuram encontrar o equilíbrio certo entre a necessidade de proteger a segurança da comunidade e a necessidade de melhorar a saúde e o bem-estar; entre a necessidade de tratamento e a necessidade de fazer com que as pessoas se responsabilizem por seus atos. Esses organismos mantêm os dependentes de drogas não violentos em tratamento por um longo período de tempo (normalmente de doze a dezoito meses).

Nos programas instituídos pelos Tribunais de Drogas, o dependente recebe o tratamento e os serviços de que precisa para se distanciar das drogas e levar uma vida produtiva, mas também tem de prestar contas ao juiz quanto a suas obrigações com a sociedade, consigo mesmo e com as respectivas famílias. Regularmente, são aleatoriamente submetidos a testes para detecção de drogas, obrigados a comparecer ao tribunal para que o juiz avalie seu progresso e recompensados por bom comportamento ou penalizados por não cumprir suas obrigações.

A comunidade científica avaliou os tribunais para dependentes químicos sob as lentes de seu microscópio e concluiu que eles funcionam melhor que cadeia ou prisão, melhor que liberdade condicional e melhor que o tratamento apenas. Esses tribunais reduzem de forma significativa o uso de drogas e a criminalidade a um custo mais baixo do que qualquer outra estratégia da Justiça.

TD: TRATAMENTO E NÃO PUNIÇÃO EXTRAJUDICIAL

Uma característica importante dos Tribunais de Drogas (TD) é o fato de que a participação deve ser voluntária, ou seja, caso o infrator não concorde com as condições de tratamento e monitoramento impostas de maneira proativa pelo juiz e por uma equipe do sistema judiciário, deverá cumprir a pena regularmente, como os demais infratores. Ou seja, embora envolvidos no tratamento como uma alternativa a sanções penais, os programas de tratamento diferenciado deverão cumprir seu papel de provedores de terapia por meio de uma abordagem humanizada e de apoio, evitando-se o papel de agente de punição. Portanto, o tratamento não deverá se tornar uma forma de punição extrajudicial.

A ideia do tratamento consiste na formação de uma aliança terapêutica entre os funcionários do sistema envolvidos e os pacientes, mesmo que estes tenham sido resultado de encaminhamento judicial. Essa relação influenciou na abordagem do tema no Brasil, onde este modelo de tratamento é chamado de Justiça Terapêutica pelos seus defensores.

O modelo dos TD prevê que o tratamento compulsório ou involuntário, sem o consentimento do infrator (paciente), só deve ser usado em casos específicos de transtorno agudo que represente risco imediato ou iminente para a saúde do paciente ou para a segurança da sociedade. O tratamento involuntário de curto prazo para a proteção do indivíduo vulnerável deve ser aplicado pelo menor período de tempo possível, como um último recurso, e deve ser sempre efetuado por equipes multidisciplinares e supervisionado por procedimentos legais e transparentes, sendo rigorosamente avaliados.

No tratamento supervisionado pelo TD, os pacientes poderão deixar o programa a qualquer tempo (estando sujeitos às sanções penais pelos crimes relacionados às drogas que motivaram o tratamento) e os seus direitos individuais estão protegidos pelo devido processo legal e por procedimentos transparentes monitorados pelo sistema jurídico do país.

JUSTIÇA TERAPÊUTICA NO BRASIL

O modelo jurídico-criminal de repressão às drogas sempre teve uma perspectiva eminentemente punitiva nas questões afetas ao uso indevido de drogas proscritas. As legislações nacionais do passado atribuíram grande ênfase à repressão e à criminalização, atribuindo pouquíssimo espaço para as questões relacionadas à recuperação e ao tratamento. Dessa forma, o binômio droga-crime tem crescido exponencialmente no país, desafiando os estudiosos do assunto e demandando a busca de alternativas para conter tal avanço.

A justiça terapêutica ou tribunal de drogas tem sido uma das medidas adotadas pelo sistema judiciário em diferentes países, inclusive no Brasil, a partir do modelo idealizado pela justiça americana.

Para Giacomini (2009), Justiça Terapêutica é o programa que compreende um conjunto de medidas voltadas para a possibilidade de se permitir que infratores usuários ou dependentes químicos tenham a faculdade, salvo exceções, de entrar e permanecer em tratamento médico ou receber outro tipo de medida terapêutica, em substituição ao andamento do processo criminal ou à aplicação de

pena privativa de liberdade, quando da prática de delitos relacionados ao consumo de drogas.

A denominação Justiça Terapêutica foi adotada no Brasil com o fim de demonstrar a possibilidade de uma resposta efetiva ao transgressor e à sociedade, em busca do enfrentamento às questões estruturantes do problema e partindo da perspectiva do autor do delito como paciente (não como criminoso). O modelo ainda é um tema recente no Brasil, mas aos poucos vem sendo instituído em vários estados.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) abordou a ideia de se implantar no Brasil um sistema que conciliasse justiça e saúde por meio do princípio da Atenção Integral. Instituído pelo normativo referido, o princípio procura considerar o uso, o abuso e a dependência de drogas na análise criminal do menor infrator.

O Estatuto da Criança e do Adolescente possibilitou a aplicação de medidas socioeducativas para jovens envolvidos no mundo das drogas e de medidas protetivas, que preveem requisição de tratamento médico, psicológico e psiquiátrico, além de inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

A partir do modelo aplicado à infância e à juventude no Brasil e ante o sucesso dos Tribunais de Drogas nos Estados Unidos, começou a surgir em diversos estados, principalmente por meio de ações do Ministério Público do Rio Grande do Sul, projetos que conciliam conceitos e especialistas das áreas de saúde, assistência social e Direito. O avanço desses projetos apoiados pelo Poder Judiciário culminou com o lançamento do Programa de Justiça Terapêutica.

Atualmente, os estados mais avançados na aplicação da Justiça Terapêutica são Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Sergipe e Paraná. Giacomini (2009) afirma que, atualmente, Pernambuco é o estado cujo programa se encontra em fase mais avançada, pois lá funciona, desde 2001, o Centro de Justiça Terapêutica, pioneiro na América Latina, que abrange a região metropolitana de Recife, fazendo uma média de duzentos e quarenta atendimentos mensais.

A despeito das variações em diversos estados brasileiros, principalmente no que tange aos destinatários dos programas, pode-se

afirmar que a Justiça Terapêutica (chamada de Justiça Cidadã em Minas Gerais) tem avançado pelo país. Mesmo tomando formas diferentes em sua concepção, os programas têm como ponto de partida o paciente e tendem a convergir para o mesmo propósito: tratamento.

CONCLUSÃO

O binômio drogas-criminalidade tem assustado a sociedade brasileira e efetivamente entrou na pauta das preocupações nacionais. Embora o uso e abuso de drogas não possam ser apresentados como justificativas para todos os males da sociedade contemporânea, é inegável a relação perigosa que se estabelece diariamente entre a juventude e as drogas, com reflexos nos índices de criminalidade nacionais.

O modelo reativo e incriminador para as drogas instituído pelas leis nacionais tem se mostrado ineficiente. O Estado brasileiro tem investido cada vez mais em Segurança Pública, presídios são construídos em todos os cantos do país, mas isso não tem representado um recrudescimento das ações criminosas. Portanto, a partir do modelo atual de criminalização do uso de drogas, o modelo dos Tribunais de Drogas tem se apresentado como interessante e eficiente no tratamento do binômio drogas-criminalidade.

A justiça terapêutica busca tratar dessas questões de forma convergente, e não paralela. Segundo os conceitos do modelo, as drogas e a criminalidade são problemas que caminham juntos na deterioração da sociedade e devem ser tratados sob uma perspectiva humanista e terapêutica, oferecendo ao usuário um tratamento para resgate de sua identidade social.

Assim, a Justiça Terapêutica representa um modelo alternativo para neutralizar a relação entre drogas e criminalidade, deslocando o foco da punição prevista em lei por meio de um conjunto de medidas voltadas para a possibilidade de oferecer ao paciente (criminoso) tratamento médico ou outro tipo de medida terapêutica, em substituição ao andamento do processo criminal ou à aplicação da pena privativa de liberdade.

Parece inquestionável que o modelo de repressão ao tráfico de drogas no país necessita de realinhamento e de uma nova leitura. Além da proposta de oferecer tratamento aos dependentes químicos, é absolutamente imprescindível mais integração entre as instituições policiais (Polícia Federal, Polícia Civil e Polícia Militar) e entre essas e os órgãos de persecução penal (Ministério Público e Poder Judiciário), a fim de que as medidas sejam mais efetivas e possam repercutir direta e verdadeiramente no cotidiano das pessoas.

Por fim, tratando-se de um problema que repercute direta ou indiretamente na vida em sociedade e na almejada paz social, as alterações legislativas no tratamento das questões afetas à criminalização das drogas deveriam ser submetidas à consulta popular, como no caso do referendo sobre a proibição de comercialização de armas de fogo e munições, ocorrido no Brasil em 23 de outubro de 2005, com base no disposto no Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003). A consulta popular legitimaria as modificações legais sensíveis, como no caso da implantação nacional do modelo da Justiça Terapêutica, e daria lastro às novas medidas.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. *Justiça autoriza 1ª internação compulsória*. Disponível em: <http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100309491/justica-autoriza-1-internacao-compulsoria>> Acesso em: 25 maio 2014.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PROFISSIONAIS DE TRIBUNAIS PARA DEPENDENTES QUÍMICOS, 2011.

BRASIL. Decreto n. 4.294, de 6 de julho de 1921. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; cria um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as formas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília,

DF, 13 jul. 1921. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>>. Acesso em: 6 maio 2014.

_____. Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 out. 1976. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/16/1940/..%5C..%5C42%5C1976%5C6368.htm>>. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis2003/110.826.htm>. Acesso em: 1º maio 2014.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 24 maio 2014.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (LEI ORDINÁRIA). Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.069-1990?OpenDocument>. Acesso em: 6 maio 2014.

CARTER, A. *et al.* *Addiction neurobiology: ethical and social implications*. Lisboa: European Monitoring Centre For Drugs and Drug Addiction, 2009.

CHANDLER, R. K. *et al.* Treating drug abuse and addiction in the criminal justice system: improving public health and safety. *JAMA*, v. 301, p. 183-190, 2009.

DACKIS, C.; O'BRIEN, C. Neurobiology of addiction: treatment and public policy ramifications. *Nature Neuroscience*, v. 8, p. 1431-1436, 2005.

DESEMPENHO Policial Ano 2013. Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça do Brasil. Disponível em: <<http://www.dpf.gov.br>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

ESCRITÓRIO das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). *Relatório Mundial sobre Drogas 2013 observa a estabilidade no uso de drogas tradicionais e aponta o aumento alarmante de novas substâncias psicoativas*. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/06/26-world-drug-report-notes-stability-in-use-of-traditional-drugs-and-points-to-alarming-rise-in-new-psychoactive-substances.html>> Acesso em: 25 maio 2014.

GERSTEIN, D. R.; HARWOOD, H. J. *Treating drug problems* (v. 1). A study of effectiveness and financing of public and private drug treatment systems. Washington, DC: Institute of Medicine; National Academy Press, 1990.

GIACOMINI, E. *A Justiça Terapêutica como alternativa ao Sistema Penal Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

GOLDSTEIN, R. Z. *et al.* The neurocircuitry of impaired insight in drug addiction. *Trends Cogn Sci*, v. 13, n. 9, p. 372-380, 2009.

JURGENS, R.; BETTERIDGE, G. Prisoners who inject drugs: public health and human rights imperatives. *Health Journal Human Rights*, v. 8, p. 46-74, 2005.

KUNKEL, T. *Especialista americana conta como os Tribunais de Drogas estão ajudando a reduzir a dependência de usuários nos EUA*. Disponível em: <portuguese.saopaulo.usconsulate.gov/drogas.html>. Acesso em: 15 jul. 2014.

LOBEL, Fabricio. Conversa com Gustavo Mendes. *Revista Veja*, Rio de Janeiro, Editora Abril, n. 2356, p. 36, jan. 2014.

MCLELLAN, A. T. *et al.* Drug dependence, a chronic medical illness: implications for treatment, insurance, and outcomes evaluation. *Journal of the American Medical Association*, v. 284, p. 1689-1695, 2000.

MORAIS, Paulo César de Campos. *Drogas e políticas públicas*. Belo Horizonte: UFMG, 2005.

NEALE, J.; SAVILLE, E. Comparing community and prison-based drug treatments. *Drugs: education, prevention and policy*, v. 11, p. 213-228, 2004.

PROCÓPIO, A., VAZ, A. C. O Brasil no contexto do narcotráfico internacional. *Revista Brasileira Polít. Int.*, v. 40, n. 1, p. 75-122, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291997000100004>. Acesso em: 25 fev. 014.

**ATIVISMO JUDICIAL E O PROBLEMA METODOLÓGICO
DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL PARA A
FORMAÇÃO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL**

JUDICIAL ACTIVISM AND THE METHODOLOGICAL
PROBLEM OF JUDICIAL DISCRETIONARY FOR
THE FORMATION OF A CRIMINAL POLICY

EL ACTIVISMO JUDICIAL Y EL PROBLEMA DE LA
METODOLOGÍA DE LA DISCRICIONARIEDAD JUDICIAL
PARA LA FORMACIÓN DE UNA POLÍTICA CRIMINAL

Resumo:

Este artigo pretende demonstrar as raízes do Ativismo Judicial brasileiro, como fenômeno proporcionado pela deturpada compreensão da aplicação dos princípios jusfundamentais, colocando em destaque, por um lado, sua incongruência com a ideia de Discricionariedade Judicial, e, por outro, a produção de uma irreal política criminal.

Abstract:

This paper aims to demonstrate the roots of the Brazilian Judicial Activism, as a phenomenon provided by distorted understanding of the application of the constitutional principles, placing emphasis firstly, on its incongruity idea of Judicial Discretionary, secondly, the production of an unrealistic criminal policy.

Resumen:

Este artículo tiene la intención de demostrar las raíces del activismo judicial brasileño como un fenómeno proporcionado por la comprensión distorsionada de la aplicación de los principios jusfundamentales, destacando, por un lado, su incongruencia con la idea de la discricionariedad judicial, y, en segundo lugar, la producción de un irreal política criminal.

¹ Doutor em Direito pela Università Degli Studi di Perugia (Itália), doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI e mestre em Ciência Jurídica por Coimbra (Portugal). Promotor de Justiça do MP-SC.

Palavras-chaves:

Ativismo Judicial, discricionariedade, política criminal.

Keywords:

Judicial activism, discretionary, criminal policy.

Palabras clave:

Activismo judicial, discrecionalidad, política criminal.

INTRODUÇÃO

A última onda (*vague*) de constitucionalização moderna, a quarta segundo Hauriou (1968, p. 69), terá ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, sendo consequente do movimento de descolonização. Depois disso, parece haver um declínio do constitucionalismo, que coincide, por um lado, com o processo de transformações econômicas do século XX, que dão os contornos da globalização; por outro, quem sabe como fator amalgamado a este, o fenômeno associa-se à crise do Estado que, agigantado em suas funções de satisfação do bem-estar social, já não atua somente por meio do poder político, mas cede espaço às intervenções de políticas não governamentais. Sob este aspecto, o Estado será um ente político bem mais complexo do que definiu Kelsen (2005) ao preconizar a teoria da interação, segundo a qual o Estado seria resultante da unidade social e da unidade jurídica: a abertura (circunstancial e necessária) aos espaços transnacionais de política, Direito e economia, enfraquecem algumas das bases estabelecidas na Constituição, como a ideia de soberania, e, claro, as próprias instituições, como o legislativo.

Diante de um legislativo cooptado pela circunstância política – que, aliás, atinge inclusive a ideia de democracia em razão de não se verem quadros ideológicos e programáticos bem definidos entre os partidos políticos –, que desemboca na apatia, senão no imobilismo, os Juízes nacionais têm engrossado as fileiras contramajoritárias, atuando em áreas que, a rigor, competiriam ao Congresso, mas sob os pretextos da emergência e da discricionariedade, que é

ínsita à judicatura. Para preencherem os espaços vazios deixados pelas Leis ou pela falta delas, os Juízes servem-se do instrumentário principiológico abrigado na Constituição não apenas para decretarem a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais, mas, também, para criarem normas positivadas em suas decisões, um Direito *ex novo* e paradigmático para novas decisões, as quais avançam sobre a política criminal, cada vez mais localizável nos tribunais do que no Congresso.

Pretendendo dar mais força argumentativa à sua política criminal, os tribunais e penalistas, muitos dos quais também pertencentes ao mundo da *práxis* jurídico-jurisdicional, denunciam o Direito Penal simbólico¹, a existência de alarmismo da mídia quanto à criminalidade² e um ambiente de democracia material que não admite medidas restritivas de liberdade (a menos que de forma excepcionalíssima), mas, ao invés, propicia uma viragem liberal rumo às garantias individuais da liberdade (ROSA, 2011, p. 5 e ss.), quando não uma mais agressiva política de descriminalização³. Isso tudo tem algum cabimento se considerarmos a simplificação da política criminal levada a efeito pelo legislador (que atua sem o arrimo de uma bem fundamentada criminologia para criar soluções emergenciais), o sensacionalismo da imprensa (que vive de notícias e fatos capazes de aumentar o número de leitores e a audiência dos telespectadores) e as bases de nossa Constituição em princípios de cariz axiológico (que advêm de incontestáveis valores humanos). Mas esta é apenas uma das perspectivas para se entender a complexa teia fenomênica (que ao fim e ao cabo desagua em um complexo sistema social⁴), a todas as luzes político-ideologicamente engajada.

¹ No Brasil, o desembargador Alberto Silva Franco (1996, p. 182-183), amparado em Antonio García-Pablos, opõe-se ao recurso de Leis penais pelos legisladores, que pretendem mais produzir uma impressão tranquilizadora para o público do que criar mecanismos efetivos de resolução do problema criminal. Também Sabbá Guimarães (2001, p. 60 e ss.).

² Souza (2008, p. 22), amparado no Juiz Alexandre Morais da Rosa, diminui o impacto da violência sobre as medidas de segurança pública, creditando-o ao alarde da mídia.

³ Karam (2007, p. 128-144) compara a punição do tráfico de drogas à “proibição da circulação de ideias”, o que, a todas as luzes, não se compagina com um Estado democrático de direito, defendendo, por isso, sua descriminalização. O trabalho da Juíza carioca é analisado em Sabbá Guimarães (2013), nos comentários ao artigo 33 da Lei, no tópico **aspectos criminais**.

⁴ Aliás, reconhecido por Alexandre de Morais da Rosa (2011, p. 5).

Nosso intuito aqui não é estabelecer uma crítica contra o engajamento político-ideológico de Juízes e tribunais (até porque isso pressuporia nossa adesão a alguma ideologia), mas, antes, tentar descobrir os pontos de contato entre Ativismo Judicial e Discricionariedade, estabelecendo marcos epistemológicos para as duas categorias. Os pontos críticos (de desacerto metodológico) serão descobertos por meio da dialética entre Ativismo e o sistema jurídico vigente e a política criminal debuxada pela experiência jurídico-jurisdicional moderna.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato sob a forma de artigo são realizados com base no método indutivo, e as técnicas utilizadas são a do referente, a de categorias e a de conceitos operacionais. As categorias utilizadas terão seus conceitos operacionais descritos ao longo do trabalho.

ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS ACERCA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A antiga compreensão do Juiz como *la bouche de la Loi*, própria do sistema jurídico preconizado pela *École de l'exégèse*, quando o positivismo reduzia a concretização do Direito à interpretação da Lei, levada a efeito pela subsunção do fato à regra legal – e, portanto, a realização do Direito processava-se por meio de silogismos –, não será suficiente para as concreções normativas – as que se verificam nas decisões judiciais. Em primeiro lugar, porque a expressão do Direito por meio de regras legais sujeita-se à polissemia, e dificilmente o jurista encontrará exatidão, um sentido preciso para a mítica e propalada vontade da Lei. Não é demais lembrarmos, a propósito disso, que os vocábulos substantivam-se de forma variegada consoante os jogos de linguagem em que se encaixam; além do que, adquirem novas conotações a cada arrasto histórico, que ou os desgasta ou enriquece-os pela agregação de outros significados⁵. Em segundo lugar, temos de considerar que as Leis são fragmentárias, não podendo abranger a totalidade de situações com importância jurídica determinadas pelos

⁵ Em Sabbá Guimarães (2010, p. 20) lê-se: “as palavras, ou o agrupamento delas

fenômenos humanos. Disso já se haviam dado conta os legisladores franceses que redigiram o *Code Napoleon* (1804), em cujo artigo 4^o reconheceram a possibilidade de silêncio, obscuridade ou insuficiência da Lei, o que requererá do Juiz outros expedientes para dizer o Direito, tarefa da qual não se pode eximir⁶. Isso quer-nos indicar que o Juiz, ao positivizar uma norma jurídica, concreta e para um caso individualizado – elaborando uma norma casuística, portanto –, opera hermeneuticamente, procurando o melhor sentido para as normas *normadas* pelo legislador, de caráter genérico e abstrato. Ou, segundo uma visão da metodologia jurídica, os Juizes transpõem as regras abstratas e genéricas positivadas em Lei, positivando normas para casos concretos e individualizados em suas sentenças.

A fixação da premissa de que o Juiz não encontra soluções prontas e acabadas na Lei, seja em razão de suas imperfeições linguísticas, seja por que o ordenamento jurídico é, *tout court*, fragmentário, leva-nos a admitir que o ofício judicante só será possível na medida em que aceitarmos uma figura de magistrado diversa do ser autômato, o que executa seu mister mecânica e burocraticamente. Por outras palavras, a interpretação das normas jurídicas e sua transposição do âmbito abstrato e genérico para o da concreção e individualização do Direito exige que se estabeleça uma esfera de liberdade para a atuação do Juiz que, dispondo da prerrogativa-dever de decidibilidade, há de chegar ao resultado mais adequado, necessário e razoável para a questão problemática. Essa é a prerrogativa da Discricionariedade Judicial.

Mas isso não quer dizer que o Juiz, tal como um *Deus ex machina*, possa irromper no processo com uma decisão de todo em todo inusitada e original. A liberdade para interpretar e criar a norma positiva não equivale, pois, a um poder ilimitado. A atuação judicial e

em razão da semelhança de função que desempenham na linguagem (formando o que Wittgenstein chamou de semelhanças de família), se associam a novos sentidos (se falarmos de boa-fé, na comunicação jurídica, o termo variará de extensão semântica consoante o jogo de linguagem em causa; e a boa-fé será avaliada, *v.g.*, segundo a maior ou menor capacidade de comportamento ético da pessoa *sub examen* numa ação); de forma que os jogos de linguagem não se sujeitem a uma fixidez de parâmetros, mas, ao invés, vão aderindo a outras circunstâncias da comunicação humana (inclusive sociolinguísticas)." V., também, Wittgenstein (2002) (há boas edições brasileiras das **Investigações filosóficas**).

⁶ Art. 4. *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*

a *bondade*⁷ das decisões devem ser aferidas, por um lado, internamente ao desenvolvimento decisório, de modo que se evidencie o cabimento da norma casuisticamente positivada dentro de limites legalmente estabelecidos; e, por outro, externamente, onde a decisão produz seus efeitos, devendo ela manifestar um *bonum*, a expressão daquilo que é jurídica e eticamente aceitável. Assim, nesta primeira aproximação à categoria, podemos dizer que Discricionariedade Judicial "*es un cierto margen de libertad en la toma de decisiones*" (LIFANTE VIDAL, 2002, p. 417). Dessa forma, o Juiz que, *v.g.*, na operação de dosagem de pena de um réu condenado, verificar a concorrência dos requisitos descritos no artigo 44 do Código Penal (pena privativa de liberdade atribuível ao fato não superior a quatro anos, correspondente a crime não cometido com violência ou grave ameaça; ou, se o crime for culposo; se a culpabilidade e as circunstâncias pessoais indicarem a adequação da substituição da pena), substituirá a pena privativa de liberdade por uma ou mais restritivas de direitos; e sua escolha, em forma de norma positiva concreta e individualizada, recairá sobre aquelas descritas no artigo 43, CP (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana).

A noção anteriormente descrita, no entanto, contempla uma das formas de encarar-se a Discricionariedade Judicial, que se refere à possibilidade de escolha entre várias alternativas, todas elas possíveis e, em caso de aplicação, juridicamente válidas. Nesse sentido, a Discricionariedade convergirá para a ideia de **poder** ou **faculdade de escolher** sobre uma de duas ou mais soluções possíveis (LIFANTE VIDAL, 2002, p. 417). Além desta, Lifante Vidal, arrimada em Dworkin, destaca que, diante da **falta de padrões jurídicos** que se prestem a guiar a decisão judicial, pode pensar-se na **discricionariedade em sentido forte**. Nesse sentido, a decisão não se vinculará a qualquer padrão precedente (*idem*, p. 417-418), embora, em nosso entender, deva guardar correspondência com a noção de juridicidade.

O quadro categorial exposto induz-nos a admitir a Discricionariedade Judicial do *civil law*, como se vê nos sistemas jurídicos da

⁷ O termo é aqui empregue, em parte apoiado na acepção moral de Tomás de Aquino, relacionado com a noção de justiça do ato.

Europa continental e do Brasil, e a do sistema *common law*, notoriamente anglo-americano. Se neste modelo de Direito a liberdade concedida ao Juiz faz parte de uma cultura jurídica forjada desde o século XIII, surgindo como problema metodológico cuja complexidade se radica especialmente no âmbito dos *hard cases*, no outro as características conceituais de Discricionariedade Judicial – a **liberdade**, a **indeterminação do Direito** e o **poder** – formarão o sistema problemático a ser enfrentado por uma metodologia que pretenda fixar as bases seguras da atividade jurisdicional. Os problemas adquirem mais dimensão quando se percebem distintos movimentos político-jurídicos que ou demonstram certa rebeldia à interpretação e à aplicação de normas legais, como se vê entre os que advogam o alternativismo jurídico e os juizes para a democracia, ou claramente postulam a passagem do nosso modelo de Direito para o *common law*, em um entendimento algo *naïf* sobre o caráter da Súmula vinculante, tudo, claro, em nome de uma atividade judicial que contribua “para o progresso social da sociedade (*sic*), fazendo avançar o Direito no rumo da liberdade, igualdade e fraternidade” (MARQUES, s/d).

Para uma tentativa de dissolução do problema metodológico, impende, inicialmente, sublinhar que a **liberdade** – ou como Castanheira Neves (1995, p. 534) prefere, **desvinculação** – não quer simplesmente significar uma atuação judicial despegada de qualquer limite ou referencial de inerente juridicidade. Ou seja, queremos dizer que a Discricionariedade deriva de uma liberdade relativa, na medida em que se devem aferir os contornos de juridicidade da decisão judicial. Parece-nos, nesse sentido, fugir completamente dos limites de Discricionariedade a decisão na qual o Juiz estabelece uma solução que conflita com Leis, princípios e costumes sedimentados em uma cultura jurídica⁸. O problema que aqui surge, então, é o de saber qual é a medida de **liberdade** concedida ao Juiz, de modo que suas decisões convirjam para a realização do Direito.

⁸ No início de 2014, causou (justificada) celeuma a decisão de um Juiz de Brasília que, considerando ser a *cannabis sativa* uma **droga recreativa**, absolveu o réu acusado de tráfico ilícito de drogas. O magistrado faz expressa menção à Portaria 344/1998, da ANVISA, que estabelece o controle sobre medicamentos e substâncias, considerando tratar-se de “um ato administrativo que restringe direitos, [carecendo] de qualquer motivação por parte do Estado e não justifica os motivos pelos quais incluem a restrição de uso e comércio de várias substâncias, em especial algumas

Castanheira Neves especula um arranjo metodológico para o problema da liberdade (na discricionariedade) a partir da contra-posição de desvinculação à ideia de vinculação (do Juiz à norma regida em Lei). Ora, por este critério, o Juiz estaria irremediavelmente preso ao processo lógico-subsuntivo de aplicação da Lei. Então,

[d]ecisão juridicamente vinculada é a decisão a proferir mediante a aplicação subsuntiva de uma norma legal, e juridicamente desvinculada a decisão que houver de reconhecer-se como válida (juridicamente válida) embora não tenha sido subsuntivamente deduzida, directa ou indirectamente, de uma norma legal, ou, em termos mais amplos, de uma norma jurídica. (NEVES, 1995, p. 534)

Este será, portanto, um critério negativo de Discricionariedade. Ou, de outra forma, o contrário de Discricionariedade. Mas ao indicar esta referência conceitual para a categoria, o jurisfilósofo conimbricense adverte-nos que a falta de vinculação da Discricionariedade Judicial não significa “um espaço vazio de Direito”, ou que as decisões emanadas pelo recurso a essa prerrogativa não se projetam “para além do domínio coberto pelo direito, pois [...] a decisão discricionária surge no seio da ordem jurídica e como *modo jurídico* de juízo ou de conduta – só que com *conteúdo* em si não jurídico, por não ter sido ele obtido pela imediata aplicação de critérios jurídicos.” (idem, p. 535). Por outras palavras, o ato de Discricionariedade Judicial não deriva imediatamente de critério legal, mas não pode – não deve – renunciar por completo às determinações político-jurídicas da Lei, nela encontrando o estabelecimento de seu fundamento e limites (idem, p. 536). O artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 4.657/1942), *v.g.*, concede uma área de liberdade discricionária, dispondo que, em caso de omissão da Lei, “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (BRASIL, 1942); a individualização da pena, segundo dispõe a Constituição, será regulada por Lei (artigo 5º, XLVI), cabendo ao Juiz fazer a escolha (*discricionária*) daquela que seja adequada

contidas na lista F, como o THC, o que, de plano, demonstra a ilegalidade do ato administrativo.” Em uma palavra, não concorda que a Portaria do órgão do Ministério da Saúde inclua a maconha entre as drogas proibidas, apesar de, pela sistemática penal, aquele regramento preencher a norma penal em branco contida no artigo 33, da Lei 11.343/2006 (COUTINHO, 2014).

e necessária para dar cumprimento ao objetivo preventivo-especial do Direito Penal, dosando-a proporcionalmente ao grau de culpabilidade do réu.

Em segundo lugar, temos de considerar que, pelo critério de contraposição de **vinculação à desvinculação**, vamos encontrar, no primeiro caso, uma área de decidibilidade restrita a uma só solução jurídica, depreendida pelo processo subsuntivo da regra legal; ao passo que, nos casos de autorizada e fundada Discricionariedade, o órgão decisor encontrará várias alternativas, ou várias possibilidades de decisões válidas, autorizadas por norma legal. “Todas elas”, esclarece Castanheira Neves (1995, p. 537),

seriam para essa norma *juridicamente equivalentes*, já que cada uma dessas decisões era uma sua realização possível, surgindo assim perante elas (por parte da norma) como que uma situação de indiferença jurídica a implicar que qualquer das decisões fosse válida, que se oferecessem todas como juridicamente válidas.

Se é assim, então teremos de convir que o poder Discricionário Judicial concede uma liberdade para fazer-se uma opção dentre as várias alternativas possíveis.

Por fim, esta liberdade para a escolha de uma decisão dentre várias possíveis, não se confunde com um puro arbítrio. O Juiz, antes de escolher aleatoriamente a solução para o problema jurídico, fará sua opção sobre aquela que, equacionada segundo os estalões de juridicidade ou de Direito, tenha aceitabilidade e efetividade não apenas no mundo jurídico, mas na comunidade. Por este motivo, será lícito afirmar, com Castanheira Neves, que a **liberdade discricionária** implica uma **desvinculação** do Juiz a uma solução única alcançável pela subsunção, mas não “uma desvinculação perante o direito ou do jurídico em geral”; assim, pode dizer-se que a Discricionariedade Judicial será “uma liberdade para o cumprimento do dever”; o que significa dizer que a atuação judicial estará **vinculada ao cumprimento do dever** - “um dever que encontraria o seu fundamento numa intencionalidade à ordem jurídica, ou mesmo ao direito, o qual a decisão discricionária, a seu modo, também haveria de realizar.” (idem, p. 540). Assim, em razão do caráter preventivo-especial da pena, seria um completo absurdo para os padrões do sistema jurídico-penal em vigor

que, v.g., o Juiz, usando de seu poder discricionário, aplicasse menor carga de (res)socialização à condenação do réu agente de prática delituosa flagrantemente abjeta e contrastante com os valores de uma comunidade.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PROBLEMAS JURÍDICOS E ATIVISMO JUDICIAL

A última onda de constitucionalização, iniciada após a Segunda Guerra Mundial, consolida o modelo de Constituição que não apenas encarta os direitos fundamentais individuais e sociais, mas, também, princípios fundamentais com fortes traços ontológicos e axiológicos. As Constituições alemãs, imbuídas do humanismo jurídico reconhecido pela Declaração dos Direitos do Homem, inscrevem a dignidade da pessoa humana; a portuguesa, de 1976, abre o capítulo da fundamentação do Estado com princípios, o que, de forma parecida, veremos na Constituição espanhola, de 1978. Não é diferente o que se vê na Constituição Cidadã, responsável por implantar as bases de redemocratização do Brasil, caracterizada, por um lado, pela abstenção estatal de intromissão na área de liberdade individual, que entra em direta concordância, v.g., com os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da universalidade e da tolerância; caracterizando, em suma, a ideia de **liberdade negativa** (o *liberty from*, formulado por Isaiah BERLIN, 1998, p. 220-231), significando que deve atribuir-se às pessoas o Direito de estar **livre de** (intromissões estatais). Por outro lado, nossa Constituição também avança sobre a previsão de Direitos sociais, aqueles que dependem das prestações estatais e vão conformar a ideia de **liberdade positiva** (ou, segundo a formulação de Berlin (idem, p. 231-236), *liberty to*), ou seja, a liberdade para a autorrealização.

A ideia constitucional de liberdade é complexa. Implica na concessão de autonomia para o homem, que se realiza pela não intervenção do Estado na esfera da individualidade, mas, também, pela atividade estatal naquelas áreas fundamentais para o aperfeiçoamento – educação, saúde, previdência, segurança, acesso à Justiça,

etc. Os valores integrantes dessa intenção político-jurídica de realização do homem (ou de seu aperfeiçoamento como ser humano) não cabem, portanto, em regras, nem em um rigoroso esquema programático. Por isso a admissão dos princípios⁹, que colmatam a vida político-jurídica do Estado em um nível em que se acham presentes valores ético-sociais¹⁰. Esta situação modela o novo Estado, no qual observamos uma verdadeira viragem de paradigmas por sairmos da **democracia formal** (essencialmente marcada pelo direito de eleger e ser eleito) rumo à **democracia material** (na qual se estruturam condições para o aperfeiçoamento do indivíduo e da sociedade); de maneira que o Estado já não será apenas **democrático de direito**, mas um Estado adjetivado por valores de relevo humano e social.

Essas características do novo constitucionalismo autorizam-nos a reconhecer mais dinamismo ao sistema jurídico-constitucional. Não exatamente em sua estrutura interna, pois a Constituição é rígida e o processo para sua alteração apresenta redobrados mecanismos de segurança, de modo que se torne difícil imprimirem-se reformas ditadas, *v.g.*, pelo programa político de um governo¹¹. Mas pela possibilidade de **constitucionalizarem-se** matérias regradas no âmbito infraconstitucional ou que sequer tiveram um tratamento legislativo¹². Tentemos explicar.

⁹ Ávila (2009) confirma a inserção da Constituição brasileira no neoconstitucionalismo, destacando as distintas funções das regras e princípios constitucionais, auxiliando estes na interpretação e integração das regras infraconstitucionais.

¹⁰ Barroso (2006, p. 32) refere que os “princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir.”

¹¹ Pelo menos em tese. Nossa experiência político-partidária não revela alternância dos quadros programáticos, nem uma oposição que permita o refreio do aparelhamento estatal e do controle da vida política. Ramos (2013, p. 227): “A proliferação de partidos políticos gera um fisiologismo que esconde as verdadeiras ideologias, fazendo com que, entre nós, a coalisão partidária não seja formada por razões puramente ideológicas. Todos se assumem como de “centro-esquerda”, como se não houvesse “direita” no Brasil”.

¹² Barroso (2011) (também disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito> >. Acesso em: 25 mar. 2014) sintetiza a ideia de constitucionalização da seguinte forma: “A constitucionalização [...] expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforma a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No

A Constituição e as normas positivadas em Leis são assimétricas, seja em razão do caráter fragmentário do Direito, seja pelo fato de se tornarem desgastadas pelo decurso do tempo, necessitando de ajustamentos que reflitam a atualidade histórico-social. Essa circunstância é sensivelmente clara na área do Direito punitivo (em que incluímos o Direito Penal, o Direito Processual Penal e a execução penal). Por um lado, em razão de termos legislações anteriores a 1988 que, mesmo passando por alterações, estão em descompasso com o *corpus iuris* fundado pela Constituição; por outro, pelo fato de que vários fatores exercem direta influência sobre o monopólio da tutela penal de bens jurídicos, exigindo políticas de criminalização ou de descriminalização, e de reforço de instrumentos a tornarem o processo apto à consecução dos fins do Direito Penal. É possível pensar-se, *v.g.*, que os avanços tecnológicos facultam medidas cautelares menos drásticas do que a prisão preventiva, como se vê pela adoção do monitoramento eletrônico do indiciado ou do réu sob medida cautelar coercitiva; mas a vida artificial, que se desenvolve no ambiente virtual da internet, é pródiga em criar novos perigos para as pessoas, reivindicando tanto políticas de criminalização, como de criação de medidas cautelares necessárias para impedir os riscos, bem como para constituir matéria de prova.

Ora, nesse campo entremeado de armadilhas, algumas delas plantadas pelo legislador penal quando tenta criar uma sensação de paz por meio da criminalização (sem que para isto tenha o arrimo da criminologia e da máxima que entende o Direito punitivo como a *ultima ratio* do sistema jurídico), tem se tornado frequente a realização do controle de constitucionalidade de normas jurídico-penais, em boa verdade escritas com má técnica legislativa e jurídica. Mas não só. Os tribunais, especialmente o STF, que acaba por estabelecer modelos interpretativos de normas legais, chancelando ou não sua constitucionalidade, ultrapassam os lindes exegéticos e mesmo de uma hermenêutica crítica para dissentirem da política criminal formulada por processos legislativos formal e materialmente

caso brasileiro, deve-se enfatizar a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional." Esta definição, contudo, não exaure a noção total de **constitucionalização**, nem aflora as questões problemáticas que aqui serão tratadas.

sustentáveis. Atraem para sua esfera de realização político-criminal, por meio da **constitucionalização**, matérias estranhas ao controle constitucional, ou que não reivindicam a aferição de sua conformidade com a Constituição.

A postura de nosso judiciário, que trilha caminhos distintos para a concretização do Direito Penal (não se podendo falar, por isso, de uma política criminal consolidada pelas decisões judiciais, mas de **experimentação** de soluções que, a todas as luzes, quebram o desenvolvimento metódico de entendimentos jurídicos), dizendo-se **proativo, democrático, preocupado com a Justiça social, garantista**, enfeixando, portanto, o movimento denominado de Ativismo Judicial, está longe de configurar uma jurisdição constitucional dedicada a "interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance", como refere Barroso (s/d). Não trata propriamente de estabelecer marcos definidores de normas constitucionais, ou de fazer o exame de constitucionalidade de regras legais quando para isso é provocado¹³, mas, atua, como eufemisticamente podemos referir, **proativamente**, intervindo, de maneira difusa, em questões penais ou processuais penais que, a rigor, não reclamam sua conformação à Constituição. Por outras palavras, essa postura judicial visa tornar **constitucional** matéria que, em sua essência, não reclama uma leitura interpretativa pelas lupas da Constituição.

O excessivo manejo de princípios fundamentais – que é excessivo por se os empregarem corriqueira e indistintamente para a generalidade dos problemas jurídicos, ao invés de se os reservar para os casos em que se requeira a otimização das regras do Direito infraconstitucional, para que se as integre ao sistema jurídico-constitucional – vai para além, portanto, do exame de constitucionalidade das regras legais: por um lado, é uma forma de aplacar algumas das deficiências dos legisladores, **regrando** aquilo que não chegou a ser contemplado pela atividade legislativa e que, à evidência, carecia de regramento; por outro, o Ativismo assumir-se-á como fator de catalisação da formação de uma política criminal ditada pelos Tribunais,

¹³ Aliás, Streck (2013), ao fazer aproximações conceituais do Ativismo, refere: "é necessário dizer que a simples declaração de uma inconstitucionalidade não quer dizer ativismo ou não ativismo. O controle de constitucionalidade é justamente a função precípua e democrática de uma corte constitucional", conduzindo-nos a entender que este fenômeno está para além do exame de controle de constitucionalidade.

ou seja, diretamente pelos aplicadores do Direito. Mas essa propensão não é isenta de uma extensa teia problemática, só perceptível quando incluímos no Ativismo Judicial as decisões que transbordam o âmbito de controle de constitucionalidade¹⁴.

A **constitucionalização** de matérias as quais, a toda evidência, estariam fora da órbita problemática de **adequação constitucional**, como vemos, *v.g.*, na edição da Súmula Vinculante 11, que trata do uso das algemas, vulgariza a atuação do STF. Mas, também, enfraquece o eixo ético-jurídico da Constituição, especialmente pelo fato de que, na falta de regras constitucionais em direto conflito com o ordenamento infraconstitucional (e, em boa verdade, não se encontrará essa colisão quando pensamos no uso de algemas, que não é, repitamos, problema constitucional mas, simplesmente, regra de segurança), os magistrados só poderão laborar mediante grande esforço argumentativo para abrigar sua iniciativa político-criminal em algum dos princípios fundamentais. E quando não o encontram, sempre se socorrem do princípio que é a panaceia para todos os problemas, o da dignidade da pessoa humana. Mas afinal, podemos nos socorrer a qualquer instante dos princípios fundamentais?

Os princípios da Constituição, segundo se depreende da dogmática e de uma consolidada doutrina (ALEXY, 1997, p. 83 e ss.), são normas jurídicas com alto grau de generalidade, e por isso, antes de se fundarem exclusivamente como mandados deônticos, neles vemos hipóteses de concreção somente “dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes” (*idem*, p. 86). Não se aplicam ordinariamente, como determinações de **dever-ser**, mas, prioritariamente¹⁵, quando houver a necessidade de interpretarem-se regras infraconstitucionais e integrá-las ao **telos** constitucional¹⁶. São, como denomina Alexy (2009), **mandados de otimização**. Já por isso, seu manejo não deve ser ordinário, mas extraordinário, naquelas situações em

¹⁴ A propósito, Barroso (s/d) rebate todas as críticas normalmente feitas ao Ativismo, mas parte de sua definição estreita, como já anteriormente referido.

¹⁵ A ressalva deve-se à hipótese de que, como orientações **jusumanistas**, vemos possível a hipótese de o legislador orientar-se pelos princípios.

¹⁶ Ávila (2009), ao tratar da função dos princípios fundamentais, refere que “servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada”.

que a aplicação de uma regra legal é problemática, reivindicando a atestação de sua constitucionalidade. Contudo, o que temos assistido sob a roupagem de Ativismo Judicial é a inversão dessa lógica, de maneira que o Juiz, não concordando com os resultados possíveis em razão da aplicação de regra legal, substitui-a pela argumentação alcançada a partir da definição de um princípio¹⁷.

As (re)definições desenvolvidas ao longo da argumentação jurídica das decisões, têm, no entanto, outras consequências para além da já citada inversão, nomeadamente quando o Juiz pretere a aplicação da regra legal para *constitucionalizar* a situação problemática. Diz-se, então, que a nova postura judicial põe em risco o princípio democrático, uma vez que os Juízes passam a ocupar o *locus* caracteristicamente reservado ao legislador, que é o agente político constituído pelo mandato outorgado pelos cidadãos. A situação é sensivelmente percebida na área do Direito que estamos a tratar, na qual observamos um choque frontal entre a política criminal legislada e aquela estruturada pelos Juízes. É exemplo disso o novo conteúdo dado pelo STF ao princípio da individualização da pena, que conferiria "irreprimível discricionariedade" ao Juiz sentenciante, inclusive para, ao aplicar a sanção, escolher aquela que lhe pareça mais adequada, mesmo que não prevista em Lei¹⁸. Observe-se que, neste exemplo, a **discricionariedade** judicial vai ao ponto de mudar o sentido do princípio constitucional.

¹⁷ A propósito, Ávila (2009) afirma que "ele [o aplicador do Direito] não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese".

¹⁸ No *Habeas Corpus* 97256-STF, o relator, Min. Ayres Britto, apoia-se no princípio da individualização da pena e na prescrição das modalidades punitivas descritas no artigo 5º, XLVI, CR ("a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos"), para inquirir de inconstitucional a regra então contida no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, que não permitia a conversão da pena de reclusão por restritivas de direito. Em seu entender, a Lei comum não poderia subtrair ao Juiz o poder-dever de atribuir ao réu pena que lhe parecer "como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação [...] implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional". Mais adiante, o antigo Ministro do STF estabelece um grau de equivalência entre discricionariedade e liberdade de decisão, referindo: "o Juiz sentenciante se movimentaria com irreprimível discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição de liberdade e

Como se pode observar, essa **discricionariedade** discrepa da noção de Discricionariedade Judicial, não guardando qualquer relação com seus fundamentos. As decisões dela emanadas não operam metodicamente uma argumentação juridicamente refletida (sobre as fontes do Direito ou de juridicidade), mas são prenhes de muito subjetivismo e de nenhum critério material que as torne plausíveis. Esta circunstância, conforme observa Ávila (2009), leva “à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito”.

Ora, a ampliação do **decisionismo** judicial por meio da aplicação direta de princípios constitucionais – essencialmente abertos ao variado desenvolvimento argumentativo – no lugar de regras legais, causa inegáveis riscos. No âmbito jurídico-cível, relativamente aos diretos receptores de uma decisão – que será a norma jurídico-positiva casuística para um caso concreto – pelo fato de os interessados não poderem prever a metódica construção da norma jurídica (quebrando-se, então, a ideia de segurança jurídica); enquanto na área jurídico-penal os riscos decorrem da possível colisão entre a política criminal orientadora dos fins de um sistema jurídico-penal e a política criminal individualizada pelo Juiz ou Tribunal. Os reflexos dessa postura serão mais drásticos na área da Justiça criminal, uma vez que as decisões emanadas da liberalidade judicial destinar-se-ão, em última análise, à coletividade, que é carecedora da atividade estatal que promova paz e segurança por meio da tutela de bens jurídicos de relevo social.

A zona compromissória e de incertezas do Ativismo Judicial torna-se mais perceptível quando passamos a analisar algumas das posições sustentadas pelos tribunais superiores, que a seguir encetaremos.

outra que já não tivesse por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado, sem prejuízo de que a proposição da lei pudesse ser endurecedora nos crimes enunciados na Constituição Federal”. Ocorre que, a bem da verdade, o impedimento de conversão da pena para os casos de tráfico de drogas não impede a individualização da pena, que é levada a efeito por ocasião de sua dosagem. Além do mais, o enunciado do princípio mencionado é no sentido de que “a lei regulará a individualização da pena”, ou seja, a Constituição defere a discricionariedade ao Juiz, mas dentro das balizas da Lei penal. Sobre a questão, ver Sabbá Guimarães (2013, p. 120-125).

A POLÍTICA CRIMINAL DITADA PELO ATIVISMO JUDICIAL

Apesar de uma ideia de política criminal estruturada a partir dos tribunais ser muito difundida, *v.g.*, ao se falar da aplicação do princípio da insignificância e do perdão judicial, o fato é que esta não é apenas uma área prático-forense. Nem se pode dizer que tenha ali seu locus prioritário, já que as realizações político-criminais devem ingressar no discurso *juscriminal* sobre sólidas bases. Na lição de Correia (1996, p. 8), a política criminal “recolhe e valora os resultados da criminologia”. Ou seja, os processos de criminalização e de des-criminalização, a definição das finalidades das penas e de seu caráter preventivo e do modelo de execução penal – em suma, a “*definição das estratégias de controlo social* do fenômeno da criminalidade” (DIAS, 2007, p. 19) –, são dependentes dos elementos integrantes do fenômeno criminal estudados pela criminologia. Mas não só. Essa **definição das estratégias** levada a efeito em um Estado democrático de direito não pode contrastar com os valores e diretrizes constitucionais, de forma que as opções político-criminais partem das fontes criminológicas, mas não cruzam os limites impostos pela Constituição (*idem*, p. 35)¹⁹.

A política criminal tem seu lugar, como se vê, nas decisões formuladas pelo legislador penal. No entanto, ao perspectivar-se esta ciência do mundo jurídico a partir da nova hermenêutica, que, antes de conformar-se ao processo silogístico, impõe ao órgão decisor o dever de estabelecer a solução para o problema jurídico convocando informações **metajurídicas**, passa-se a perceber que as concretizações político-criminais são realizadas pelos Juízes. Isso nos leva a reconhecer sua importância na formulação da política criminal, na medida em que a desconstrução de antigos paradigmas e a construção de novos, plasmadas na jurisprudência, orientarão as estratégias de controle do fenômeno criminal.

¹⁹ O penalista português refere, a este propósito, que a política criminal é “imaneante ao sistema jurídico-constitucional”, não sendo exata, por isso, a afirmação de que ela “possa e deva fazer apelo directo e imediato ao sistema social como tal para estabelecimento das suas finalidades e das suas proposições. Exacto é antes que as finalidades e as proposições político-criminais devam, elas também, ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição.”

O que se tem visto em nossa experiência jurídico-jurisdicional, no entanto, não é a pavimentação ordenada de uma jurisprudência apta a provocar (re)definições político-criminais, mas manifestações de ativismo e decisões de significativa rebeldia dos Juízes contra a Lei penal e, até mesmo, contra a Constituição. Em um extremo, encontram-se as posições (caóticas) dos Juízes para democracia e dos alternativistas, que não chegam a criar postulados metodicamente ordenados de reforma dogmático-jurídica, mas revelam engajamento político-ideológico. Os Juízes democratas pregam uma maior independência do judiciário, tanto no plano estatal, como em relação a grupos “internos ou externos à Magistratura” (JUIZES PARA A DEMOCRACIA, s/d). Em tom notadamente marxista, os adeptos desse grupo preconizam “a defesa dos direitos dos menores, dos pobres e das minorias, na perspectiva de emancipação social dos desfavorecidos” (idem, art. 2º, 6), um compromisso arriscado que conota **parcialidade** (quando, sabidamente, os Juízes devem promover a **Justiça para todos**). Seu ativismo vai a ponto de criticar políticas de criminalização, como se vê no *Manifesto de repúdio às propostas de tipificação do crime de terrorismo* (2013), que, segundo lhes parece, são próprias de um “Estado penal segregacionista”, que constituiria um “mecanismo de contenção das lutas sociais democráticas e eliminação seletiva de uma classe da população brasileira”²⁰. Há quem, como Karam (2007), apregoe ideias libertárias em nome, claro, da **emancipação pessoal** e do modelo de Estado democrático, como a da descriminalização do tráfico de drogas, sem considerar qualquer estudo criminológico sobre a matéria, nem, muito menos, que a questão é político-criminalmente definida na Constituição (artigo 5º, XLIII) e na Convenção de Viena, contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas,

²⁰ É de frisar-se que os projetos não atentam contra os grupos de pressão e as manifestações de rua, mas proíbem a provocação de “terror e pânico generalizado mediante ofensa à vida, à integridade física ou à saúde ou à privação de liberdade de pessoa, por motivo ideológico, religioso, político ou de preconceito racial ou étnico” (Projeto Romero Jucá); “incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado” (Projeto Miro Teixeira). Ambos visam a tutela de bens com dignidade penal e arrimam-se nos princípios constitucionais da liberdade de expressão (artigo 5º, IX, CR) e da liberdade de reunião, desde que seja pacífica (artigo 5º, XVI, CR). Portanto, ditos projetos não colocam em causa o princípio democrático do poder político.

de 1988, da qual somos signatários e que foi formalmente incluída em nosso *corpus iuris* (Decreto n. 154/1991). Esses discursos, desenvolvidos precariamente com base em lugares-comuns, não atestados metodologicamente, têm repercutido em decisões que afrontam regras legais e a Constituição, como no caso em que a absolvição de traficante fulcra-se no convencimento pessoal (e não do Juiz a partir do conteúdo probatório) de que o comércio da *cannabis sativa* não deve ser proibido. Ou quando o Juiz catarinense João Marcos Buch **relaxa a prisão** de um autor de furto não em razão de abuso de autoridade ou de ilegalidade do ato coercitivo, mas porque aquele foi detido por populares, que se mostravam “pessoas nutridas por sentimento paranóico coletivo (*sic*)” e passaram a agredi-lo. O magistrado observa que “[o]s novos padrões de civilidade e os fundamentos do Estado democrático de direito não permitem, em absoluto, a medieval ‘justiça pelas próprias mãos’” (BUCH, 2011).

Noutro polo estão as decisões do STF, tendentes a **constitucionalizar** matérias ordinárias que, em geral, não requerem o controle de constitucionalidade nem, a rigor, podem ser categorizadas como **casos difíceis**. Diga-se, aliás, que no julgado do HC 95.009-4/SP, o então Ministro Eros Grau repelia, terminantemente, a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual leva ao entendimento de que não haveria direitos absolutos; o Juiz que se socorre desse “postulado normativo” para interpretar o Direito, dirá que ele existe, mas nem sempre é aplicável, enquanto exalça em suas decisões a “atividade persecutória do Estado” e a “supremacia do interesse público sobre o privado”. Em arremate de seu raciocínio, Grau afirmava que o correto é dar prevalência ao “direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”²¹. Nesta suma, contudo, não invectivava contra a **constitucionalização** vulgarizada dos problemas penais, mas desenvolvia, *tout court*, a absolutização da esfera de individualidade, sem considerar os interesses da coletividade, posto que, em caso de conflito entre estes dois âmbitos, deverá prevalecer o preceito “garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão” (idem).

A posição de quase completo consenso dos magistrados das Cortes Superiores sobre esta linha argumentativa parte da sacramentalização

²¹ STF. HC 95.009-4/SP. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc95009EG.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

da esfera de individualidade, ora em nome do princípio da presunção da inocência, ora invocando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que são aplicados como instrumentos resolutivos de problemas jurídicos, nos quais nem sempre se evidenciam colisões de princípios²². O caso Pimenta Neves é paradigmático: o jornalista confessou ter matado a namorada Sandra Gomide, em 20 de agosto de 2000; nunca apresentou tese de exclusão de antijuridicidade, de forma que o julgamento de dezembro de 2006, com veredicto condenatório, não teria hipótese de reforma (não quanto ao mérito); mesmo assim, Pimenta Neves obteve o *writ de habeas corpus* (HC 72726-STJ), com base na aplicação do princípio da presunção da inocência (artigo 5º, LVII, CR)²³, mesmo que a verdade material já estivesse concretizada e que, diante do princípio da soberania do júri popular, não se pudesse alterar a condenação.

Ao que parece, os Juízes tornaram-se insensíveis às tragédias que assolam inúmeras pessoas sujeitas à criminalidade grave, assumindo posições político-criminais baseadas em antigos postulados da sociologia marxista, que atribuem à sociedade a responsabilidade pelos criminosos que nela habitam. Arcar com a situação criminal é, portanto, o ônus que se lhe atribui em nome de falaciosos fundamentos jusumanistas, como a já tão desgastada dignidade da pessoa humana. Assim, em momento algum ponderam os interesses da coletividade – relativamente à paz, à segurança, à Justiça –, ao fim e ao cabo com o mesmo peso constitucional que os direitos individuais. Esquecem-se, em suma, que a Constituição deve ser interpretada segundo o princípio da unidade de que nos fala Hesse (1992, p. 45), de acordo com o qual é necessário evitarem-se colisões entre normas constitucionais, fazendo equacionamentos de concordância prática²⁴, dos quais se possam deduzir realizações do Direito possível, aquele que se compagina com uma realidade histórico-social.

²² Em muitos julgados, o mesmo Min. Eros Grau considerou inconstitucional a prisão preventiva *ex lege* prevista no artigo 44, da Lei 11.343/2006, alicerçando-se na aplicação dos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, sem sequer se ocupar do enunciado contido no artigo 5º, XLIII, da CR (v.g. HC 100.872-MC/MG). Este julgado serviu de paradigma para muitos outros daquela Casa Excelsa (v.g. HC 100.959/TO, rel. Min. Celso de Mello).

²³ STJ. HC 72726. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6275/habeas-corpus-hc-72726>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

²⁴ Em algumas situações, o balanceamento entre as normas jurídico-constitucionais

CONCLUSÃO

É interessante notar que a viragem constitucional brasileira não ficou historicamente limitada aos fatos políticos e jurídicos ocorridos há vinte e cinco anos. A Constituição ainda contrasta com um sistema jurídico-legal de grandes assimetrias. Há muito por fazer, inclusive no âmbito da política criminal, já que, de uma forma geral, nem o Código Penal nem o Código de Processo Penal se alinham às diretrizes constitucionais. Por um lado, há de se pensar em políticas de descriminalização, especialmente de condutas que hoje seriam melhor tratadas pelo Direito Civil ou Administrativo. Não se vê, hoje, a necessidade de punirem-se condutas como a do estelionato por emissão de cheque, nem carência de tutela penal para as condutas contravencionais. Mas, também, há de se pensar em políticas de criminalização, de fenômenos como o do terrorismo, que, por sinal, é já tratada na Constituição (artigo 5º, XLIII). Por outro lado, nosso processo penal e, fundamentalmente, nossa experiência jurídico-processual, cristalizam circunstâncias anômalas para os intervenientes processuais, existindo um órgão acusador que também deve zelar pela regularidade processual, sendo, pois, fiscal do processo, e um Juiz que se intromete arriscadamente na produção de prova, tomando testemunhos, interrogando e podendo produzir provas de ofício (v.g., inclusive para determinar a produção antecipada de provas e quebrar o sigilo das comunicações), o que, inegavelmente, compromete a imparcialidade.

Apesar disso, o legislador pouco tem feito para mitigar as defasagens, o que vem servindo de pretexto para uma atuação judicial mais contundente, a partir de uma verticalização do tratamento

– quando, de fato, a ele o Juiz é levado por imposição da situação problemática – pode determinar maior peso para os interesses da coletividade, sem que, por isso, haja irremediável negação de direitos individuais. A propósito disso, Novais (2006, p. 33) refere que “o fundamento da eventual prevalência da posição da maioria não reside no argumento maioritário – precisamente porque os direitos fundamentais são constitucionalmente reconhecidos como direitos contra a maioria –, mas sim no resultado de uma ponderação de bens desenvolvida à luz dos parâmetros constitucionais e através da qual se atribua a um outro bem igualmente digno de proteção, em circunstâncias em que essa compreensão seja exigível, uma relevância susceptível de justificar a restrição do direito fundamental”.

dos problemas jurídicos, por meio do manejo de normas constitucionais. Mas, ao se apoiarem exclusivamente no sistema de princípios inscrito na Magna Carta, muitas vezes pretendendo constitucionalizar matérias que não reclamam o controle constitucional, os Juízes deram um sentido absolutamente estranho à noção de Discricionariedade Judicial. Declaram-se Ativistas de um regime jurídico mais democrático e preocupado com a promoção social sem que, no entanto, se apercebam do paradoxo aí emergente. Em nome da democracia, colocam em causa o princípio democrático; ao tratarem dos inúmeros flagelos sociais pela via penal, criam desassossego e insatisfação da comunidade. Desprezam a circunstância da criminalidade grave, que, em 2012, causou a morte de 50.108 pessoas (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2013)²⁵, ou quase a metade das vítimas da guerra civil na Síria entre 2011 e 2013, uma das mais cruéis que já se tem visto no Oriente Médio. Isso representa um índice de 25,8 mortes por cada cem mil habitantes, que é bastante significativo se comparado com os índices do Peru, Chile, Uruguai e Argentina (menos de dez homicídios por cada cem mil habitantes), com o Paraguai e o México (menos de vinte homicídios por cada cem mil habitantes) (UNODC, 2011). Não por outro motivo, notícias de linchamento de criminosos – a realização da Justiça com as próprias mãos –, tornaram-se frequentes nos grandes centros urbanos brasileiros, o que, certamente, só será refreado com uma mudança de discurso político-criminal, talvez mais consentâneo com a dura realidade criminal brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. ao espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

²⁵ Convém destacar que o Anuário é publicação organizada conjuntamente com a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), sendo disponibilizada também pelo Ministério da Justiça.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Ano 7, 2013. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/novo/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/7a-edicao>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: Centro de Atualização Jurídica. Ano I, v. I, n. 6, set. 2006.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 1, mai. 2011.

BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Trad. de Julio Bayon. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 220-231. Título original: *Four essays on liberty*.

BRASIL. *Lei 4.657/1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BUCH, João Marcos. *Decisões*. Publicado em 6 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/decisoes_ver.php?idConteudo=29>. Acesso em: 28 nov. 2013.

CORREIA, Eduardo (com a colaboração de Figueiredo Dias). *Direito criminal*. v. I Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 8.

COUTINHO, Felipe. *Juiz considera maconha 'recreativa' e absolve traficante*. Publicada em 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1404517-juiz-considera-maconha-recreativa-e-absolve-traficante-confesso.shtml>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte geral. T. I. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Fasc. 2º, p. 175-187, abr.-jun. de 1976.

HAURIUO, André. *Droit Constitutionnel et institutions poliques*. 3. ed. Paris: Éditions Montchrestian, 1968.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Seleção, tradução e introdução de Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. *Estatuto da AJD*. Disponível em: <http://ajd.org.br/quem_somos_estatuto.php>. Acesso em: 6 abr. 2014.

_____. *Manifesto de repúdio às propostas de tipificação do crime de Terrorismo*. Publicado em 20 de setembro de 2013. Disponível em: <http://ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=140>. Acesso em: 29 nov. 2013.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, p. 128-144, jan.-fev. 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 265. Título original: *General theory of law and state*.

LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, p. 413-419, 2002.

MARQUES, Luiz Guilherme. *Boca da Lei*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalhe&art_id=105>. Acesso em: 10 mar. 2014.

NEVES, A. Castanheira. O problema da discricionariedade. In. NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. V. 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 531-596.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação constitucional*. Constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Compreensão da vontade do Direito: um problema da filosofia da linguagem. *MPMG Jurídico*, v. 20, p. 16-18, 2010.

_____. *Dogmática penal e poder punitivo*. Novos rumos e redefinições. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *Lei antidrogas comentada*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. *Segurança pública e prisão preventiva no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

STJ. *HC 72726*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6275/habeas-corpus-hc-72726>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

STF. *HC 95.009-4/SP*. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc95009EG.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

STRECK, Lênio. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginação-alguns>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

UNODC - United Nations Office on Drugs and Crime. *International homicide, count and rate per 100,000 population*. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. Investigações filosóficas. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

A CASTRAÇÃO QUÍMICA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CHEMICAL CASTRATION AND BRAZILIAN JURIDICAL ORDER

LA CASTRACIÓN QUÍMICA Y EL SISTEMA JURÍDICO BRASILEÑO

Resumo:

Tal estudo tem por objetivo analisar a origem, a evolução e as finalidades da pena, com foco no sistema penitenciário brasileiro, evidenciando alguns dos princípios limitadores do Poder Punitivo Estatal (ius puniendi) e a constitucionalidade da adoção da pena de castração química por um Estado Democrático de Direito, conceituando, caracterizando e demonstrando os efeitos da aplicação de tal penalidade. No Brasil, os projetos de lei apresentados enfrentaram resistências devido às alegações de inconstitucionalidade do método, respaldadas nas violações dos princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade e da crueldade da pena.

Abstract:

This study aims at analyzing the origin, the evolution and the purposes of the penalty, focusing on the Brazilian prison system, highlighting some of the restrictive principles of the State Punitive Power (ius puniendi) and the constitutionality of the chemical castration penalty adoption by a Democratical State based on the rule of Law, conceptualizing, characterizing and demonstrating the effects of applying this penalty. In Brazil, the presented law projects face resistance due to claims of unconstitutionality of the method, supported on the violation of human dignity principles, humanity and cruelty of the penalty.

* Graduando em Direito pela Salgado de Oliveira. Secretário Auxiliar do MP-GO.

Resumen:

Dicho estudio tiene como objetivo examinar el origen, la evolución y los fines de la pena, centrándose en el sistema penitenciario brasileño, destacando algunos de los principios de limitación del poder estatal punitivo (ius puniendi) y de la constitucionalidad de la adopción de la pena castración química por un Estado Democrático de Derecho, conceptualizando, caracterizando y demostrando los efectos de la aplicación de dicha pena. En Brasil, los proyectos de ley presentados enfrentaron resistencias debido a las denuncias de inconstitucionalidad del método, con el apoyo en las violaciones de los principios de la dignidad humana, de la humanidad y de la crueldad de la pena.

Palavras-chaves:

Castração Química, Constituição Federal de 1988, limitações ao poder de punir.

Keywords:

Chemical Castration, 1988 Federal Constitution, restrictions to the punitive power.

Palabras clave:

La castración química, la Constitución Federal de 1988, las limitaciones al poder de castigar.

INTRODUÇÃO

A pena é a possibilidade de o Estado exercer o seu *jus puniendi* ao agente que praticou um fato típico, antijurídico e ilícito. Contudo, essa prerrogativa estatal não é absoluta, encontrando óbice nos princípios constitucionais, estando eles expressos ou não.

O homem, enquanto ser social, necessita de códigos de conduta. Desde o surgimento da primeira punição conhecida, o objetivo de punir os culpados é permitir que a convivência em grupo aconteça em razoável ordem, estabilidade e segurança.

A castração, enquanto uma das modalidades de penas físicas utilizada como punição, nos remete a tempos imemoriais, de súplicas e suplícios, nos quais o sistema punitivo não tinha outro intuito senão o de satisfazer uma secreta vingança privada. Transpô-la para o nosso século, em uma forma socialmente aceitável, química, seria um retrocesso.

O Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, signatário de convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos, com uma Constituição reconhecidamente cidadã, que prima pela dignidade da pessoa humana e pela vedação das penas cruéis e perpétuas, não tem como absorver o conceito de aplicação de uma pena física, independentemente da infração cometida pelo agente.

DAS PENAS

A formação do Estado como fonte de normas penais

Com o advento da vida em sociedade, o homem percebeu que, apesar de estar protegido das feras e das intempéries, ainda não estava completamente seguro. O homem, segundo Hobbes (1979, p. 70), vivia inicialmente em 'estado de natureza', designando-se por esta expressão não só os estágios mais primitivos da História, mas, também, a situação de desordem que se verifica sempre que os homens não têm as suas ações reprimidas, ou pela voz da razão, ou pela presença de instituições políticas eficientes (DALLARI, 1998, p. 9).

Assim, objetivando a segurança individual e coletiva, firmou-se o contrato social – uma reciprocidade de direitos e obrigações entre o *Estado-Leviatã* (HOBBS, 1979) e seus integrantes. A preservação dessa vida em sociedade, na visão hobbesiana (idem, p. 70), depende

da existência de um poder visível, que mantenha os homens dentro dos limites consentidos e os obrigue, por temor ao castigo, a realizar seus compromissos. Esse poder visível é o Estado, um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa.

Assim, o Estado tornou-se detentor de um grande poder jurídico, social e político.

Em 1748, o francês Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, publicou a obra *O espírito das Leis*, na qual propugnou que as três funções – administrativa, legislativa e judiciária – não podem ser exercidas pelo mesmo órgão, pois o poder tende a corromper-se sempre que não encontra limites (VICENTE, 2009, p. 384). Com grande propriedade, o Barão de Montesquieu lecionava o necessário para a gênese de um governo moderado (MONTESQUIEU, 2000, *passim*):

[...] devem-se combinar os Poderes, regulá-los, temperá-los, fazê-los agir, dar, por assim dizer, maior peso a um deles, para pô-lo em condições de resistir a outro; é uma obra-prima de legislação, que o acaso cria raramente e que raramente se deixa à prudência.

No Brasil, a *Carta Magna* vigente seguiu a tripartição das funções – legislativa, executiva e judiciária¹ –, adotada pela primeira Constituição Republicana, em 1891. Sobre esse assunto, veja-se Moraes (2003, p. 349):

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.

Sob a perspectiva de poderes harmônicos e independentes entre si, fixou a Constituição brasileira, seguindo o pensamento de Montesquieu, ao Poder Legislativo a função precípua, típica, de legislar.

¹ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (CRFB, 1988).

Evolução das Penas

A espécie mais antiga de pena, vale dizer, de manifestação humana carregada de reação explícita à falta sofrida, foi a vingança de sangue. Como um ato de guerra, essa pena foi a regra entre as tribos, sendo, no dizer de Aníbal Bruno (*apud* BOSCHI, 2002, p. 91), “[...] umas tribos exercendo sobre as outras ato vingativo contra ação agressiva a qualquer de seus membros, ação agressiva real, de um membro de outra tribo”.

Com a reação desproporcional da vítima, da tribo ou dos familiares, que gerava consequências catastróficas para ambas as partes, paulatinamente foi surgindo o pensamento, como anota Pierangeli (1992, p. 66), de que precisava se limitar “a extensão da pena, para que viesse a atingir tão só ao autor imediato e direto do delito”.

A consequência desse pensamento foi o surgimento de duas penas de menor amplitude: a expulsão do ofensor e o banimento do próprio território. Essas penas eram

visivelmente superiores à vingança de sangue, porque preveniam a eclosão de movimentos grupais de vingança e, ainda, porque ao direcionar seus efeitos só sobre a pessoa do autor da falta, funcionavam, direta ou indiretamente, como instrumentos de proteção dos inocentes. (BOSCHI, 2002, p. 92)

A pena de talião (*Código de Hamurabi*, 1780 a.C.), caracterizada pela máxima “olho por olho, dente por dente”, é considerada a primeira pena proporcional à gravidade do delito cometido, uma vez que permite a reação, em intensidade e gravidade, na exata proporção à intensidade e à gravidade da ação.

Nesse sentido, muito próprio o pensamento de Tobias Barreto (*apud* BOSCHI, 2002, p. 91):

[...] é assim que se vê o filho órfão guardar a bala, de que pereceu seu pai, para devolvê-la em ocasião oportuna, ao peito do assassino. É assim que o homem do povo, a quem a calúnia feriu mais no fundo de sua dignidade, não tem outra ideia senão a de cortar a língua de seu caluniador. É ainda assim que, nos atentados contra a honra feminina, não raras vezes a desafronta só se dá por justa e completa, castrando-se o delinquente.

Uma substancial crítica à Lei de Talião foi articulada por Ferrajoli (2006, p. 357-358), ao afirmar que o modelo padecia do defeito de impossibilitar o processo de formação da tipicidade. Se as penas deviam ter a mesma qualidade que os delitos, seria imprescindível que existissem tantos tipos quantos fossem aqueles. Como isso não é possível, disse ele, a multiplicidade de penas consiste em uma multiplicidade de aflições não taxativamente predeterminadas em lei, desiguais, dependentes da sensibilidade de quem as padece e da ferocidade de quem as inflige.

Mesmo após o desuso da Lei de Talião, as penas físicas continuavam sendo a regra, conforme demonstra Ataliba Nogueira (*apud* GRECO, 2009, p. 485-486), relativamente ao Direito Penal romano:

as seguintes penas: morte simples (pela mão do lictor para o cidadão romano e pela do carrasco para o escravo), mutilações, esquartejamento, enterramento (para os Vestais), suplícios combinados com jogos de circo, com os trabalhos forçados: *ad molem, ad metallum*, nas minas, *nas lataniae, laturmae, lapicidinae* (imensas e profundas pedreiras, destinadas principalmente aos prisioneiros de guerra). Havia também a perda do direito de cidade, a infâmia, o exílio (*a interdictio aqua et igni* tornava impossível a vida do condenado). Os cidadãos de classes inferiores e, em particular, os escravos, eram submetidos à tortura e a toda sorte de castigos corporais.

Uma clara demonstração de desproporcionalidade, de crueldade e de desumanidade é a execução narrada por Michel Foucault (1991, p. 9):

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus

membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d'Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: 'Meu Deus, tende piedade mim; Jesus, socorrei-me'.

Um exemplo de pena física aplicada no Brasil foi a condenação de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, pelo crime de lesa-majestade – definido pelas Ordenações Afonsinas e Filipinas como “traição contra o rei”. Foi-lhe negada a sepultura porque a cabeça deveria ser cortada e levada a Vila Rica:

[...] aonde em lugar mais público della será pregada, em um poste alto que o tempo a consuma, e também o seu corpo será dividido em quatro quartos e pregados em postes, pelo caminho de Minas no sítio de Varginha e das Cebolas aonde o réu teve as suas infames práticas, e os mais nos sítios de maiores povoações até que o tempo também os consuma. As declarações de infâmia extensiva a seus filhos e netos tendo-os; os bens aplicados para o Fisco e a Câmara Real; a casa que vive em Vila Rica arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique. (OLIVEIRA, 1996, p. 38)

O fim dos suplícios do corpo tem por marco a Revolução Francesa, quando houve a transição para o novo regime, mais libertário e garantidor. O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas. Por intermédio das ideias de Beccaria (1983), começou-se a ecoar a voz da indignação com relação a como seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes, sob a falsa bandeira da legalidade.

Essa quebra do pensamento inquisitorial de punições físicas, de suplícios corporais, foi um marco para a racionalidade humanística advogada pelos iluministas, sobre um período reconhecidamente de obscuridade e trevas.

O impacto da obra *Dos delitos e das penas* foi sendo percebido ao longo dos anos. Hoje se observa uma maior preocupação com a integridade física e mental, bem como com a vida dos seres humanos. “Vários pactos são levados a efeito por entre as nações, visando à preservação da dignidade da pessoa humana, buscando afastar de todos os ordenamentos jurídicos os tratamentos degradantes e cruéis” (GRECO, 2009, p. 488).

Conclui-se que as penas modernamente aplicadas são as penas privativas de liberdade² e, mais recentemente, as penas restritivas de direito, deixando para trás a fase das penas cruéis que vieram na Idade Média e, no Brasil, das penas cruéis previstas nas Ordenações Portuguesas, embora a pena de morte, largamente aplicada no passado, só tenha sido inteiramente abolida em vinte e oito países.

Finalidades das penas

Profícua discussão se forma acerca das funções que devem ser atribuídas às penas. O nosso Código Penal, no artigo 59, prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Dito isso, entendemos que a pena deve reprovar o criminoso por sua conduta e prevenir futuras infrações penais.

Duas teorias discorrem quanto à finalidade das punições: as **teorias absolutas** defendem a tese da retribuição (reprovação), enquanto as **teorias relativas** advogam a prevenção.

Para os retribucionistas, as penas tem o fim único de castigar o criminoso, conforme pressupõe o brocardo *punitur cuius peccatum est*: ao mal do crime, o mal da pena. De acordo com esse pensamento retribucionista, à pena é atribuída a função de verdadeiramente realizar a Justiça.

Segundo a teoria absoluta, o caráter retributivo da pena encontra-se na reprovação. Assim, discorre Roxin (*apud* GRECO, 2009, p. 489),

² A palavra penitenciária – local onde a pena privativa de liberdade é executada – deriva de penar, de penitência, um reflexo da influência do direito canônico.

a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito que o compense.

Percebe-se a irracionalidade da compensação do injusto pela pena retributiva, pois, nas palavras de Roxin, sustentar a afirmação de que “um mal (o fato punível), possa ser anulado pelo fato de que agregue um segundo mal (a pena), é uma suposição metafísica que somente pode-se fazer plausível por um ato de fé [...]” (ROXIN *apud* GRECO, 2009, p. 489).

Entretanto, a sociedade se contenta com esta finalidade, porque tende a se satisfazer com esse tipo de compensação aplicada ao condenado, desde que a pena seja privativa de liberdade, *contrario sensu* à Roxin (1973, p. 43), que defende que “aceitar a retribuição do mal com o mal implica “legitimação” da vingança pelo Estado, dispensando-se o ofendido de manchar ele próprio as mãos com o sangue da vítima”.

Contrapondo-se aos retribucionistas, a teoria relativa se baseia no critério da prevenção de novos comportamentos criminosos e, assim, a pena não seria apenas um mal dado ao criminoso, e sim um instrumento de garantir a convivência social, evitando-se, pela prevenção, o cometimento de novos crimes (CAUPOLICAN, s/d).

Para os relativistas, a prevenção pode ser geral ou especial, de acordo com o destinatário: a coletividade (geral) ou o criminoso, em particular (especial).

A prevenção se subdivide em negativa e positiva. A prevenção geral negativa também é conhecida como prevenção por intimidação, porque influencia os cidadãos “de bem” a não praticarem crimes de qualquer espécie.

Segundo Hassemer (*apud* GRECO, 2009, p. 490), com a prevenção por intimidação

existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.

César Barros Leal (2001, p. 39), tratando da pena de reclusão, visceralmente discorda:

É pacífico o entendimento de que a pena de prisão não intimida. Os cárceres estão abarrotados de pessoas que não se amedrontam diante da pena e pelas ruas circulam criminosos que praticam toda sorte de delitos, indiferentes à possibilidade de serem punidos. [...] Fora eficaz a função intimidativa, a criminalidade seria obviamente menor onde a pena de morte se aplica em nível nacional, o que não se sucede de modo algum.

A prevenção geral positiva caracteriza uma pena que objetiva difundir na consciência geral a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito. A pena funciona como um mecanismo de manutenção das expectativas sociais depositadas sobre a norma.

A prevenção especial também é subdividida nos sentidos negativo e positivo. Considerando o caráter da prevenção especial negativa, o criminoso deve ser encarcerado, confinado, afastado da convivência social, com o fito de não reincidir na prática de delitos.

Por sua vez, a prevenção especial positiva visa induzir o agente a não praticar novos crimes no futuro, utilizando um processo reflexivo meditativo durante o cumprimento de sua pena. É a função ressocializadora da pena, idílica, utópica e bastante criticada por penalistas por todo o globo terrestre. Segundo Leal (idem, p. 39):

É de basilar importância desmistificar o raciocínio de que a prisão deve ter como fim precípuo a ressocialização dos condenados, até porque é cediça a compreensão de que não se pode ensinar no cativeiro a viver em liberdade, descabendo cogitar-se de ressocializar quem de regra nem sequer foi socializado.

A própria ideia de que o Estado tem o poder de ressocializar o indivíduo, retirando-o do meio social e devolvendo-o “transformado no bom moço que será útil a todos nós que vivemos numa sociedade homogênea, perfeita, coerente, desfeita de males, porque o mal está sendo desfeito ao se transformar o condenado que é o único mal” (REALE JÚNIOR, 1985, p. 166-167) é risível.

Teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro

Assim dispõe o *caput* do artigo 59, do Código Penal Brasileiro:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime [...]. (BRASIL, 1940a, sem grifos no original)

Em razão da redação contida no *caput* do artigo supratranscrito, não obstante as críticas às referidas teorias, concluímos pela adoção, em nossa lei penal, de uma teoria mista ou unificadora da pena. Isso porque a parte final do artigo 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção (GRECO, 2009, p. 491). Nesse sentido, veja-se a Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro, em referência ao artigo 59 (BRASIL, 1940b):

A finalidade da individualização [*da pena*] está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para **reprovação e prevenção do crime**. (sem grifos no original)

Diante de todo o exposto, extrai-se que as finalidades das penas aplicadas no Brasil são: **retribuir, intimidar, integrar, incapacitar** e **ressocializar**. Entretanto, a aplicação e a inserção de

penas no nosso ordenamento jurídico deve respeito a algumas limitações, impostas pela ordem constitucional vigente.

DAS LIMITAÇÕES DE PUNIR

Os ideais do Iluminismo concederam ao Direito Penal uma face formal menos cruel do que aquela que perdurou durante toda a Idade Média, impondo limites à intervenção do Estado nas liberdades individuais. Esses limites foram incorporados em diversas legislações nos países democráticos, sendo parte integrante do texto constitucional do Brasil, tendo como objetivo orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado aos direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista (BITENCOURT, 2003, p. 9-10).

De acordo com Bitencourt (2008, p. 10), esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (artigo 5º), têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos.

Seguindo a clássica divisão dos poderes propugnada por Montesquieu, no Brasil, repita-se, a função de discussão e elaboração das penas coube ao Poder Legislativo, enquanto sua cominação compete, tipicamente, ao Poder Judiciário, que também está incumbido de ser o guardião da Constituição, com a finalidade de preservar todos os valores e princípios ali insculpidos.

Princípio da Legalidade e da Anterioridade

O princípio da legalidade determina que não poderá haver pena sem que haja uma lei definindo-a previamente. A regra se encontra expressa no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal (1988): “Art. 5º. *omissis*. XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

O princípio da legalidade é uma eficaz limitação ao poder punitivo estatal, pois o próprio processo de elaboração da norma já

pressupõe uma efetiva análise axiológica da conduta que poderá vir a ser criminalizada.

Importante anotar que a norma incriminadora deve ser clara, objetiva e precisa, cuidadosamente elaborada para garantir a necessária segurança jurídica, sob pena de ferimento do princípio da separação dos poderes, pois, caso contrário, ao magistrado caberá interpretar a lei incompleta, invadindo, assim, a função do legislativo.

De acordo com o princípio da anterioridade, uma lei penal incriminadora só poder ser aplicada a um fato concreto, caso tenha tido origem antes da prática da conduta para a qual se destina. Não há crime sem prévia cominação legal³.

Nas palavras de Nucci (2013, p. 89):

De nada adiantaria adotarmos o princípio da legalidade, sem a correspondente anterioridade, pois criar uma lei, após o cometimento do fato, seria totalmente inútil para a segurança que a norma penal deve representar a todos os seus destinatários. O indivíduo somente está protegido contra os abusos do Estado, caso possa ter certeza de que as leis penais são aplicáveis para o futuro, a partir de sua criação, não retroagindo para abranger condutas já realizadas.

Princípio da Intervenção Mínima

De acordo com esse princípio, também conhecido como *ultima ratio*, o Direito Penal deve ser aplicado de forma subsidiária, ou seja, somente se as vias civis e administrativas se mostrarem insuficientes para restabelecer a ordem jurídica violada ao *status quo ante*, conforme se extrai do seguinte julgado:

Embora atualmente, em razão do alto índice de criminalidade e da consequente intranquilidade social, o Direito Penal brasileiro venha apresentando características mais intervencionistas, persiste o seu caráter fragmentário e subsidiário, dependendo a sua atuação da existência de ofensa a bem jurídico relevante, não defendido de forma eficaz por outros ramos do direito, de maneira

³ “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1940a).

que se mostre necessária a imposição de sanção penal. (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Resp. 1043525/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª T., Dje 04/05/2009)

O Direito Penal deve se ocupar de tutelar bens jurídicos relevantes, não podendo abarrotar as penitenciárias e as delegacias com situações que poderiam facilmente ser resolvidas utilizando-se outros caminhos, como as sanções administrativas.

Com maestria, Boschi (2006, p. 57) admoesta:

A legislação pós-88, inquisitorial e retrógrada, instrumentaliza o projeto do Poder Executivo de fazer a população crer que a “ordem” pode ser alcançada com leis severas, como se a realidade pudesse ser modificada por decreto! Essa é a visão utilitarista proposta pelo movimento *law and order*, que diminuindo o Estado Social e maximizando o Estado Penal, nos moldes da política norte-americana de “tolerância zero”, vem gerando créditos políticos ao Poder Executivo, pelas providências imediatas e supostamente eficientes que adota para atender aos reclamos da sociedade amedrontada pelo crime e, ao mesmo tempo, vem contabilizando às instâncias formais de controle (Judiciário, Polícia, MP etc.) o débito pelos insucessos previamente anunciados.

Apesar do princípio da intervenção mínima ter sido consagrado pelo Iluminismo, os legisladores contemporâneos têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição ao princípio em análise, levando ao descrédito a própria sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “inflação legislativa” (BITENCOURT, 2009, p. 14).

A diminuição da violência e da criminalidade é obtida pela criação e pela execução de políticas públicas voltadas para o social, objetivando a erradicação da miséria, do analfabetismo, do desemprego, bem como o fortalecimento das instituições estatais.

Princípio da Proporcionalidade

Segundo este princípio, implicitamente consignado no *caput* do artigo 59, última parte, do Código Penal brasileiro, as penas devem

ser cominadas de acordo com a lesão causada ao bem jurídico:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário e suficiente** para reprovação e prevenção do crime: [...] (sem grifos no original)

Dessa forma, um crime mais grave deverá ser punido com uma sanção maior do que a cominada a um crime menos grave, evitando-se repetir os históricos excessos do *jus puniendi* estatal.

Desde o Iluminismo, procura-se eliminar a intervenção do Estado nas liberdades do indivíduo. O surgimento do princípio da proporcionalidade é atribuído a Cesare Bonesana, em 1764. Beccaria concluiu que para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável às circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei (BECCARIA, 1983, p. 107).

Segundo o entendimento de Rogério Greco (2009, p. 77-78):

Embora não tenha sido adotado expressamente, o princípio da proporcionalidade se dessume de outros que passaram a integrar o texto de nossa Constituição, a exemplo do princípio da individualização da pena. Com a individualização da pena, seja no plano abstrato, pela cominação prevista para as infrações penais, seja no plano concreto, com a sua aplicação pelo juiz, visualiza-se, com clareza, a obediência ou mesmo a ofensa ao princípio em comento, mesmo que não seja um mecanismo de verificação tão simples.

Alberto Silva Franco (*apud* GRECO, 2010, p. 5) aduz que existe um duplo destinatário do princípio da proporcionalidade: o Poder Legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Princípio da Humanidade

O núcleo do princípio da humanidade das penas, também influência dos filósofos das luzes, é o respeito à pessoa humana, e dele decorre não apenas normas de limitação à atividade estatal punitiva como normas que prescrevem prestações positivas a serem realizadas pelo Estado.

O princípio da humanidade suprime a criação e a aplicação de qualquer punição que lesione a integridade físico-psíquica do corpo humano. Tal princípio é o maior empecilho para a adoção da pena capital e da prisão perpétua em nosso país.

O princípio da humanidade das penas pode ser entendido como uma norma que exige que as penas sejam humanas, o máximo possível, tanto em sua previsão legal como em sua aplicação e execução.

Segundo Bitencourt (2009, p. 17):

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recurso que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio da humanidade.

A Constituição Federal de 1988 assegurou a adoção do princípio da humanidade ao garantir aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, XLIX), vedando a aplicação de penas cruéis, degradantes, de morte, perpétuas e de trabalhos forçados (artigo 5º, XLVII), entre outros dispositivos (BRASIL, 1988).

Ainda, temos o posicionamento de Franco (2005, p. 64):

Assim, o princípio da humanidade da pena, na Constituição Brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana.

[...]

O princípio da humanidade da pena implica, portanto, não apenas na proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também,

e principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada.

Outros dispositivos em nosso ordenamento jurídico merecem destaque, por refletirem a imposição de referido princípio:

Art. 38. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. (BRASIL, 1940a)

Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. (BRASIL, 1984)

Art. 16.

1. Cada Estado Parte se comprometerá a proibir em qualquer território sob sua jurisdição outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no Artigo 1, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outras pessoas no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações mencionadas nos Artigos 10, 11, 12 e 13, com a substituição das referências à tortura por referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

2. Os dispositivos da presente Convenção não serão interpretados de maneira a restringir os dispositivos de qualquer outro instrumento internacional ou lei nacional que proíba os tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes ou que se referia à extradição ou expulsão. (BRASIL, 1991)

Deve-se ater, ainda, que o princípio da humanidade não consiste unicamente em proibir certas espécies punitivas, mas vir também a controlar o modo de execução das penas admitidas no ordenamento jurídico-penal.

É nesse sentido que se manifestam Queiroz, Melhor e Cunha (2006, p. 26) acerca da incidência do princípio da humanidade na Execução Penal:

Disso também resulta que as penas constitucionalmente admitidas, em especial as privativas de liberdade, não de ser executadas

condignamente, em condições mínimas de higiene, salubridade etc., assegurando-se o livre exercício dos direitos não atingidos pela privação da liberdade, sob pena de se tornarem inconstitucionais na sua execução, por degradarem a condição humana, inviabilizando a reintegração social do cidadão infrator. (BRASIL, 1984, art. 41)

Ainda, segundo Zaffaroni (*apud* BITENCOURT, 2009, p. 17), esse princípio determina

a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito.

Concisamente, à luz do princípio da humanidade, nenhuma pena pode ter a finalidade de atentar contra a constituição físico-psíquica do condenado.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Historicamente, foi a partir do cristianismo que surgiu o conceito de pessoa como categoria especial, sujeito de valores, de fins absolutos, possuidor de direitos fundamentais e, portanto, de dignidade.

Em sentido subjetivo, a dignidade do homem refere-se ao sentimento de respeitabilidade, de autoestima, próprios do ser humano desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência. Veja-se a sabedoria de Sarlet (2004, p. 41):

Inicialmente, cumpre salientar – retomando a ideia nuclear que já se fazia presente até mesmo no pensamento clássico – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida,

respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. A dignidade independe das circunstâncias concretas, já que é inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, a princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente dignas nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos (idem, p. 43-44).

O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal (PRADO, 2007, p. 137).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi erigida à categoria de valor fundamentador do sistema de direitos fundamentais (artigo 1º, III, CF/1988), reconhecendo “categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio, da atividade estatal” (SARLET, 2004, p. 65).

O princípio em tela, semelhantemente ao princípio da humanidade, tem dupla função defensiva: uma de cunho negativo (não violação da dignidade) e uma de cunho positivo (no sentido de promover e proteger a dignidade).

Um dos alcances da dignidade da pessoa humana, nas palavras de Sarlet (idem, p. 88), refere-se à proteção e à autonomia do próprio corpo:

Da mesma forma, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura e da aplicação de penas corporais e até mesmo a utilização da pessoa para experiências científicas. Neste sentido, diz-se que, para a preservação da dignidade da pessoa humana, torna-se

indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma responsável individualidade.

A dignidade da pessoa humana antecede o juízo axiológico do legislador e vincula, de forma absoluta, sua atividade normativa, mormente no campo penal. Daí por que toda lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser reputada como inconstitucional (PRADO, 2007, p. 138).

Pontualmente, afirma Ferrajoli (2010, p. 364) que

acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas.

[...]

um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes.

As penas admitidas e as penas vedadas

Em obediência ao princípio da legalidade e garantindo a efetiva segurança jurídica, as penas permitidas e proibidas no Brasil foram enumeradas em sua Carta Maior.

Quanto às penas permitidas no Brasil, assim dispõe a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988):

Art. 5º

[...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; [...]

Da leitura do inciso, absorve-se que a listagem das penas admitidas não é exaustiva, ou seja, penas diversas das nomeadas poderão ser adotadas.

O inciso XLVII do referido diploma constitucional aponta, de forma taxativa, as penas que são proibidas:

Art. 5º

[...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; [...]

Da conjugação dos dois incisos, conclui-se que as penas permitidas no Brasil, apesar de estarem discriminadas no inciso XLVI, podem ser ampliadas, desde que não confrontem o teor das penas proibidas.

A vedação da aplicação das penas cruéis e físicas representa a opção do Estado por uma viés humanitário, afastando-se das barbáries cometidas aos seus integrantes, sob pena de comprometimento da razão de ser de sua criação.

CASTRAÇÃO: conceito, métodos e resultados

Conceito

A castração, conforme Houaiss (2001), é o ato de **privar(-se), por corte ou outro processo, dos órgãos da reprodução**” e subdivide-se em biológica (ou física) e química.

Segundo o Dicionário da Língua Portuguesa Michaelis (2008), castração é a “ação ou operação de castrar; capação, emasculação; eviração”.

A pena de castração não é inédita no Brasil, conforme se extrai da sentença proferida em 1883, embasada nas ordenações

Manuelinas, Filipinas e Afonsinas, as quais adotavam as seguintes penas: de morte, mutilação por corte de membros, degredo, tormento, prisão perpétua e açoite.

Como forma de ilustrar o contexto social daquela época, Marques (2010) traz ainda uma sentença, datada de 15 de outubro de 1833, prolatada no estado do Sergipe, em relação a uma tentativa de estupro:

SENTENÇA DO JUIZ MUNICIPAL EM EXERCÍCIO, AO TERMO DE PORTO DA FOLHA – 1883.

Condene o cabra Manoel Duda pelo malifício que fez a mulher de Xico Bento e por tentativa de mais malifícios iguais, a ser capado, capadura que deverá ser feita a macete.

A execução da pena deverá ser feita na cadeia desta villa. Nomeio carrasco o Carcereiro. Feita a capação, depois de trinta dias o Carcereiro solte o cujo cabra para que vá em paz.

Métodos

A castração biológica caracteriza-se, no homem, pela ablação dos testículos ou de toda a genitália masculina. A castração feminina é caracterizada pela remoção dos ovários ou do útero. É um método irreversível, incapacitando permanentemente o indivíduo.

Por sua vez, a castração química (ou terapia antagonista de testosterona) é feita por meio de doses periódicas e frequentes de versões sintéticas do hormônio feminino progesterona, como o levonorgestrel, o gestodeno, o enantato de noreristerona, o ciproterona e o acetato de medroxiprogesterona (depro-provera®), que é a mais utilizada.

A castração química é a manipulação de fármacos inibidores dos impulsos sexuais e bloqueadores do desejo, utilizando drogas que neutralizam o hormônio que os testículos produzem. O anilato de ciproterona e a medroxiprogesterona, dois derivativos do hormônio testosterona, são os antidrógenos mais pesquisados. Eles reduzem o nível de testosterona, assim como a Triporelina, uma droga de gonadropina, reduz os níveis do hormônio em questão.

A incidência do hormônio feminino é capaz de diminuir consideravelmente o nível do hormônio testosterona, impedindo, assim, que o homem sinta desejo sexual e levando-o a perder sua libido.

Faustino Gudín Rodriguez Magariños (*apud* ROCHA, 2011, p. 89) complementa, ainda, ao dizer que a castração química é um tratamento totalmente reversível, uma vez que os efeitos sobre a redução da testosterona e da libido sexual duram aproximadamente seis meses após a aplicação do Depo-Provera.

Efeitos observados

Estudos com o Depo-Provera® (acetato de medroxiprogesterona) relacionados à castração química demonstram que seus efeitos colaterais são ocorrência eventual de depressão, insônia, convulsões, depressão, tontura, dor de cabeça, nervosismo, sonolência, perda de cabelo, aumento de pêlos, cansaço, reações no local da injeção, febre, redução da tolerância à glicose, perda de cálcio desenvolvimento de diabetes, fadiga crônica, alterações na coagulação sanguínea, incluindo aumento de peso, trombose, hipertensão, hipoglicemia e raras mudanças em enzimas hepáticas.

Conforme a psiquiatra F. G., o Conselho Nacional de Medicina não recomenda a castração química. Relata que em outros países o medicamento mais utilizado no tratamento da inibição da libido é o Depo-provera (acetato de medioxypogesterona), que deve ser utilizado durante noventa dias, sendo uma aplicação intramuscular por mês. Outro medicamento citado por ela é o Acetato de Ciprote-rona, que bloqueia a ação da testosterona nos receptores. "Com duas a quatro semanas há redução da ereção e comportamento antissocial. Ação esperada do medicamento é conter o desejo sexual exagerado (desvios sexuais e/ou hipersexualidade)".

Observa F. G. que em hospitais psiquiátricos em que trabalhou chegou a receitar o Haldol, usado no tratamento dos sintomas psicóticos, para pacientes de libido exagerada, com tendências à violência. A dose mais comum pode variar entre 5 e 15mg por dia, podendo chegar 100mg por dia sem nenhum risco. Pode causar problemas no sistema motor (RAULINO, 2010).

Quando a administração do Depo-Provera® é cessada, a produção de testosterona pelo corpo humano é potencializada, em níveis superiores aos anteriormente verificados e causando uma alteração em sua libido de forma mais intensa do que a originalmente verificada.

Resultados

Segundo levantamento feito por Katherine Amlim, o tratamento com a Depo-Provera® reduziu a reincidência de 75% para 2% para aqueles condenados submetidos ao tratamento. Até o momento, parece que a única resposta totalmente eficaz e irreversível, segundo as pesquisas, seria a remoção cirúrgica dos testículos, mas os efeitos colaterais seriam também irreversíveis (AMLIN, 2008).

Castração química: projetos de lei apresentados no Brasil

Vários projetos de lei já tentaram incluir a castração química em nosso ordenamento jurídico, entretanto, devido às inúmeras controvérsias entre médicos, psicólogos, psiquiatras e operadores do direito, nenhum desses projetos chegou a se efetivar enquanto norma jurídica.

O primeiro deles foi o Projeto de Lei n. 7.021/2002, de autoria do Deputado Federal Wigberto Tartuce. Previa a utilização da castração química em autores de crimes sexuais, substituindo a pena privativa de liberdade pela terapia hormonal, com caráter unicamente punitivo, conforme se observa:

Modifica os arts. 213 e 214 do Decreto-Lei n° 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1°. Os arts 213 e 214 do Decreto-Lei n° 2848, de 7 de dezembro de 1940, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – castração, através da utilização de recursos químicos.

Art. 214 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Pena – castração, através da utilização de recursos químicos.

Art. 2°. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3°. Revogam-se as disposições em contrário. (BRASIL, 2002)

O PL 7.021/2002 foi arquivado pela ocorrência do fim da legislatura, nos termos do artigo 105, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

O Projeto de Lei n. 4.399/2008, da Deputada Federal Marina Terra Maggessi de Souza, continha a seguinte redação:

Acresce o artigo 223-A ao Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal – para permitir a castração química na recuperação de pedófilos reincidentes.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. O Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal – passa a vigorar acrescido do seguinte artigo 223-A:

Art. 223-A. Considera-se crime de pedofilia a prática de quaisquer dos crimes previstos nos Capítulos deste Título VI quando praticados contra criança desde que, entre o agente e a vítima haja uma diferença de, pelo menos, 5 (cinco) anos.

§ 1º. Sem prejuízo dos demais requisitos estabelecidos nos artigos 34 a 36 e 83 desta Lei, os condenados pela primeira vez pelo crime de pedofilia, só farão jus à progressão de regime e ao livramento condicional se assinarem termo de ajustamento de conduta em que se comprometam a se submeter a um tratamento psiquiátrico, estando ciente da castração química em caso de eventual reincidência.

§ 2º. A reincidência na condenação por pedofilia implicará administração de castração química, acompanhada por junta médica oficial, que elaborará laudos periódicos sobre a receptividade do organismo do condenado quanto aos hormônios inoculados, sem prejuízo da aplicação concomitante das demais sanções penais cabíveis.

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2008)

Uma nova tentativa de positivação da supressão hormonal ocorreu com o Projeto de Lei n. 5.122/2009, de autoria do Deputado Federal Capitão Assunção. Assim propunha o PL:

Altera o inciso II do art. 226 do Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, e acrescenta a pena alternativa de castração química nos crimes contra a liberdade sexual.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. O art. 226, do Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

I - [...];

II – em 2/3 (dois terços), se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, ou prevalecendo-se das relações de parentesco consanguíneo até o terceiro grau, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

Art. 2º. Fica acrescido ao art. 32, o inciso IV ao decreto-lei 2848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal):

Art. 32. [...];

IV – tratamento por castração química.

Art. 3º. Fica acrescida a Seção IV, constante do artigo 52-A e os seguintes parágrafos ao Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal):

Seção IV;

Do Tratamento por Castração Química

Art. 52-A: A pena alternativa de castração química poderá ser aplicada mediante prévia aceitação do condenado, nos casos do cumprimento de pena nos crimes contra a liberdade sexual e implicará administração de castração química, acompanhada por junta médica nomeada pelo Juízo de Execução Penal, que elaborará laudos periódicos sobre a receptividade do organismo do condenado quanto aos hormônios inoculados, sem prejuízo da aplicação concomitante das demais sanções penais cabíveis.

§1º Terá direito a progressão antecipada do regime, condenado nos crimes contra a liberdade sexual, que optarem pela pena substitutiva de castração química, mediante requerimento e termo de compromisso, observado o disposto no inciso IV deste artigo.

§2º O requerimento e o termo de compromisso referidos no artigo anterior deverão conter a assinatura do condenado.

§3º Para fins de se manter a pena alternativa de castração química e a progressão antecipada do regime, o condenado deverá apresentar, mensalmente, laudo médico comprovando o uso dos medicamentos, quantidades e o grau de eficiência do tratamento, sob pena de revogação da progressão antecipada do regime e da pena restritiva de direitos.

Art. 4º. Fica acrescido ao art. 83, o inciso VI ao decreto lei 2848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal):

Art. 83. [...]

VI – após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena nos casos de condenação nos crimes contra a liberdade sexual que optarem pelo tratamento alternativo de castração química.

Art. 4º do Decreto Lei nº2848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal)

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2009)

Ainda, em 2011 foram propostos dois projetos de lei na Câmara dos Deputados sugerindo a utilização da terapia hormonal. O Deputado Federal Sandes Júnior propôs, pelo Projeto de Lei n. 349/2011, as seguintes alterações:

Acrescenta o art. 216-B ao Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para cominar a pena de castração química nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213 e 218 for considerado estupro

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Fica acrescido ao Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o art. 216-B:

Art. 216-B. Nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213 e 218 for considerado esturador, fica cominada a pena de castração química.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2011)

O Deputado Marçal Filho também propôs a utilização da castração química, pioneiramente utilizando o Código Internacional de Doenças. Assim, dispunha o Projeto de Lei 597/2011:

Art. 1º Fica acrescido ao Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o art. 226-A:

Art. 226-A. Nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças, fica cominada a pena de castração química.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Ressalte-se que os Projetos de Lei n. 597/2011, 349/2011,

5.122/2009 e 4.399/2008 foram arquivados por contrariar o Regimento Interno da Câmara dos Deputados e o inciso XLVII 'e', do artigo 5º, da Constituição Federal.

Semelhantemente, houve tentativa de positivação da castração química pelo Senado Federal. O Projeto de Lei 552/2007, proposto pelo senador Gerson Camata, assim dispunha, inicialmente:

Art. 1º Fica acrescido ao Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o art. 226-A:

Art. 226-A. Nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças, fica cominada a pena de castração química.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2007a)

O referido projeto de lei foi analisado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, as quais foram favoráveis à aprovação do Projeto, porém, com várias emendas:

A redação proposta pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em 7 de julho de 2009, foi a seguinte:

Dê-se ao art. 1º do Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007, a seguinte redação:

Art. 1º

Art. 226-A. Quando os crimes tipificados nos arts. 213, 214 e 218 forem praticados contra pessoa com idade menor ou igual a quatorze anos, observar-se-á o seguinte:

§ 1º. O condenado poderá se submeter, voluntariamente, sem prejuízo da pena aplicada, a tratamento químico hormonal de contenção da libido, durante o período de livramento condicional, que não poderá ser inferior ao prazo indicado para o tratamento.

§ 2º. A Comissão Técnica de Classificação, na elaboração do programa individualizador da pena, especificará tratamento de efeitos análogos ao do tratamento hormonal de contenção da libido, durante o período de privação de liberdade, cujos resultados constituirão condição para a realização ou não do tratamento de que trata o § 1º deste artigo.

§ 3º. O condenado referido no § 1º deste artigo que se submeter

voluntariamente ao tratamento químico hormonal de contenção da libido, após os resultados insatisfatórios obtidos com o tratamento de que trata o §2º, terá a sua pena reduzida em um terço. § 4º. O condenado reincidente em qualquer dos crimes referidos no *caput* deste artigo que já tiver se submetido, em cumprimento anterior de pena, ao tratamento de que trata o § 3º deste artigo, não se submeterá a ele novamente.

§ 5º. O tratamento químico hormonal de contenção da libido antecederá o livramento condicional em prazo necessário à produção de seus efeitos e continuará até a Comissão Técnica de Classificação demonstrar ao Ministério Público e ao juiz de execução que o tratamento não é mais necessário. (BRASIL, 2007b)

Por sua vez, o parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, em 13 de abril de 2010:

Dê-se ao art. 1º do Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007, a seguinte redação:

Art. 1º

Art. 226-A. Em relação aos crimes tipificados nos arts. 217-A e 218, observar-se-á o seguinte:

I – o condenado não-reincidente poderá submeter-se, voluntariamente, sem prejuízo da pena aplicada, a tratamento químico hormonal de contenção da libido, durante o período de livramento condicional, que não poderá ser inferior ao prazo indicado para o tratamento;

II – o condenado reincidente em qualquer dos crimes referidos no *caput* deste artigo será obrigado a submeter-se a tratamento químico hormonal, sem prejuízo da pena aplicada, durante o período de livramento condicional, que não poderá ser inferior ao prazo indicado para o tratamento;

III – a Comissão Técnica de Classificação especificará, na elaboração do programa individualizador da pena, tratamento de efeitos análogos aos do hormonal, durante o período de privação de liberdade, cujos resultados constituirão condição para a realização ou não do tratamento de que tratam os incisos I e II deste artigo;

IV – o condenado referido no inciso I deste artigo que se submeter voluntariamente ao tratamento químico hormonal, após os resultados insatisfatórios obtidos com o tratamento de que trata o inciso III, terá a sua pena reduzida em um terço;

V – o condenado referido no inciso II deste artigo que já tiver se

submetido, em cumprimento anterior de pena, ao tratamento de que trata o inciso III não se submeterá a ele novamente;
VI – o tratamento químico hormonal de contenção da libido antecederá o livramento condicional em prazo necessário à produção de seus efeitos e continuará até a Comissão Técnica de Classificação demonstrar ao Ministério Público e ao juiz de execução que o tratamento não é mais necessário.

Não obstante a mudança da obrigatoriedade pela voluntariedade proposta pelas emendas e a diferença de aplicação do instituto da castração pelos primários e reincidentes, o que se percebe é que a real intenção do legislador é que a terapia hormonal tenha um caráter de punição, e não de uma forma de tratamento. Quando o legislador obriga o delinquente à supressão hormonal, ele simplesmente ignora a vontade do criminoso, interferindo na esfera de liberdade individual e desconsiderando se o condenado vai se comprometer com o tratamento.

Observa-se, ainda, que conforme propunham os projetos anteriores, a pena de castração seria aplicada em concomitância à pena de restrição de liberdade, em flagrante desobediência ao princípio do *ne bis in idem*.

CONCLUSÃO

O homem social atribuiu ao Estado-Judiciário a função de aplicar penas aos seus pares, após perceber que sem a devida coerção punitiva a ordem social estaria comprometida pelos comportamentos desviantes.

Após o cometimento de barbáries e extravagâncias, restou hialino que o Estado, durante o processo de criação-cominação de punições, deveria sofrer limitações no seu poder punitivo, poder esse, ressalte-se, concedido pelos próprios concidadãos, que agora eram vítimas de sua própria criação artificial.

Essas limitações foram traduzidas em princípios informadores e dispositivos expressos nos respectivos *Contratos Sociais* de cada nação. No Brasil, proibiu-se qualquer tipo de pena cruel, de

morte, perpétua, de trabalhos forçados e de banimento.

O avultante crescimento da criminalidade nos centros urbanos e rurais fez com que a coletividade se sentisse insegura e suplisse por uma satisfação do Estado, o detentor do monopólio do direito de punir. Após o silêncio estatal – que não se preocupou em fortalecer as próprias instituições, tampouco em executar decisivas políticas socioeducativas preventivas – insurge-se, nos palanques e durante os comícios eleitorais, o discurso de agravamento das penas. Essa providência, célere e eficaz, se tornou o novo clamor de uma sociedade combalida pela violência.

Com vistas a satisfazer esse clamor, os representantes do povo no Poder Legislativo iniciaram uma maratona quase anual de proposituras de Projetos de Lei visando a agravação de penas, especificamente a de castração química, cientes de que, caso o princípio da legalidade fosse desrespeitado, estaríamos diante de um Estado que tortura e inflige lesão corporal de natureza gravíssima aos seus membros. Embora nenhum desses projetos tenha encontrado sucesso, é notório que se trata de mera manobra eleitoral. O primeiro deputado ou senador que porventura tiver seu projeto de lei aprovado será reeleito com base nesse “sucesso”, tão cega e desesperada está a sociedade por uma saída para a violência nos centros.

Entretanto, os princípios e dispositivos constitucionais têm sido verdadeiros escudos dos valores maiores do homem. É inaceitável que um projeto de lei traga uma pena física, ao nosso arcabouço jurídico, em descompasso com a própria evolução axiológica das penas.

Não se pode concordar com um projeto de Lei que desrespeita a superioridade da Carta Magna, violando princípios fundamentais sob os quais a própria nação é constituída.

Diversas vezes, ao longo da História, o homem cometeu atrocidades justificadas por ideologias. Zaffaroni e Pierangeli (2007) destacam o genocídio indígena americano, o tráfico de homens africanos e o colonialismo mais cruel e explorador. “Cada atrocidade foi cometida em nome da ‘humanidade’ e da ‘justiça’. [...] cada ideologia tinha sua ideia do homem e, na medida em que a realizava, tudo estava justificado pela necessidade”.

Após os constantes arquivamentos dos projetos de lei, baseados em sua inconstitucionalidade por desrespeitarem a proibição

de penas cruéis, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, juntamente com a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, emendou o projeto de lei 552/2007-SF, mutando a penalidade de castração química em um direito concedido ao condenado. Da análise das emendas percebe-se que o objetivo desse “novo direito” é o mesmo da pena em sua origem: castigo. O condenado é induzido a submeter-se a um tratamento hormonal com o intuito de ter sua pena diminuída, abrindo mão de um direito indisponível que é a saúde.

É necessário que o Poder Legislativo se conscientize de que a castração química ofende o princípio da humanidade e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, seja ela aplicada como penalidade ou como “direito”, independentemente do crime cometido pelo agente. Agir dessa forma com esses indivíduos seria o mesmo que decepar os braços de ladrões ou cortar a língua de difamadores e depois conceder-lhes a liberdade.

A castração química é uma pena cruel por afrontar, de modo particular, o princípio da dignidade da pessoa humana. O próprio vocábulo 'castrado' já é carregado de uma semântica pejorativa, pois reduz o homem à condição de besta irracional, de animal pronto para o abate.

Ainda, utilizando o parecer da CCJC, o senador Marcelo Crivella opina quanto à pena de castração química:

O problema com esses tratamentos é que o condenado tem que se apresentar com certa frequência ao médico designado para receber as injeções, sem as quais os testículos poderão até mesmo aumentar a produção de testosterona acima dos níveis anteriores e provocar alteração na libido ainda mais intensa que a original. (CRIVELLA, 2009, p. 10)

Ora, se a terapia química visa a aplicação de hormônio feminino para reduzir a produção do hormônio masculino, uma vez que este é o responsável pelo comportamento desviante, e se esse tratamento for suspenso, poderá ocorrer aumento na libido, de forma ainda mais intensa que a original, entende-se que o condenado terá que se submeter perpetuamente às dosagens de medroxiprogesterona (ou similar) com o intuito de que ele não volte a delinquir.

Mesmo que a castração tivesse eficácia ressocializante, seu

uso caminharia em direção oposta à abolição das penas físicas. O Estado deve proteger o indivíduo por meio do direito penal e contra o direito penal.

Assim, advogamos a impossibilidade jurídica da aplicação do instituto da castração química no ordenamento jurídico brasileiro, por ser uma medida cruel, física, perpétua, que não ressocializa e fere um princípio tão intrínseco à condição de ser humano, qual seja, sua dignidade.

REFERÊNCIAS

AMLIN, Katherine. Chemical castration: the benefits and disadvantages intrinsic to injecting male pedophiliacs with Depo-provera. *SerendipStudio*, 1º/09/2008. Disponível em: <<http://serendip.brynmawr.edu/exchange/node/1778>>. Acesso em: 27 mai. 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Hemus, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 9-10.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 91.

_____. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 57.

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

BRASIL. *Código Penal brasileiro*. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940a.

BRASIL. *Exposição de motivos do Código Penal brasileiro*. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940b.

BRASIL. *Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984*. Do objeto e da aplicação da lei de execução penal.

BRASIL. *Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991*. Promulga a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 7.201 de 2002*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=58512>>. Acesso em: 27 mai. 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 4.399, de 2008*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=618960&filename=PL+4399/2008>. Acesso em: 27 mai. 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 5122/2009, de 2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651058&filename=PL+5122/2009>. Acesso em: 27 mai. 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 349, de 2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491711>>. Acesso em: 28 mai. 2014.

BRASIL, Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado Federal n. 552/2007a*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/11282.pdf>> Acesso em: 28 mai. 2014.

BRASIL, Senado Federal. *Parecer referente ao Projeto de Lei do Senado Federal n. 552/2007b*. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/56869.pdf>>. Acesso em 28 mai. 2014.

CAUPOLICAN, Padilha Júnior. *Teoria da pena*. Disponível em: <<http://profcaupolican.sitelw.com.br/apostilas-e-textos/>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

CRIVELLA, Marcelo. *Parecer na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/56869.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 9.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 357-358.

_____. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 364.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Editora Vozes, 1991. p. 9.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Editora Impetus, 2010. p. 5.

_____. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009. p. 485-486.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1979. p. 70. (Coleção Os Pensadores)

HOUAISS, Antônio. *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Objetiva, 2001. p. 355.

LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

MARQUES, Archimedes. *Crimes sexuais: da antiga cação para a moderna castração química*. Publicado em 08/04/2010. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/advertising-artigos/crimes-sexuais-da-antiga-capacao-para-a-moderna-castracao-quimica-2120188.html>>. Acesso em: 27 mai. 2014.

MICHAELIS: *Dicionário escolar língua portuguesa*. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2008. p. 166.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 349.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000. *passim*.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Editora RT, 2013. p. 89.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. Santa Catarina: Editora da UFSC, 1996. p. 38.

PIERANGELI, José Henrique. *Fascículos de ciências penais – penas e prisões*. Porto Alegre: Editora safE, 1992. p. 66.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. v. 1, Parte Geral. 7. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 137.

QUEIROZ, Paulo; MELHOR, Aldeleine; CUNHA, Rogério Sanches (Org.). *Leituras complementares de execução penal*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006. p. 9-41.

RAULINO, Marcelo. Castração química em discussão. *Nacional -*

Diário do Nordeste, 17/04/2010. Disponível em: <<http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=770477>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985. p.166-167.

ROCHA, Alex Fernandes. *Castração Química de Pedófilos*. Brasília: UniCEUB, 2011. Disponível em: <<http://www.repositorio.uni-ceub.br/bitstream/123456789/431/1/20704570.pdf>>. p. 28. Acesso em: 2 jun. 2014.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério administrativo de pena. *Revista de Direito Penal*. São Paulo: Editora RT, 1973. p. 43.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

VICENTE, Paulo Marcelo Alexandrino. *Direito Constitucional descomplicado*. 4. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Método, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A APLICAÇÃO DA TREDESTINAÇÃO LÍCITA NO DIREITO DE PREEMPÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADE

THE APPLICATION OF THE LAWFUL TREDESTINATION ON THE RIGHT OF PREEMPTION IN THE CITY STATUTE

LA APLICACIÓN DE LA ASIGNACIÓN LÍCITA EN EL DERECHO DE APROPIACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CIUDAD

Resumo:

O direito de preempção do Estatuto da Cidade consiste na preferência, facultada ao Poder Público, de adquirir imóvel inserido em determinada área – previamente delimitada por lei municipal – quando o proprietário manifestar sua intenção de alienar o bem a terceiro. Há vozes sustentando que a destinação do imóvel obtido pelo direito de preempção deve ser única e exclusivamente aquela prevista na lei municipal. Dar finalidade diversa ao imóvel, ainda que para consecução de interesse público relevante previsto no Estatuto da Cidade, configuraria improbidade administrativa. Sustentamos que o conceito de tredestinação lícita, admitido no campo da desapropriação, enquadra-se perfeitamente no direito de preempção, mormente em virtude da identidade de fundamento axiológico (interesse público) e da afinidade entre as respectivas bases teóricas.

Abstract:

The right of preemption provided by Federal Law 10.257/2001 is the preference given to the Government of acquiring property placed in previously-determined area bounded by municipal law, when the owner express his intention to sell the property to a third party. There are voices claiming that the allocation of property obtained by right of preemption must follow solely what the municipal law

* Pós-graduado em Direito Civil, Negocial e Imobiliário pela Anhanguera - UNIDERP. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas - RS. Promotor de Justiça do MP-GO.

dictates. Giving purpose other than the provided by municipal law, even though for achievement of significant public interest included in Federal Law 10.257/2001, would configure administrative misconduct. We argue that the concept of lawfully misdestination, admitted to the field of expropriation, fits perfectly in the right of preemption, especially regarding the identity of axiological foundation (public interest) and affinity between their theoretical bases.

Resumen:

El derecho de apropiación previsto por la Ley Federal 10.257/2001 consiste en la preferencia facultada al Poder Público de adquirir inmueble ubicado en determinada área – previamente delimitada por el ordenamiento municipal – cuando el propietario manifiesta su intención de enajenar el bien a un tercero. Surgen voces sustentando que el destino del inmueble obtenido a través del derecho de apropiación debe de ser única y exclusivamente aquel previsto en el ordenamiento municipal. Dar una finalidad distinta al inmueble, aunque para el logro del interés público relevante previsto en la Ley Federal 10.257/2001, configuraría deshonestidad administrativa. Sostenemos que el concepto de asignación lícita admitido en el campo de la desapropiación, se encuadra perfectamente en el derecho de apropiación, especialmente en virtud de la identidad del fundamento axiológico (interés público) y de la afinidad entre las respectivas bases teóricas.

Palavras-chaves:

Direito imobiliário, direito de preferência, destinação do imóvel, improbidade administrativa, interesse público.

Keywords:

Real estate law, right of preference, allocation of property, administrative misconduct, public interest.

Palabras clave:

Derecho inmobiliario, derecho de preferencia, destino del inmueble, deshonestidad administrativa, interés público.

INTRODUÇÃO

Com vistas a regulamentar a política de desenvolvimento urbano, o Estatuto da Cidade previu uma série de instrumentos das mais variadas espécies (financeiros, tributários, políticos, jurídicos etc.). Dentre tais instrumentos encontra-se o direito de preempção.

Por se tratar de tema incipiente na doutrina e na jurisprudência, o direito de preempção ainda gera controvérsias. Uma questão tormentosa diz respeito à possibilidade (ou não) de destinar-se o imóvel, obtido a partir do direito de preempção, a finalidade diversa para a qual foi previsto, mesmo que esteja presente o interesse público, nos moldes da denominada tredestinação lícita, afeita à desapropriação. Este é exatamente o objeto do presente artigo.

A despeito das primeiras considerações sobre o tema sustentarem a impossibilidade da tredestinação lícita, inclusive inquirindo de ímproba a conduta do Prefeito que assim proceder, buscamos demonstrar, com o presente estudo, que as bases teóricas de ambos os conceitos – direito de preempção e tredestinação lícita –, bem como a identidade de fundamento axiológico, permitem a aproximação dos institutos, de modo a tornar a tredestinação lícita absolutamente compatível com o direito de preempção.

Para tanto, partindo de ampla pesquisa bibliográfica, amparado pela legislação, pela jurisprudência e, sobretudo, por doutrina dos mais diversos ramos do Direito (até porque a interdisciplinaridade é um dos fundamentos para nossa conclusão), começamos abordando, em separado, os institutos jurídicos em análise.

No primeiro capítulo, fazemos alguns apontamentos sobre a tredestinação, localizando-a no seu campo mais recorrente (desapropriação), explorando a classificação doutrinária em tredestinação ilícita e lícita (visto que esta última é que interessa à conclusão do estudo), bem como investigando seus fundamentos teóricos, a fim de transportá-los – pois que compatíveis – ao direito de preferência do Estatuto da Cidade.

Procedimento semelhante foi adotado no segundo capítulo, destinado ao estudo do direito de preempção da Lei n. 10.257/2001. Situou-se o instituto no âmbito normativo, para, posteriormente, adentrar-se no exame de suas características e objetivos, mormente em

virtude do papel do Estatuto da Cidade frente à Constituição Federal.

Retomando os pontos em comum abordados nos dois primeiros tópicos, o terceiro capítulo pretendeu lançar as bases para defender a possibilidade de aplicação do conceito de tredestinação lícita ao direito de preempção do Estatuto da Cidade. Buscou-se fundamento na unicidade do direito, a impedir a coexistência desarmônica de institutos jurídicos que se amoldam ao mesmo caso prático; ainda, socorremo-nos da técnica da ponderação de valores para fazer prevalecer a supremacia do interesse público em detrimento da pretensa segurança jurídica que a taxatividade legal poderia trazer.

Muito embora o objeto do estudo pareça sobremaneira específico, trata-se, em verdade, de discussão por demais abrangente, com repercussão em diversos campos do conhecimento jurídico, como o direito imobiliário e negocial (por conta da ingerência estatal nos negócios jurídicos privados de alienação imobiliária), o direito civil (no que toca aos desdobramentos do direito de preempção sobre a propriedade privada), o direito constitucional (no que diz respeito à execução da política de desenvolvimento urbano) e o direito administrativo (em virtude da sombra da improbidade administrativa que paira sobre a conduta do Prefeito).

DA TREDESTINAÇÃO LÍCITA

Pode-se conceituar a tredestinação, em apertada síntese, como a destinação desconforme com o plano inicialmente previsto no ato expropriatório (ALEXANDRINO e PAULO, 2011, p. 980). A Administração Pública desiste dos fins da desapropriação e transfere a outrem o bem desapropriado ou incorre em desvio de finalidade.

Antes de aprofundar o instituto, no entanto, cumpre fazer breves apontamentos acerca da finalidade da conduta administrativa, por se tratar de ponto inicial para o estudo tanto da tredestinação quanto do direito de preempção.

O Direito Administrativo é informado por uma série de princípios que direcionam a gestão da coisa pública, valores estes que assumem especial importância em virtude da inexistência de codificação

desse ramo do Direito.

Dentre tais vetores, o princípio da supremacia do interesse público (ou da finalidade pública) assume significativa relevância, pois que norteia tanto a atividade do administrador público quanto a própria atividade legiferante. Quanto ao primeiro aspecto, considerando-se a administração pública, grosso modo, como a gestão de coisa alheia, significa que nenhuma outra finalidade pode guiar a conduta do administrador que não o interesse público.

A respeito da finalidade como elemento estruturante do ato administrativo, a Prof^a. Maria Sylvia Di Pietro (2006, p. 220) extrai dois possíveis sentidos: (i) em sentido amplo, a finalidade deve sempre corresponder ao atingimento de um resultado de interesse público (finalidade pública, portanto); (ii) em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que o ato deve produzir, tal como definido em lei. Uma vez violada a finalidade do ato, seja em sentido amplo, seja em sentido restrito, estará caracterizado o desvio de poder, consistente no afastamento do espírito da lei, vale dizer, numa *aberratio finis legis*, conforme clássica lição de Cretella Júnior (1964, p. 12).

É justamente nesse terreno – do interesse público e do desvio de finalidade – que cabe o estudo do instituto da tredestinação.

Sabe-se que a desapropriação tem por pressuposto a utilidade pública, a necessidade pública ou o interesse social. O interesse público *lato sensu* justifica a expropriação como exercício do poder de império da Administração Pública sobre o particular. Vale dizer, o interesse público é tão prevalente que legitima um ato expropriatório sobre um direito (propriedade privada) outrora visto como absoluto. A propósito, Rosenvald e Farias afirmam que a antropologia desconhece sociedades alheias ao direito de propriedade, pelo que assumiria a qualidade não de instituição legal ou convencional, mas natural (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 256-257). Tal constatação recrudescer a excepcionalidade do procedimento expropriatório. No mesmo sentido, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1996, p. 3) discorre que a propriedade, independentemente de sua natureza e de qualquer ideologia política, ao longo do processo histórico forma a própria condição humana; o homem contra ela jamais se insurgiu, só ficando convencido de sua perda quando provado um interesse maior.

Infelizmente, nem sempre o administrador público está imbuído desse espírito de proteção ao interesse coletivo. Quando tal

se dá, ocorre o chamado desvio de finalidade, o que, na seara da desapropriação, adquire a alcunha específica de “tredestinação”.

Parte da doutrina (com eco na jurisprudência dos Tribunais Superiores), contudo, costuma subdividir o gênero tredestinação nas espécies lícita e ilícita. Diz-se tredestinação lícita quando o interesse público é, ao fim e ao cabo, atendido, mesmo que a finalidade expressamente declinada no decreto expropriatório seja substituída por outra. Seria o caso, por exemplo, de um decreto expropriatório fundado em interesse público na construção de uma escola, em que, por razões supervenientes, mas também informadas pelo interesse público, a Administração acabe construindo um hospital.

Veja-se: a finalidade para a qual o imóvel foi desapropriado (construção de uma escola) não foi observada, razão pela qual se fala em tredestinação; entretanto, a destinação efetiva do imóvel (construção de um hospital) também atende ao interesse público, pelo que tal tredestinação seria lícita.

Por outro lado, fala-se em tredestinação ilícita na hipótese tratada anteriormente – desvio de finalidade. Ocorre quando o interesse público é desatendido em todas suas feições, seja porque a destinação do bem desapropriado refoge ao proveito coletivo, seja porque não há destinação alguma. Nesse caso particular, inclusive, surge para o particular expropriado o chamado direito de retrocessão, consistente na obrigação do Poder Público expropriante de conceder direito de prelação ao ex-proprietário sobre o objeto da desapropriação pelo valor atual do bem. Tal previsão vem regulada no artigo 519 do Código Civil:

Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

A propósito, é possível extrair a figura da tredestinação lícita do próprio artigo 519 do CC/2002. O comando é categórico: haverá direito de retrocessão quando a coisa expropriada não tiver o destino para o qual foi desapropriada “ou não for utilizada em obras ou serviços públicos”. Ao fazer essa ressalva final, o artigo em comento

deixa claro que não caberá direito de retrocessão (e, portanto, tredestinação ilícita não haverá) se o bem expropriado for destinado a outra finalidade que atenda, igualmente, ao interesse público.

Sobre o reconhecimento da tredestinação lícita na redação do artigo 519 do Código Civil, cabe transcrever, por pertinente, a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 838-839), *in verbis*:

A inovação mais significativa trazida pelo novo dispositivo foi o acréscimo de mais um suporte fático para a configuração do instituto [a *retrocessão*]. Diante do texto, são dois esses suportes: 1º) o bem não ter o destino para o qual foi desapropriado; 2º) o bem não ser utilizado em obras ou serviços públicos. No Código revogado, fazia-se menção apenas ao primeiro suporte. Consequentemente, tais pressupostos devem ser interpretados de forma conjugada: não basta que o bem desapropriado não tenha o destino anteriormente projetado; cumpre que, além disso, não tenha utilização para obras ou serviços públicos. Significa dizer que, ainda que a finalidade não seja rigorosamente a que fora planejada antes, poderá o bem expropriado ser utilizado para fins públicos – obras e serviços –, sucedendo, então, o que a doutrina convencionou denominar de **tredestinação lícita**, vale dizer, alteração da finalidade inicial para outra finalidade pública – entendimento, diga-se de passagem, já há muito adotado por juristas e tribunais. [grifo do autor]

Com efeito, a figura da tredestinação lícita é amplamente reconhecida na jurisprudência dos Tribunais Superiores, sempre como homenagem ao princípio da supremacia do interesse público.

No âmbito do STJ, é bastante conhecido o julgamento do REsp 710.065/SP, que ficou conhecido como “caso Vila Paris”. Na oportunidade, o ilustre Min. José Delgado – após preciosa lição acerca da natureza jurídica do direito de retrocessão – reconheceu expressamente a tredestinação lícita, afirmando o seguinte:

[...] não está caracterizado o desvio de finalidade perpetrado pelo Poder expropriante, posto que o bem cumpriu a finalidade pública de sua destinação, embora com a instalação de outras atividades que não as pretendidas originariamente. (STJ, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, REsp 710.065/SP, j. em 12.04.2005, DJ 06/06/2005 p. 216)

O fundamento axiológico da tredestinação lícita está profundamente arraigado à noção de supremacia do interesse público, visto este como um valor uno, indivisível, abrangente. Ainda que se possa falar em “aspectos específicos do interesse público”, como bem assinala Carvalho Filho (2009, p. 842), o que deve ser atendido pelo Poder Público expropriante é o interesse público amplamente considerado; não se cogita de ilicitude, portanto, se estes “fins especiais” divergirem, pois o *motivo* expropriatório continua revestido de interesse público.

Como será visto adiante, a supremacia do interesse público, fundamento da tredestinação lícita, constitui um dos pontos de contato deste instituto com o direito de preempção, o que legitima, somado a outros fatores, a aplicação de um sobre o outro.

DO DIREITO DE PREEMPÇÃO NO ESTATUTO DA CIDADE

De início, haja vista o caráter polissêmico do termo “preempção”, dando ensejo a confusão com outros institutos, cumpre delimitar o tema.

Muito embora o direito de preempção possa se referir, de forma geral, a qualquer direito de preferência existente em dada relação jurídica – inclusive a resultante do direito de retrocessão, analisado no tópico anterior –, cuidamos aqui especificamente do direito de prelação disciplinado nos artigos 25 e seguintes da Lei n. 10.257/2001, mais conhecida como Estatuto da Cidade:

Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares.

§ 1º Lei municipal, baseada no plano diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a 5 (cinco) anos, renovável a partir de 1 (um) ano após o decurso do prazo inicial de vigência.

§ 2º O direito de preempção fica assegurado durante o prazo de vigência fixado na forma do § 1º, independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel.

Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder

Público necessitar de áreas para:

I – regularização fundiária;

II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;

III – constituição de reserva fundiária;

IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana;

V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;

VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental;

VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;

IX – (VETADO)

Parágrafo único. A lei municipal prevista no § 1º do art. 25 desta Lei deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo.

Art. 27. O proprietário deverá notificar sua intenção de alienar o imóvel, para que o Município, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, manifeste por escrito seu interesse em comprá-lo.

§ 1º À notificação mencionada no *caput* será anexada proposta de compra assinada por terceiro interessado na aquisição do imóvel, da qual constarão preço, condições de pagamento e prazo de validade.

§ 2º O Município fará publicar, em órgão oficial e em pelo menos um jornal local ou regional de grande circulação, edital de aviso da notificação recebida nos termos do *caput* e da intenção de aquisição do imóvel nas condições da proposta apresentada.

§ 3º Transcorrido o prazo mencionado no *caput* sem manifestação, fica o proprietário autorizado a realizar a alienação para terceiros, nas condições da proposta apresentada.

§ 4º Concretizada a venda a terceiro, o proprietário fica obrigado a apresentar ao Município, no prazo de 30 (trinta) dias, cópia do instrumento público de alienação do imóvel.

§ 5º A alienação processada em condições diversas da proposta apresentada é nula de pleno direito.

§ 6º Ocorrida a hipótese prevista no § 5º o Município poderá adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta apresentada, se este for inferior àquele.

Como bem observa Agharian (2003, p. 78), se a Constituição Federal consagra o princípio da função social da propriedade (artigo 5º, XXIII), a Lei n. 10.257/2001 não se afasta de tal objetivo constitucional; apenas o adapta, em caráter amplo, em prol da cidade e da propriedade urbana.

Classificado pelo próprio Estatuto da Cidade como instrumento jurídico e político a serviço da Política Urbana (artigo 4º, V, alínea *m*), o direito de preempção vem dividindo a doutrina especializada no assunto. As opiniões variam desde uma suposta inconstitucionalidade frente à garantia do direito de propriedade (artigo 5º, XXII, da CF) até o reconhecimento do direito de preempção como uma das novidades mais chamativas e interessantes do Estatuto da Cidade (GÓMEZ, 2004, p. 46).

Da disciplina legal transcrita anteriormente, pode-se conceituar o direito de preempção como a preferência de que goza o Poder Público no caso de alienação onerosa entre particulares, tendo por objeto um imóvel situado em uma zona previamente delimitada por lei municipal, sempre que tal imóvel servir a um (ou mais de um) dos objetivos listados no artigo 26.

O parágrafo único do citado artigo determina que a lei municipal, ao fixar a área sobre a qual o Poder Público estará autorizado a exercer o direito de preempção, deve “enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo”.

Essa previsão conduz à questão central deste trabalho: poderia o Poder Público exercer o direito de preempção fundado em determinado objetivo do artigo 26, em conformidade com a lei municipal autorizadora, mas acabar por dar outra destinação ao imóvel, igualmente elencada no artigo 26?

Exemplifica-se: o Município, notificado pelo proprietário do bem sobre a intenção de vendê-lo, exerce o direito de preempção com base na lei municipal que enquadra esta área como necessária à regularização fundiária (inciso I). Posteriormente, o Poder Municipal destina o respectivo imóvel para fins de execução de programas e projetos habitacionais de interesse social (inciso II). Admitir-se-ia tal procedimento?

A resposta à indagação, a nosso ver, deve ser positiva.

Partindo da premissa da supremacia do interesse público e importando para o assunto o conceito de *tredestinação lícita* – como será adiante justificado –, é perfeitamente aceitável a destinação do

bem objeto do direito de preempção para outra finalidade, desde que igualmente compatível com os objetivos da política urbana trazidos pelo Estatuto da Cidade, na forma do artigo 26.

Tal conclusão, entretanto, será aprofundada no próximo capítulo. Por ora, deve-se focar nas características e fundamentos do direito de preempção, a fim de detectar os pontos de contato com a predestinação lícita.

O legislador, com vistas a implementar a política de desenvolvimento urbano, importou (e adequou) para o Estatuto da Cidade um instrumento próprio do Direito Civil.

O direito de prelação figura no Código Civil sob várias facetas: como cláusula especial ao contrato de compra e venda (artigo 513); como direito de preferência em favor do sócio no que tange ao aumento do capital social (artigo 1081, § 1º); como preferência do condômino nos casos de aluguel ou venda do bem objeto do condomínio (artigos 1322 e seguintes); como direito do superficiário ou do proprietário no caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, respectivamente (artigo 1373) etc.

Fora do Código Civil, mas ainda na seara do Direito Privado, é bastante conhecido o direito de preferência regulado na Lei de Locações (n. 8.245/91), pelo qual

no caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca. (artigo 27)

Ao trazê-lo para o âmbito normativo do Estatuto da Cidade, o legislador adaptou o direito de preempção a essa nova seara, pois que não se cogita, aqui, de relação jurídica travada exclusivamente entre particulares, mas de faculdade outorgada ao Poder Público de influir nessa relação privada, fazendo valer sua preferência por razões de interesse geral.

Nota-se que, além da função social da propriedade (DALLARI e FERRAZ, 2002, p. 196), também o interesse social está na base do direito de preempção; e, com base nesse interesse público,

o regramento do direito de preempção no Estatuto da Cidade permite, por exemplo, que no caso de o particular ludibriar o Poder Público e alienar o imóvel em condições diversas da proposta apresentada, o Município possa adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta apresentada, se este for inferior àquele (artigo 27, § 6º, do Estatuto).

Por óbvio, não se pode identificar nesse dispositivo qualquer semelhança entre o direito de preempção e a desapropriação. Não se cuida aqui de retirada forçada de um bem da esfera privada do particular, senão de mera consequência negocial (visto que ainda assim haverá aquisição onerosa por parte do Poder Público) advinda do comportamento desajustado do próprio particular. Não há qualquer nota de arbitrariedade.

Além do mais, não se pode rejeitar o direito de preempção como um todo por ver no § 6º uma brecha para abusos. Cabe aqui a advertência feita pelo Doutor em Direito Econômico pela UFMG Ricardo Antônio Lucas Camargo (s/d), no sentido de que a mera possibilidade do mau uso do direito de preempção, como, aliás, de qualquer outro direito assegurado pelo ordenamento jurídico, não autoriza a presunção desse desvio, em linha de princípio.

O mérito do direito de preferência do Estatuto da Cidade, na condição de instrumento a serviço da política de desenvolvimento urbano, é justamente conjugar o aspecto consensual (relação jurídica onerosa travada com o particular) com o princípio da supremacia do interesse público, que justifica ajustes necessários ao regramento do instituto, como o citado § 6º.

Conforme se aborda no capítulo seguinte, essa missão de atender ao interesse público no que diz respeito à consecução dos valores constitucionalmente assegurados em termos de política urbana é o que liga o direito de preempção ao conceito de predestinação lícita e, portanto, fundamenta o presente trabalho.

DO ENCONTRO DOS INSTITUTOS

A discussão sobre a tredestinação lícita no direito de preempção assume contornos graves se levarmos em consideração que o artigo 52, III, do Estatuto da Cidade, enquadra como improbidade administrativa a atitude do Prefeito que “utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei”.

Essa previsão gera diversas interpretações, dentre as quais a de que utilizar o imóvel em destino diverso do previsto na lei municipal de que trata o artigo 26, parágrafo único, importaria improbidade administrativa, mesmo que a destinação efetiva também conste do rol do artigo 26 – tese à qual o presente estudo se opõe diametralmente.

Nas pesquisas que antecederam e acompanharam a elaboração do artigo, deparamo-nos com uma questão de prova que abordava exatamente o problema ora examinado e, ao que parece, vai de encontro com nossa posição. Trata-se da 102ª questão da prova vespertina do concurso para ingresso na carreira de Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina, realizado em 2013. A assertiva trazia o seguinte:

Tendo o Poder Público Municipal, por meio do direito de preempção, adquirido um imóvel para o exclusivo fim de criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, incorre em ato de improbidade administrativa o Prefeito que utilizá-lo com o objetivo de regularização fundiária.

O gabarito apontou a assertiva como verdadeira. Assim, num primeiro momento, pode-se afirmar que a posição do MPSC (ou, pelo menos, da Banca Examinadora do Concurso) é pela inaplicabilidade da tredestinação lícita ao direito de preempção.

Este parece ser, também, a posição do Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda (s/d), especialista em Direito Ambiental e Coordenador das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico do Estado de Minas Gerais. Em artigo científico divulgado no portal do Ministério Público de Minas Gerais, o insigne jurista defende que, uma vez adquirido o imóvel por força

do direito de prelação, o Município tem a obrigação legal de dar-lhe *exatamente* a destinação que justificou a aquisição, conforme previsto em lei municipal, sob pena de incorrer o Prefeito em ato de improbidade administrativa.

Partindo do quanto exposto nos tópicos anteriores, buscamos demonstrar que a melhor solução é outra.

O Direito é um só.

Não há sentido falar em Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Penal etc. senão para fins didáticos. A setorização da ciência jurídica em diversos ramos justifica-se pela afinidade de preceitos, de princípios, comuns a determinados aspectos desse mesmo fenômeno: o Direito. Contudo, cabe repetir, como ciência humana, produto sociocultural do homem de determinado lugar em determinado tempo, o Direito é um só.

Essa observação inicial, um aparente truísmo, é o ponto de partida para o desenvolvimento de diversas teorias.

O diálogo das fontes, trazido para o Direito brasileiro pela Prof^a. Cláudia Lima Marques, busca a interdisciplinaridade das várias fontes do Direito privado sob a luz da Constituição Federal, partindo da premissa de que a existência de fontes legislativas plúrimas exige a coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (BENJAMIM, MARQUES e BESSA, 2012, p. 117).

O Min. Joaquim Barbosa, trazendo à tona o diálogo das fontes por ocasião do julgamento da famosa “ADI dos bancos” (n. 2.591), sintetizou bem a ideia exposta anteriormente em seu voto:

Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis. (STF, Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, ADI 2.591/DF, j. em 07.06.2006, DJ 29.09.2006, p. 31)

Como prova da unicidade do Direito, esta mesma premissa serviu de base para uma teoria em área completamente diversa, qual seja, a penal. Com efeito, o funcionalismo reducionista de Eugenio

Raúl Zaffaroni, especificamente no que toca à teoria da tipicidade conglobante, pressupõe o ordenamento jurídico como uma manifestação estatal una, de modo que uma mesma conduta não pode ser, por exemplo, imposta ou mesmo tolerada pelo Direito Civil ou Administrativo e tipificada no Direito Penal, sob pena de incoerência do sistema. Aduz o mestre argentino que “as normas jurídicas não vivem isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2006, p. 393).

Na mesma linha de raciocínio, Norberto Bobbio elaborou sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*, assentando que as normas jurídicas não podem ser valoradas ou interpretadas de maneira isolada; devem, antes, ser consideradas parte de um todo, uma rede complexa que lhe dá sustentação e sentido. O ordenamento jurídico seria um sistema e, por isso, insuscetível de normas incompatíveis entre si.

É justamente essa unicidade do sistema jurídico que embasa a proposta deste estudo: se há áreas de convergência entre dois institutos jurídicos, bem como identidade entre as respectivas bases teóricas, não há motivo plausível para negar a influência recíproca de ambos. É o que nos parece ocorrer entre a tredestinação lícita e o direito de preempção.

Como demonstrado ao longo do trabalho, a tredestinação lícita e o direito de preempção possuem inúmeros pontos de contato: ambos se situam no campo da retirada (quer compulsória, quer consensual) do bem do patrimônio particular; ambos consubstanciam a manifestação do princípio da supremacia do interesse público; ambos denotam a prevalência do aspecto social sobre a noção de segurança jurídica na técnica de ponderação de valores.

Por outro lado, os traços distintivos não justificam o isolamento. Veja-se, por exemplo, o caráter imperativo que está presente no processo expropriatório (dando ensejo à tredestinação lícita) e o traço consensual próprio do direito de preempção. Essa diferença, longe de afastar, aproxima os institutos, senão vejamos.

Cogitar da tredestinação lícita no procedimento expropriatório – em que o direito à propriedade particular é atingido de maneira unilateral e compulsória –, mas negá-la no direito de preempção, fruto de consenso, sem qualquer imposição vertical ao particular no que diz respeito à disponibilidade do seu patrimônio, gera inevitavelmente um sentimento de incoerência, de contradição.

Como admitir que o Poder Público possa relativizar um direito fundamental como a propriedade privada – e compulsoriamente, como ocorre na desapropriação – com base num motivo e acabar dando destinação diversa, mas negar essa tredestinação, mesmo que fundada no interesse público, quando adquirir consensualmente o imóvel? Parece-nos evidente o contrassenso.

Aliás, essa confusão entre a verticalidade afeita ao processo expropriatório e a bilateralidade ínsita ao direito de preempção, a nosso ver, foi o motivo que conduziu a Presidência República, de maneira equivocada, a vetar o artigo 26, IX, do Estatuto da Cidade, que previa o direito de preempção quando o Poder Público necessitasse de áreas para “outras finalidades de interesse social ou de utilidade pública, definidas no plano diretor”. Estas foram as razões do veto, *in verbis*:

Razões do veto:

O art. 26, inciso IX, do projeto estabelece que o direito de preempção previsto no art. 25 poderá ser exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para ‘outras finalidades de interesse social ou de utilidade pública, definidas no plano diretor’.

Ora, o direito de preempção previsto no projeto consubstancia-se em instrumento limitador do direito de propriedade e, como tal, deve ser posto à disposição do Município tão-somente em hipóteses expressamente previstas em lei, de forma a proteger o cidadão contra eventuais abusos do Poder Público.

No caso, como se observa, o inciso IX traz regra genérica e aberta que autoriza a utilização do direito de preempção em casos a serem definidos no plano diretor. Essa norma, portanto, contraria o interesse público de evitar a discricionariedade do Poder Público em matéria de direito fundamental, como o da propriedade. (Mensagem de veto nº 730, de 10 de julho de 2001)

Três graves equívocos, a nosso sentir, podem ser detectados nas razões anteriormente.

O primeiro, contra o qual já alertamos em capítulo anterior, consiste na postura de presumir o mau uso do instrumento legislativo, o que não se concebe, sob pena de inviabilidade do próprio ordenamento jurídico, na medida em que a maioria dos (senão todos) institutos legais dá margem ao desvio de utilidade.

O segundo erro está no argumento de que o direito de propriedade, porquanto assegurado constitucionalmente, só poderia ser limitado nas hipóteses previstas em lei, não podendo ficar tal limitação ao arbítrio do Poder Público. No entanto, parece ter passado despercebido que o inciso vetado previu expressamente que as outras finalidades de interesse social ou de utilidade pública devam estar “definidas no plano diretor”. Ora, o plano diretor não mais é do que lei, em sentido formal e material.

O artigo 40, § 3º, do Estatuto da Cidade, ao tratar do prazo de revisão, é categórico ao afirmar: “**a lei** que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos” (grifo nosso). Cai por terra, portanto, o argumento de que haveria discricionariedade por parte do Município em virtude da ausência de lei para regulamentar a limitação ao direito de propriedade.

O terceiro e mais profundo equívoco no veto, enfim, é partir da premissa equivocada de que o direito de preempção é “instrumento limitador do direito de propriedade”, como que equiparando-o ao procedimento expropriatório. Quando muito, o direito de preempção – como qualquer direito de preferência – é condicionador da disponibilidade do patrimônio no que tange ao seu aspecto volitivo contratual, e só. A esse respeito, são pertinentes as ponderações de Patrícia Flores e Bernadete dos Santos (2002, p. 93-94), *in verbis*:

O objetivo da limitação à livre disponibilidade do imóvel urbano pelo proprietário se fundamenta na função social da propriedade e na atribuição que detém o Poder Público Municipal de condicionar o exercício deste direito individual à política urbana.

É dizer, o direito de preempção limita-se a obrigar o particular a oferecê-lo pelo mesmo preço ao Poder Público, pelo que influencia a vontade do alienante no que diz respeito ao possível comprador. O direito de propriedade, por si, em nada está afetado.

Com efeito, condicionar a livre e irrestrita disponibilidade do patrimônio à prévia oferta ao Poder Público pode ser visto, no máximo, como uma condicionante do elemento volitivo do contrato, e ainda assim apenas no que diz respeito às partes do negócio. Vale dizer, se “A” pretende vender seu imóvel para “B”, percebe-se aí que a vontade motriz do negócio jurídico por parte de “A” é a de alienar

seu patrimônio com vistas a receber o preço equivalente; apenas secundariamente pode-se dizer que a vontade de “A” é que “B” seja o adquirente.

Pois é apenas em relação a essa vontade secundária que o direito de preempção surtirá efeitos, na medida em que o Poder Público poderá exercer o direito de preferência e qualificar-se como adquirente do bem. A vontade motriz de que falamos anteriormente permanece intacta: se “A” pretendia alienar seu patrimônio, tal objetivo será alcançado; se, por outro lado, não pretende desfazer-se do seu patrimônio, essa faculdade inerente ao direito de propriedade (poder de disponibilidade) de maneira alguma será afetada pelo direito de preempção do Poder Público – diferentemente do que ocorre na desapropriação. Não há, portanto, limitação ao direito de propriedade como fundamentado no veto.

Nessa toada, relevante a lição de Bittar e Bittar Filho (2003, p. 154), para quem o Direito regula o fenômeno da propriedade, limitando-o e condicionando-o, mantido sempre o núcleo básico da figura, este intangível num sistema condizente com a cultura e a tradição da sociedade.

Além do mais, admitindo-se *ad argumentandum tantum* que o direito de preempção pudesse ter alguma influência sobre o direito de propriedade – o que já se demonstrou não ocorrer –, tal conclusão não se afastaria, em absoluto, da moderna percepção civil-constitucional dos direitos reais, cujas características fundamentais vêm sendo revisitadas à luz da Constituição Federal, afastando-se a antiga percepção de que o direito de propriedade é o reduto incólume do particular, infenso à intervenção pública.

Rosenvald e Farias, corroborando esse entendimento, deixam claro que o absolutismo dos direitos reais não decorre do poder ilimitado de seus titulares sobre seu patrimônio, visto que, há muito, o Direito relativizou a sacralidade da propriedade, submetendo-a a uma ponderação de valores, pois que um Estado Democrático de Direito marcado pela pluralidade não abre espaço para dogmas (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 33).

Seria o caso de sopesar, de um lado, o valor da segurança jurídica decorrente da taxatividade legal das hipóteses em que caberia o direito de preempção e, de outro, a consecução do interesse público consubstanciado no desenvolvimento urbano, visto que o

Estatuto da Cidade nada mais é do que o diploma legal que regula a política urbana constitucionalmente estabelecida para “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (artigo 182, *caput*, da CF). Parece-nos evidente que o segundo valor deve preponderar.

Partindo da mesma presunção (indevida) de mau uso do instituto e reconhecendo o direito de preempção como “mais um instituto político flagrantemente violador do direito da propriedade imóvel”, a professora de Direito Ambiental e Doutora pela USP Helita Barreira Custódio (2002, p. 1560-1561) sustenta a inconstitucionalidade do direito de prelação previsto no Estatuto da Cidade com suas “imposições onerosas ao proprietário”.

Com a devida vênia, julgamos que os argumentos expendidos anteriormente comprovam à saciedade que o desvio de finalidade não pode ser presumido e que o direito de preempção em nada afeta o direito de propriedade na sua essência.

No entanto, a despeito de tudo quanto foi dito alhures, pode-se persistir no debate e indagar: o mesmo argumento de inconstitucionalidade vale para o locador que, por força do artigo 27 da Lei de Locações, está obrigado a oferecer o imóvel ao locatário em caso de alienação? Não haveria aí, também, ingerência sobre o direito de propriedade da mesma forma que no direito de preempção do Estatuto da Cidade?

Evidente que sim, mas isso não afeta o direito de propriedade em si, pois que constitui mero dever de abstenção: não vender a “A” sem, antes, oferecer a “B”. A única diferença é que o detentor dessa preferência no Estatuto da Cidade é o Poder Público, mas que, repita-se, não se vale dessa condição para exigir do particular mais do que ocorre no Direito Privado. Mantém-se, em outras palavras, o caráter consensual, completamente diferente do que ocorre com o processo de desapropriação.

Além do mais, não se pode negar o poder discricionário da Administração Pública quanto à destinação da área obtida pelo direito de preempção. Sobre esse ponto específico, pede-se vênia para transcrever a lição de Caramuru Francisco (2001, p. 191-192), porquanto vai exatamente ao encontro do quanto defendido neste trabalho:

Deste modo, tem-se que o administrador não pode criar a preempção senão naquelas hipóteses trazidas pelo Estatuto, hipóteses taxativas (já que, com o veto presidencial ao inciso IX, não se permitiu que a autonomia municipal apresente outras finalidades, mediante o preenchimento, por lei municipal, como assegurava o mencionado inciso IX do art. 26), das quais não pode o administrador fugir. Todavia, seria ledó engano achar-se que, diante desta estruturação, não tem o administrador poder discricionário, porquanto a adoção desta ou outra destinação de uma determinada área é fruto exclusivo da conveniência e oportunidade do administrador, através da elaboração do plano diretor, que acabou por ser aprovado por lei municipal.

Enfim, diz-se que o Direito é a arte do bom senso. Cremos sinceramente que, não obstante os argumentos jurídicos expendidos ao longo do trabalho, um simples exercício de senso comum conduz à mesma conclusão. Pergunta-se: é coerente admitir a tredestinação lícita na desapropriação, de caráter impositivo, mas não admiti-la no direito de preempção, de natureza consensual? É lógico taxar de ímproba a conduta do Prefeito que destina determinado imóvel para execução de projeto habitacional de interesse social quando a lei municipal destinava a área para constituição de reserva fundiária? É sensato engessar as hipóteses de consecução do interesse público? O bom senso, alicerce do Direito, responde que não.

CONCLUSÃO

Estabelecidas as premissas teóricas da tredestinação lícita e do direito de preempção, foi possível perceber que a aproximação dos institutos é inevitável.

Buscou-se ressaltar, no presente trabalho, a missão constitucional do direito de preempção no sentido de efetivar o programa de política urbana, afastando-se presunções precipitadas de mau uso do instituto por parte do administrador, assim como desmistificando-se a ideia de que o direito de preferência estaria em confronto com o direito constitucionalmente assegurado da propriedade particular.

Partindo-se da noção de unicidade do Direito, bem como da ligação dos institutos pelo princípio da supremacia do interesse público, concluiu-se que a conduta do Prefeito que dá destinação diversa (mas informada pelo interesse público) ao imóvel adquirido com base no direito de preempção amolda-se perfeitamente ao conceito de trestinação lícita e não foge aos princípios que regem a conduta administrativa.

Viu-se que a ideia de trestinação lícita foi forjada doutrinariamente para o campo da desapropriação, que consiste em procedimento compulsório e condizente com o poder de império do Poder Público sobre o particular.

Assim, considerando-se que o direito de preempção possui caráter nitidamente consensual, preservando tanto a vontade do particular no que tange ao poder de disponibilidade quanto o direito de propriedade em si, não subsiste motivo idôneo para evitar a aplicação, no direito de prelação, do conceito de trestinação lícita, oriundo – como dito – de processo impositivo da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. *Curso de Direito Imobiliário*. 4. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. *Lei n. 8.245*: promulgada em 18 de outubro de 1991.

BRASIL. *Lei n. 10.257*: promulgada em 10 de julho de 2001.

BRASIL. *Código civil*: promulgado em 11 de janeiro de 2002.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Dos problemas do Direito de preempção no Estatuto da Cidade*. Disponível em: www.fdbe.org.br. Acesso em: 11 abr. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do desvio de poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Estatuto da Cidade e as incompatibilidades constitucionais, urbanísticas e ambientais. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 12, abr. 2002.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (comentário à Lei Federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. Salvador: JvsPodium, 2012.

FLORES, Patrícia Teixeira Rezende; DOS SANTOS, Bernadete Schleder. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade comentado*. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. Direito de preempção e política urbana. *Revista de Direito Imobiliário*, Ed. Revista dos Tribunais, n. 56, jan./jun. 2004.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos urbanísticos de proteção ao patrimônio cultural*. Disponível em: www.mp.mg.go.

ROCHA, Géber Mafra. *A regularização fundiária, a execução de programas e projetos habitacionais e o direito de preempção à luz do estatuto da cidade*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/ma-naus/arquivos/anais/XIVCongresso/142.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. V. 1: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MULTIPLICIDADE DE QUALIFICADORAS E DOSIMETRIA DA PENA

MULTIPLICITY OF QUALIFYING AND CRIMINAL DOSIMETRY

MULTIPLICIDAD DE CALIFICACIÓN Y DOSIMETRÍA DE LA PENA

Resumo:

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, em geral, têm se equivocado quanto ao adequado tratamento jurídico que se deve conferir à presença de duas ou mais qualificadoras de um crime quando de sua respectiva dosimetria penal, ora considerando que aquelas que excederem a primeira devem ser consideradas como agravantes genéricas, ora como circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, o que, a par de provocar certa insegurança jurídica, implica desrespeito aos princípios da reserva legal e da individualização da pena.

Abstract:

The Brazilian doctrine and jurisprudence in general have been mistaken as to the proper legal treatment that should be afforded to the presence of two or more qualifying a crime, about their respective criminal dosimetry, sometimes considering those that exceed the first as generic aggravating, sometimes as legal circumstances of art. 59 of the Penal Code, which together cause legal uncertainty and implies disrespect for the principles of the legal reserve and the individualization of punishment.

Resumen:

La doctrina y la jurisprudencia brasileña, en general, se han confundido en cuanto al tratamiento legal adecuado que debe darse a la presencia de dos o más calificaciones de un delito cuando de su dosimetría penal, mientras aquellos que superan el primero deben

* Especialista em Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Promotor de Justiça do MP-GO.

ser considerados como agravantes genéricas, a veces como las circunstancias legales del artículo 59 del Código Penal, que en conjunto producen inseguridad jurídica, implican falta de respeto a los principios de la reserva legal y de la individualización de la pena.

Palavras-chaves:

Crime, qualificadoras, dosimetria penal, reserva legal, individualização da pena.

Keywords:

Crime, qualifying, criminal dosimetry, legal reserve, individualization of punishment.

Palabras clave:

Crimen, calificación, dosimetría penal, reserva legal, individualización de la pena.

INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo refere-se à adequada dosimetria da pena, na hipótese em que o Poder Judiciário, ao exercer o juízo condenatório penal, reconhece a presença de mais de uma qualificadora na conduta delituosa cometida pelo réu. A questão jurídica reside exatamente em definir de que forma e em que etapa da dosimetria penal deverá o magistrado considerar as várias qualificadoras assim reconhecidas.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, “na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais devem ser consideradas como circunstâncias agravantes genéricas, se cabíveis, ou, residualmente, como circunstâncias judiciais” (trecho da ementa do HC 99809, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-178 DIVULG 15-09-2011 PUBLIC 16-09-2011 EMENT VOL-02588-01 PP-00048).

Ocorre, porém, que o STF não informa, nem nesse nem em outros precedentes, quando que a qualificadora excedente (a contar

da segunda em diante) desempenhará a função de agravante genérica e quando será tida, residualmente, como circunstância judicial.

A respeito dessa questão, no que toca, por exemplo, ao crime de homicídio com mais de uma qualificadora, o Tribunal de Justiça de Goiás tem precedentes segundo os quais as qualificadoras, a partir da segunda, deverão ser consideradas apenas na segunda fase da dosimetria penal, na função de agravantes genéricas. Confira-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE PEDIDO DE RECONSTITUIÇÃO DO CRIME. PRECLUSÃO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AJUSTE. UTILIZAÇÃO DE UMA QUALIFICADORA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO PERCENTUAL ADOPTADO NA MINORANTE DA TENTATIVA. 1. [...]. 5. Existindo concorrência de qualificadoras em um tipo penal, uma delas servirá para qualificar o crime, enquanto a outra poderá ser utilizada como circunstância agravante. 6. [...]. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA ADEQUAR A DOSIMETRIA DA PENA IMPOSTA. (TJGO, APELACAO CRIMINAL 380608-29.2012.8.09.0174, Rel. DES. NICOMEDES DOMINGOS BORGES, 1A CAMARA CRIMINAL, julgado em 14/01/2014, DJe 1481 de 07/02/2014)

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DA CONFISSAO. SÚMULA 231 DO STJ. 1- [...]. 4- RECONHECIDAS DUAS QUALIFICADORAS NA PRÁTICA DO CRIME DE HOMICÍDIO, UMA ENSEJA O TIPO QUALIFICADO E A OUTRA PODE SER CONSIDERADA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE, SE COMO TAL PREVISTA. 5- RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJGO, APELAÇÃO CRIMINAL 423270-20.2005.8.09.0120, Rel. DES. J. PAGANUCCI JR., 1A CAMARA CRIMINAL, julgado em 12/12/2013, DJe 1463 de 14/01/2014)

APELAÇÕES CRIMINAIS. HOMICÍDIO. DUAS QUALIFICADORAS. INCIDÊNCIA DA SEGUNDA COMO AGRAVANTE. CONFISSÃO QUALIFICADA. ATENUANTE AFASTADA. DOSIMETRIA REFEITA. 1 - Tendo o Corpo de Sentença reconhecido a existência de duas circunstâncias qualificadoras do homicídio, uma delas deve incidir para a qualificação do tipo, enquanto a outra deve incidir na segunda fase da dosimetria, a título de agravante, quando expressamente previstas como tal, ou residualmente, como circunstâncias judiciais desfavorável (sic), incidindo, nesse caso, na primeira fase da dosimetria da pena. 2 - [...]. 3 - Dosimetria refeita. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. (TJGO, APELACAO CRIMINAL 133270-76.1995.8.09.0097, Rel. DES. JOAO WALDECK FELIX DE SOUSA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 14/11/2013, DJe 1438 de 02/12/2013)

Realmente, quanto ao crime de homicídio, percebe-se que as qualificadoras previstas no § 2º do artigo 121 do Código Penal também estão previstas expressamente, em sua quase totalidade, no rol de circunstâncias agravantes genéricas do artigo 61, II, do mesmo código, o que a princípio levaria o intérprete a aderir ao posicionamento jurisprudencial anteriormente mencionado.

Todavia, não se pode perder de vista o que estabelece o *caput* do artigo 61 do Código Penal, assim redigido: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, **quando não constituem ou qualificam o crime**”.

Essa parte final em destaque revela que se determinada circunstância agravante, ainda que prevista no artigo 61, for, ao mesmo tempo, uma qualificadora do crime, não poderá ela atuar como agravante genérica. Mas como ela também não pode deixar de ser considerada na dosimetria penal, impõe-se o seu reconhecimento residual como circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal, a ser levada em conta, portanto, na primeira fase da dosimetria.

Se assim não fosse, estar-se-ia negando vigência à referida parte final do *caput* do artigo 61, em desrespeito ao princípio da reserva legal em sede penal e ao princípio constitucional da individualização da pena.

Daí porque entendemos que os precedentes do Tribunal de Justiça de Goiás, anteriormente transcritos, examinaram a questão de forma equivocada, pois o *caput* do artigo 61 do Código Penal, de

forma clara, diz que aquelas circunstâncias nele arroladas só poderão ser consideradas como agravantes genéricas se elas não constituírem ou qualificarem o crime.

Assim, qualificando o crime de homicídio, por exemplo, não poderão funcionar como agravante genérica, devendo, de modo residual, ser levadas em conta como circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, na fixação, portanto, da pena-base.

Nesse sentido, o próprio Tribunal de Justiça goiano tem um precedente da lavra do Desembargador Luiz Cláudio Veiga Braga – oriundo do Ministério Público de Goiás pelo quinto constitucional –, no qual ficou assentado o seguinte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. JULGAMENTO PELO CONSELHO DOS SETE. VEREDICTO CONDENATÓRIO. PROTESTO POR NOVO JÚRI. DESCABIMENTO. RENOVAÇÃO DA SESSÃO LEIGA. NULIDADE. DEFEITO NA FORMULAÇÃO DE QUESTIO. DECISÃO NÃO ABERRANTE DA PROVA DOS AUTOS. APENAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS OPERANDO COMO AGRAVANTES. REDUÇÃO. I - [...]. IV - No caso de delito homicídio, por motivo fútil, emprego de meio cruel e recurso que impossibilitou a defesa da vítima, como uma das circunstâncias qualifica, as demais devem ser consideradas como circunstância judicial do art. 59, do Código Penal Brasileiro, na fixação da pena-base, porque a segunda parte do art. 61, do Código Penal Brasileiro, exclui a incidência como agravante, dispondo “são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime”. V - Apenamento corrigido. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE. (TJGO, APELACAO CRIMINAL 31101-46.2002.8.09.0103, Rel. DES. LUIZ CLAUDIO VEIGA BRAGA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 01/08/2013, DJe 1377 de 02/09/2013)¹

De igual modo, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

¹ Outro precedente similar, da relatoria do mesmo Desembargador, é encontrado nos autos da APELACAO CRIMINAL 223089-14.2005.8.09.0084, Rel. DES. LUIZ CLAUDIO VEIGA BRAGA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 11/03/2014, DJe 1510 de 25/03/2014.

HABEAS CORPUS. PENAL. ART 121, § 2.º, INCISOS I, III, IV, DO CÓDIGO PENAL E ART. 14, DA LEI 10.826/2003. DOSIMETRIA DA PENA. CRIME DE HOMICÍDIO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, EM RELAÇÃO AO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUANTO À CULPABILIDADE E PERSONALIDADE DA RÉ E AOS MOTIVOS, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CRIME ESPECIALMENTE CENSURÁVEL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. CRIME DE FORNECER ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO EM TELA. CRIMES AUTÔNOMOS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, EM RELAÇÃO À CULPABILIDADE. MESMO FATO VALORADO EM MOMENTOS DIVERSOS DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. [...]. 4. "No caso de incidência de duas qualificadoras, integrantes do tipo homicídio qualificado, não pode uma delas ser tomada como circunstância agravante, ainda que coincidente com uma das hipóteses descritas no art. 61 do Código Penal. A qualificadora deve ser considerada como circunstância judicial (art. 59 do Código Penal) na fixação da pena-base, porque o caput do art. 61 deste diploma é excludente da incidência da agravante genérica, quando diz 'são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime'." (RHC 7.176/MS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, DJ 06/04/1998). [...]. 10. *Habeas corpus* parcialmente concedido para redimensionar a reprimenda das Pacientes, nos termos do voto.

Se esse é o posicionamento correto quando as qualificadoras do crime também estão expressamente previstas como agravantes genéricas do artigo 61 do Código Penal, como devem ser consideradas aquelas que não estão, ao mesmo tempo, incluídas nesse rol do artigo 61?

A nosso juízo, também essas devem ser consideradas como simples circunstâncias judiciais do artigo 59 do referido código, influenciando, assim, apenas a fixação da pena-base, pois uma circunstância somente pode ingressar na segunda fase da dosimetria da pena, na condição de agravante genérica, se tiver expressa previsão

legal nesse sentido, sob pena de desrespeito ao princípio da reserva legal².

Para melhor exposição desse ponto, imagine-se, por exemplo, um crime de lesões corporais gravíssimas no qual contidas as qualificadoras de incapacidade permanente para o trabalho e perda de membro, sentido ou função (artigo 129, § 2º, I e III, do Código Penal).

Como se sabe, uma delas será utilizada para a devida qualificação da conduta criminosa, fazendo com que o magistrado observe, de plano, os limites do preceito sancionador qualificado, a variar de dois a oito anos de reclusão, enquanto a outra qualificadora, por não ter previsão legal expressa no rol dos dispositivos legais que estabelecem as agravantes genéricas, necessariamente terá que funcionar como mera circunstância judicial, ingressando, assim, somente na primeira fase da dosimetria da pena.

Em conclusão, é preciso afirmar que não pode prosperar, do ponto de vista técnico-jurídico, respeitando-se o princípio da reserva legal e a adequada individualização da pena, o entendimento jurisprudencial, acolhido inclusive pelos tribunais superiores³, segundo o qual, quando houver mais de uma qualificadora no crime, as que excederem a primeira serão consideradas, na dosimetria da pena, como agravantes e, residualmente, como circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Na realidade, como exposto anteriormente, por dois motivos as qualificadoras excedentes **nunca** poderão funcionar como agravantes genéricas: 1º) se estiverem também no rol do artigo 61 do código, a parte final do seu *caput* impede que elas atuem nessa condição; 2º) se não possuírem previsão legal expressa no rol dos dispositivos que consagram as agravantes genéricas, igualmente não poderão ser assim consideradas, por não caber ao intérprete

² Nesse prisma, a seguinte passagem doutrinária: “Também merece destaque o fato de que o rol das circunstâncias agravantes é taxativo, ou seja, *numerus clausus*, não podendo ser ampliado, sob pena de violar o princípio da reserva legal” (GRECO, 2010, p. 544).

³ Nessa linha e para ilustrar, checar os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: (HC 220.526/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014); (REsp 1357865/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 07/10/2013); (HC 173.608/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012) e (HC 118.890/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011).

ampliar o elenco delas, sob pena de desrespeito ao princípio da reserva legal, em sede penal. Portanto, resta apenas o seu reconhecimento a título de circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal, de sorte que seu ingresso na dosimetria da pena se dá exata e tão somente na primeira fase do sistema trifásico.

REFERÊNCIAS

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 12. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 544.

DIREITO COLETIVO

LAW COLLECTIVE
DERECHO COLECTIVO



O Rio Araguaia (Rio das Araras Vermelhas em tupi) é um rio brasileiro que nasce no estado de Goiás, na Serra do Caiapó, próximo ao Parque Nacional das Emas. Este rio faz a divisa natural entre os estados de Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Maranhão e Pará. Possui uma extensão de 2.114 km e é considerado um dos mais piscosos do mundo. Porém, vem sofrendo nos últimos anos com a pesca predatória.

Angela Acosta Giovanini de Moura*

PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS: OPORTUNIDADE PARA A RECUPERAÇÃO DO CERRADO

PAYMENT FOR ENVIRONMENTAL SERVICES:
OPPORTUNITY FOR RECOVERY OF CERRADO

PAGO POR SERVICIOS AMBIENTALES:
OPORTUNIDAD PARA LA RECUPERACIÓN DEL CERRADO

Resumo:

O modelo de desenvolvimento adotado em Goiás, nas últimas décadas, para o setor rural, esteve desvinculado de políticas públicas direcionadas à proteção do cerrado. A ausência de planejamento estratégico conduzido pelo Estado, conciliando produção e sustentabilidade, para estimular a conservação do bioma, tem levado os proprietários rurais à exploração econômica da área total da propriedade, pois as sanções previstas na legislação florestal não os intimidam. A adoção de um modelo de desenvolvimento que compatibilize as dimensões econômica, social e ambiental, no âmbito do setor rural, pressupõe planejamento, política de gestão e boa vontade dos atores governamentais, os quais podem encontrar no Pagamento por Serviços Ambientais um instrumento eficaz para estimular práticas conservacionistas e combater o desmatamento em Goiás.

Abstract:

The development model adopted in Goiás, in recent decades, to the rural sector, was unrelated to public policies intended to protect the cerrado. The lack of strategic planning conducted by the State, combining production and sustainability, to encourage conservation of the biome, has led the country to economic exploitation of the total area of the property owners because the penalties provided in forestry legislation does not intimidate. The adoption of a development

* Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. Promotora de Justiça do MP-GO.

model that reconciles economic, social and environmental dimensions within the rural sector requires planning, management policy and good will of the government actors who can find the Payment for Environmental Services an effective tool to stimulate conservation practices and combat deforestation in Goiás.

Resumen:

El modelo de desarrollo adoptado en Goiás, en las últimas décadas, para el sector rural, no estaba relacionado con las políticas públicas destinadas a proteger el cerrado. La falta de planificación estratégica llevada a cabo por el Estado, la combinación de la producción y la sostenibilidad, para fomentar la conservación del bioma, ha llevado al país a la explotación económica de la superficie total de los propietarios, porque las sanciones previstas en la legislación forestal no intimida. La adopción de un modelo de desarrollo que concilie las dimensiones económicas, sociales y ambientales en el sector rural requiere una planificación, una política de gestión y una buena voluntad de los actores del gobierno, los cuales pueden encontrar en el Pago por Servicios Ambientales una herramienta eficaz para estimular prácticas de conservación y combatir la deforestación en Goiás.

Palavras-chaves:

Desenvolvimento, planejamento, sustentabilidade, legislação florestal.

Keywords:

Development, planning, sustainability, forestry legislation.

Palabras clave:

El desarrollo, la planificación, la sostenibilidad, la legislación forestal.

INTRODUÇÃO

A ocupação do território no estado de Goiás foi marcada por intensa devastação, antropismo que tem avançado para os dias atuais, ameaçando a sustentabilidade da sua biodiversidade, de forma a comprometer sua capacidade de prover serviços ambientais em favor da sociedade.

Mesmo diante da ocupação antrópica que comprometeu mais da metade do bioma, o Cerrado ainda permanece como uma das biodiversidades mais ricas do mundo, essencial para sustentar a vida da população que vive na região, como as populações rurais, comunidades tradicionais e população urbana, que dependem fortemente dos serviços ambientais que o bioma lhes fornece.

Dessa forma, os danos futuros às gerações vindouras dependerão das decisões do presente em proteger os ecossistemas e garantir o provimento de serviços ambientais. Para tanto, impõe-se a conservação de remanescentes de vegetação nativa, não só por meio da ampliação e do fortalecimento de unidades de conservação, mas também da promoção de práticas de uso da terra mais condizentes com a proteção da biodiversidade e capazes de contribuir para a conectividade ecológica por meio de corredores ecológicos (SOARES FILHO, 1998, p. 20).

Pontua-se, nesse passo, a importância de serem adotadas práticas conservacionistas em relação as áreas de reserva legal e áreas de preservação permanente, localizadas no interior das propriedades rurais. Relevante tema tem levado ambientalistas e produtores rurais a travarem acirrada discussão quanto a necessidade de serem mantidas referidas áreas, em prejuízo da exploração econômica integral da propriedade, sendo este assunto um dos grandes desafios atuais impostos às lideranças políticas no país, e se traduz na tentativa de conciliar os interesses dos diversos atores envolvidos na questão, buscando apontar solução que harmonize desenvolvimento e prática conservacionista.

As políticas agrícolas devem ser pensadas dentro do conceito de desenvolvimento sustentável, a fim de que a produção de alimentos não comprometa os recursos naturais, os quais também

podem se constituir em fonte de renda ao proprietário rural.

Destaca-se, nesse contexto, como ferramenta de gestão ambiental diretiva de comportamentos positivos, o instrumento econômico de pagamento por serviços ambientais (PSA), cuja proposta apresenta duas vertentes. A primeira, em um viés didático, objetiva a conscientização dos serviços ambientais e sua importância para a qualidade da vida. A segunda busca valorizar quem contribui diretamente para sua preservação.

Assim, o objetivo do presente artigo é abordar o PSA pelo seu considerável potencial em promover o cumprimento voluntário da legislação florestal, reduzindo as externalidades negativas resultantes das atividades agroeconômicas, além de apoiar a proteção e o uso sustentável dos recursos naturais, provendo serviços ecológicos à sociedade, de um modo geral.

A importância do Cerrado para a vida justifica a adoção de mecanismos de incentivo para a proteção e preservação das áreas de preservação permanente e das áreas de reserva legal, mesmo diante da obrigação normatizada para seu efetivo cumprimento. Ademais, a adoção de instrumentos de PSA apresentam vantagem em relação aos instrumentos de comando e controle, porque fundado no consenso entre os atores envolvidos, enquanto os mecanismos tradicionais de controle têm fundamento na coerção, gerando, por isso, mais conflitos.

A complexidade das questões ambientais em evidência, os serviços ecossistêmicos providos pela rica biodiversidade do bioma, somados à imprescindibilidade de serem nutridos seus recursos hídricos, importantíssimos na recarga dos aquíferos, em particular do aquífero guarani, que se faz presente na região (SANO *et al.*, 2008b, p. 98), sugere o desapego à postura tradicional das políticas de comando e controle atualmente adotadas, pouco eficaz para responder às necessidades do presente e assegurar as expectativas do futuro, a fim de se abrigar uma concepção do ordenamento jurídico mais atenta com as transformações sociais, econômicas, culturais e ambientais, que atualmente definem o Estado de Direito Ambiental.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO INSTITUTO

O aquecimento global, o desmatamento acelerado, as externalidades negativas produzidas pela sociedade contemporânea, gerando risco e perigo na órbita global, impuseram uma mudança de paradigma estatal para abrigar as complexas questões ambientais que os modelos anteriores se mostraram incapazes de responder e enfrentar.

Os problemas ambientais que ameaçam o futuro da sociedade humana exigem uma compreensão e uma abordagem interdisciplinar do direito, “fundamentais para a descoberta de caminhos possíveis na resolução dos problemas”, uma vez que a ciência jurídica, isoladamente, não conseguiu equacionar a complexidades dessas questões (MASCARENHAS, 2009, p. 24).

Neste aspecto, preleciona Bobbio (2007, p. 33) que a ciência jurídica tem buscado se aproximar, gradativamente, de outras ciências, em especial das ciências sociais, numa tentativa de romper o isolamento e ampliar os próprios horizontes, para dar respostas à crise social.

Destaca-se, neste prisma, a contribuição da filosofia e da sociologia moderna na construção da teoria promocional do direito, que, embora possa conflitar com o modelo predominante adotado na ordem jurídica, com predomínio de sanções negativas, vem se mostrando promissora, principalmente na área do direito ambiental.

A concepção moderna do Estado, que não superou os modelos anteriores, mas lhes agregou nova feição, ainda mantém a tradicional técnica de garantir direitos por meio de prestações negativas traduzidas na sanção (idem, p. 7).

A sanção, em sua versão negativa, revelada pela imposição de castigo para se obter um comportamento desejado, foi objeto de reflexão por pensadores desde o século XV, que procuravam “por um instrumental de governo diversificado e indireto que fosse além da imposição de comportamentos por meio da força”. Nicolau Maquiavel, Jean Bodin e Thomas Hobbes, embora sustentassem a punição como instrumento eficiente de submissão a serviço do governo, visualizavam na recompensa um instrumento promocional capaz de contribuir a favor do Estado (BENEVIDES FILHO, 1999, p. 18-19).

O conceito alcançou o campo jurídico a partir do século XIX, com as formulações teóricas de Jeremy Bentham, “considerado como o pai do direito premial, onde a recompensa é tratada como uma técnica motivacional positiva de direcionamento de comportamento intersubjetivo, inserida em um sistema global e complexo” (idem, p. 56).

Vale ressaltar, todavia, que as construções filosóficas dispensaram mais prestígio à coação, como instrumento capaz de condicionar comportamentos, sem desconsiderar as reflexões sobre outro mecanismo de controle social, para além da concepção repressiva como elemento condicionante de condutas, fato que contribuiu para manter o tema sempre em pauta.

Nesse sentido, argumenta Reale (1990, p. 679) que a coação não pode ser compreendida como elemento essencial ao Direito, porquanto ensejaria o esvaziamento do “Direito Internacional, até hoje fundado no consenso espontâneo das Nações”.

A concepção coativa do direito, como instrumento de controle social, é revista, na atualidade, pela teoria funcional do filósofo italiano Norberto Bobbio, cuja contribuição à ciência jurídica tem permitido o entendimento de que o direito se presta também a uma função promocional, no sentido de premiar comportamento desejáveis.

De acordo com Bobbio (2007, p. 73), a função promocional do direito se manifesta pelas sanções positivas, consubstanciadas no prêmio e no incentivo. À medida que Bobbio afirma que o direito não se limita a reprimir, mas estimular ou promover (p. 77), amplia a função do direito para além de mero instrumento de controle social, concebendo-o também como meio promocional de condutas positivas.

Nesse sentido, Bobbio (idem, p. 79) é categórico ao assinalar que

[a] função de um ordenamento jurídico não é apenas controlar comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos. Isto pode ser obtido, preferivelmente, por meio da técnica da sanção positiva e dos incentivos.

Analisando o entendimento de juristas contemporâneos sobre a importância das leis de incentivo para o ordenamento jurídico, Bobbio (idem, p. 17) esclarece que a diferença entre essas normas e a maioria das normas sancionatórias é que aquelas empregam a técnica do encorajamento, promovendo comportamentos desejados, enquanto estas empregam a técnica do desencorajamento, ao reprimir comportamentos não desejados.

Para Bobbio (idem, p. 79), a concepção tradicional do direito como ordenamento coativo funda-se na compreensão hobbesiana do homem mau, cujas tendências antissociais devem ser controladas. De outra forma, o direito, considerado como ordenamento diretivo, busca estimular comportamentos positivos, por considerar o homem um ser passivo, inerte e indiferente. Conclui o autor que o direito deve ser definido do ponto de vista funcional, como forma de controle e de direção social.

O conceito de sanção relaciona-se com as medidas que um ordenamento normativo dispõe para reforçar o respeito às suas leis e, em alguns casos, remediar os efeitos de uma possível inobservância. Dessa forma, o ordenamento jurídico – que se propõe ser efetivo e não desaparecer em decorrência de uma generalizada falta de atenção às normas que o compõem – estabelece medidas que podem ser classificadas em função do momento da violação (BENEVIDES FILHO, 1999, p. 92).

O direito contemporâneo ainda prioriza os mecanismos coativos para obter respeito às leis, estabelecendo um vínculo indissolúvel entre direito e coação, em razão da importância exclusiva conferida às sanções negativas como meio para conservar o patrimônio normativo (BOBBIO, 2007, p. 7).

De outra parte, diversamente dos mecanismos tradicionais coativos, a função promocional do direito se efetiva pelos expedientes do prêmio e do incentivo, adotando-se os incentivos para facilitar o exercício de uma determinada atividade econômica e os prêmios para oferecer uma satisfação a quem já tenha realizado uma determinada atividade (BOBBIO, 2007, p. 71,72).

Em decorrência das reflexões apontadas, importa considerar que as transformações da sociedade contemporânea e a complexidade das questões ambientais conduzem a uma ponderação sobre o instrumental jurídico atual manifestado na proteção

e repressão, à medida que não se mostraram suficientes para promover as condutas ecologicamente consideradas adequadas.

As agressões ao meio ambiente, materializadas pela diminuição da camada de ozônio, pelo aquecimento global, pelo desmatamento acelerado, pela extinção de espécies faunísticas e florísticas, pelo esgotamento dos recursos hídricos etc., desencadearam uma crise ambiental sem precedentes na história humana, por não encontrarem resistência nas funções clássicas da ordem jurídica, impondo-se uma mudança de paradigma nos mecanismos jurídicos atuais.

Ademais, se os modelos clássicos de regulação sancionatória adotados pelo Estado não se mostram suficientes para conter o avanço do antropismo, em especial as pressões imprimidas sobre o Cerrado goiano, forçoso buscar alternativas para a mudança desta realidade, porquanto o bem jurídico em questão sustenta a vida e as ameaças que lhe são infligidas. Estas, ainda que localizadas, atingem todo o planeta¹.

Nesse contexto, os instrumentos econômicos de política ambiental previstos na legislação, em especial na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, podem acarretar efetivamente mudanças no comportamento dos indivíduos, valendo-se o Estado da função promocional do direito para enfrentar a crise ambiental com mais resistência.

NATUREZA JURÍDICA DO PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS

O pagamento por serviços ambientais como instrumento econômico de gestão é compreendido como um mecanismo de incentivo

¹ De acordo com a visão sistêmica, as propriedades essenciais de um organismo ou sistema vivo são propriedades do todo que nenhuma das partes possui. Elas surgem das interações e das relações entre as partes. Essas propriedades são destruídas quando o sistema é dissecado, física ou teoricamente, em elementos isolados. Embora possamos discernir partes individuais em qualquer sistema, essas partes não são isoladas e a natureza do todo é sempre diferente da mera soma de suas partes (CAPRA, 2004, p. 40-41).

à preservação ambiental destinado à promoção do desenvolvimento sustentável, capaz de conciliar atividade econômica e conservação dos recursos naturais, sobretudo no meio rural, onde se prioriza o entendimento de que a manutenção de áreas produtivas localizadas nas áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal constitui prejuízo financeiro a cargo exclusivo do proprietário rural.

O Estado de Direito Ambiental é desenhado por princípios constitucionais, entre os quais se sobressai o princípio da função socioambiental da propriedade, condicionando a sua exploração à conservação dos recursos naturais, a fim de que a propriedade cumpra a sua tríplice função: econômica, social e ambiental. Quanto às áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal, em especial, a análise dos institutos, no entanto, à luz da legislação específica², conduz ao entendimento de que tais regramentos têm o caráter de norma de comando, podendo responder de forma bastante eficaz a uma sanção premial, sob o prisma da função promocional do direito.

Embora haja a obrigatoriedade normativa impondo a manutenção das áreas de preservação permanente e de reserva legal, a política de gestão ambiental que utiliza os instrumentos de comando e controle para compelir o cumprimento da lei e a redução dos desmatamentos mostrou-se ineficiente para conter a destruição das florestas.

Neste campo, importa considerar a possibilidade de ser adotada, em relação às referidas áreas, uma política mista de gestão para ser considerada, ao lado dos mecanismos controladores tradicionais, a aplicação de instrumentos de incentivos, direcionando o comportamento dos produtores rurais ao cumprimento da lei, a fim de serem mantidas e conservadas as áreas de preservação permanente e de reserva legal em suas propriedades rurais nos limites determinados e exigidos pela legislação. Os benefícios sociais a serem obtidos com o cumprimento da lei florestal são suficientes para justificar a adoção de uma política mista de gestão no setor florestal.

Os serviços ambientais, ecológicos ou ecossistêmicos, essenciais à vida e às atividades econômicas, historicamente foram compreendidos como serviços que a natureza presta natural e gratuitamente e, por isso, o homem sempre se apropriou desses recursos, sem qualquer compensação à ordem ambiental.

² Lei 12.651, de 25 de maio de 2012.

A exploração crescente dos ecossistemas para a ocupação do espaço físico e para a utilização dos recursos naturais resultou na diminuição expressiva de alguns serviços ambientais providos pela natureza. Diante desse fato, foram empreendidos esforços no sentido de racionalizar o uso desses recursos com objetivo preservacionista, uma vez que os instrumentos de comando e controle não foram eficazes.

Segundo Furlan (2010, p. 188), a constatação da finitude dos recursos naturais e a conscientização crescente dos benefícios decorrentes dos serviços prestados pela natureza contribuíram para o fortalecimento da ideia de se compensar economicamente os provedores dos serviços ecológicos.

Neste sentido, Justianiano (2010, p. 39) argumenta que, se por um lado as externalidades negativas devem ser suportadas ao agente que as causou, por outro deve-se conferir igual importância àqueles que “protegem ou promovem a reparação do meio ambiente, em face das externalidades positivas que propiciam à coletividade”.

O pagamento por serviços ambientais, nesse ponto, apresenta-se como importante instrumento de cunho premial, idealizado com o propósito de motivar, induzir, condicionar comportamentos ambientalmente desejáveis.

Acrescenta Furlan (2010, p. 188) que o pagamento por serviços ambientais exige a “adoção do princípio do provedor-recebedor ou do protetor-recebedor paralelamente à aplicação dos já conhecidos e utilizados princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador”.

O conceito de provedor-recebedor constitui desdobramento do princípio do poluidor-pagador, recomendado pela Conferência das Nações Unidas, Rio/92, que estabelece sejam os custos da poluição (externalidades negativas) arcados pelo poluidor.

Ademais, o princípio do provedor-recebedor permeia toda a iniciativa do pagamento por serviços ambientais, em que se procura remunerar quem protege um recurso natural gerando benefícios a toda sociedade (FURLAN, 2010, p. 201).

O conceito provedor-recebedor é compreendido pela lógica que busca prestigiar e reconhecer as iniciativas conservacionistas de muitos provedores de serviços ecológicos por meio de compensação financeira, em reconhecimento pelas externalidades positivas geradas pelo comportamento ambientalmente recomendado que,

inclusive, contribui para a redução de gastos públicos, trazendo benefícios para toda a coletividade (idem, p. 230).

Considerar os benefícios trazidos pela preservação dos serviços ambientais atende a uma lógica econômica, porquanto o controle da erosão por meio da preservação de matas ciliares é um exemplo de como podem ser reduzidos os prejuízos da degradação dos mananciais (RECH e ALTMANN, 2009, p. 87).

Compreendido como um instrumento econômico de política ambiental direcionado à compensação, a adoção do sistema de pagamento por serviços ambientais tem crescido por constituir um eficiente mecanismo de incentivo positivo àqueles que efetivamente promovam a preservação e a conservação dos recursos naturais.

PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS: CARACTERÍSTICAS

A definição de pagamento por serviços ambientais adotado por Wunder (2008, p. 29) e inserido no Projeto de Lei que institui a Política Nacional dos Serviços Ambientais estabelece alguns requisitos, como a retribuição monetária ou outra retribuição às atividades humanas voltadas à conservação e preservação dos recursos naturais. Portanto, a relação jurídica em um esquema de pagamento por serviços ambientais se consolida com a presença de um serviço ecológico que é comprado por, pelo menos, um comprador de, pelo menos, um provedor, sob a condição de que o provedor garanta a provisão deste serviço (condicionalidade) (idem, p. 29).

A definição aponta características próprias ao mecanismo que o diferenciam de outros instrumentos de políticas públicas, como a voluntariedade de transação, a necessidade do serviço ambiental estar bem definido ou uma forma de uso da terra que possa assegurar este serviço, a necessidade de haver um comprador, ou usuário, de serviço ambiental, bem como de haver um vendedor, ou fornecedor, de serviço ambiental que assegure o seu fornecimento.

A voluntariedade revela a natureza do PSA como instrumento capaz de modificar comportamentos por meio do incentivo, característica que o diferencia dos instrumentos de comando e controle.

Salienta Wunder (idem, p. 29) que o comprador de um serviço ambiental pode ser tanto pessoa física quanto jurídica, desde que tenham disposição de pagar por ele. Isso inclui empresas privadas, setor público e organizações não governamentais nacionais ou internacionais, entre outros.

O PSA pode ser privado, quando financiado diretamente pelos usuários dos serviços³, e público, quando o Estado atua como comprador, representando os usuários de serviços ambientais.

A compra de serviços ambientais por governos e outras fontes financiadoras geralmente se verifica com serviços ambientais com caráter de bem público (por exemplo, captação de carbono), por beneficiarem a sociedade como um todo, sem possibilidade de exclusão de determinados grupos. Geralmente, os beneficiários desses serviços não têm informação suficiente para a sua valoração, nem podem controlar sua provisão (idem, p. 30).

Além da demanda, para a consolidação de um sistema de PSA é necessária a concorrência de provedores comprometidos com a manutenção do provimento dos serviços ambientais. A existência de provedores pode ser estimulada por políticas/programas ou legislação específicos para habilitar potenciais ofertantes a se tornarem provedores efetivos (GUEDES e SEEHUSEN, 2011, p. 38-39).

O objetivo do sistema de PSA é direcionar comportamentos, influenciando o proprietário rural à escolha entre alternativas de uso da terra, pois os ganhos econômicos provenientes de atividades proporcionam serviços ambientais (como conservação de florestas) e devem se tornar mais atrativos economicamente do que as alternativas dominantes (como a conversão em pastos). Assim, o ganho econômico deve compensar o custo de oportunidade do produtor rural.

A adicionalidade é destacada por Wunder (idem, p. 30) como elemento essencial do mecanismo, pois “uma transação do tipo PSA apenas faz sentido se ela aumenta a provisão de um serviço ambiental em comparação com um cenário hipotético sem o PSA”.

No entanto, há muita discussão sobre o tema, ante a existência de atividades que vêm provendo serviços ambientais e que também poderiam ser elegíveis para receber recursos de PSA. Todavia,

³ Interesse voluntário de empresas para melhorar sua imagem ou de indivíduos que queiram mitigar os impactos de suas ações ao meio ambiente.

Wunder (idem, p. 16) é incisivo ao afirmar que a adicionalidade é um critério fundamental nos mercados de carbono e é frequentemente utilizada como indicador de eficácia dos projetos de PSA.

Por outro lado, um sistema de PSA deve estar ligado ao conceito de condicionalidade, no sentido de que os pagamentos só ocorrem caso seja verificado que o serviço ambiental prometido foi realmente provido.

Nesse sentido, a condicionalidade exige que os pagamentos não sejam efetuados caso a parte executora não cumpra suas obrigações conforme pactuadas. Por diversas razões, entre elas a dificuldade de monitoramento e questões políticas, esse conceito muitas vezes não é colocado em prática em sua plenitude (idem, p 37).

Os serviços ambientais atualmente comercializados se substanciam na proteção dos recursos hídricos, proteção da biodiversidade, sequestro ou armazenamento de carbono e beleza cênica.

O sistema de PSA vem sendo implantado em vários países nos últimos anos. Novion e Valle (2009, p. 140), fazendo referência a 287 casos internacionais compilados e revisados pelas pesquisadoras inglesas Natasha Landell-Mills e Ina Porras (2002), selecionaram e estudaram oito experiências internacionais e seis nacionais, ressaltando os aspectos relevantes e deficientes de cada uma delas, podendo ser evidenciado que todas as experiências catalogadas apresentaram um ponto extremamente valioso, consubstanciado na mudança da relação homem/natureza. A leitura dos estudos de Novion e Valle (idem, p. 140-234) permite concluir que, apesar dos aspectos negativos de alguns casos analisados, a experiência propiciou aos envolvidos uma nova forma de se relacionar com o meio ambiente, pontuada por uma compreensão balizada pela necessidade de conservação ante as riquezas que os recursos naturais encerram.

O USO DA TERRA NO ESTADO DE GOIÁS: OPORTUNIDADES PARA O PSA

O estado de Goiás detém a maior cobertura ou representatividade do Cerrado, depois do Distrito Federal, em um percentual de 97% de seu território, bioma considerado como uma das 25 áreas mais críticas do mundo para conservação, devido à sua riqueza biológica e à alta pressão antrópica que tem suportado (IBGE, 2011) por falta de adequado planejamento do uso do solo, com observância da preservação dos valores ambientais.

O desmatamento acelerado no estado de Goiás, assim como em outros biomas no mundo, tem sido objeto de estudos pelo Painel Intergovernamental⁴ sobre Mudanças Climáticas (IPCC), que apontou, no último relatório divulgado, a necessidade da adoção de políticas públicas direcionadas ao combate do desflorestamento, objetivando evitar sérias complicações para o ecossistema e para o clima.

O quarto relatório do IPCC, publicado em 2007, aponta que 40% das emissões globais de gases de efeito estufa entre 1970 e 2004 resultam das atividades de mudança do uso da terra, sobretudo do desflorestamento, situação que exige tomada urgente de decisões, haja vista os impactos negativos já registrados ao meio ambiente e, em especial, ao cerrado goiano.

O maior aumento das emissões globais de gases de efeito estufa entre 1970 e 2004 se deu no setor de oferta de energia (um aumento de 145%). O aumento, nesse período, das emissões diretas dos transportes foi de 120%, da indústria, 65%, e do uso da terra, mudança no uso da terra e florestas de 40%. Entre 1970 e 1990, as emissões diretas da agricultura aumentaram em 27% e

⁴ Primeiro mecanismo científico criado pelo Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente com a finalidade de alertar o mundo sobre o aquecimento do planeta (SEIFFERT, 2009, p. 33). Com a função de reunir cientistas do mundo todo para discutir e planejar o posicionamento mundial da humanidade frente a essas mudanças climáticas, o IPCC produz relatórios periódicos que sintetizam os resultados obtidos nas pesquisas desenvolvidas (MOREIRA, 2009, p. 53). Sua criação objetivou fornecer apoio técnico independente e confiável às questões políticas sobre as alterações climáticas (LOMBARDI, 2008, p. 86).

as das edificações, em 26%, as últimas se mantiveram aproximadamente nos níveis de 1990 desde então. O setor de edificações, contudo, tem um nível alto de uso de eletricidade, de modo que o total das emissões diretas e indiretas nesse setor é muito mais elevado (75%) do que o das emissões diretas (Quarto Relatório de Avaliação do IPCC, Grupo de Trabalho III). (BRASIL, 2007)

A acelerada expansão agrícola do Cerrado – marcada pelo predomínio da produção em grande escala, altamente mecanizada, favorecida pelos programas de incentivo por meio do fornecimento de linhas de crédito para financiamento do setor produtivo agropecuário, entre outras ações – transformaram a região em produtora de monoculturas voltadas ao mercado internacional, como a soja e o algodão, detentora do maior rebanho bovino do país, responsável por cerca de 55% de toda a produção nacional de carne bovina e, atualmente, por 42% do PIB do agronegócio nacional (FARIA e CASTRO, 2007, p. 657).

Esse processo acarretou a degradação dos recursos naturais e promoveu perdas incalculáveis da biodiversidade do bioma Cerrado, uma vez que incorporou ao processo produtivo parcelas significativas de vegetação natural, reduzindo-a a 20% de remanescentes, que se encontram cada vez mais fragmentados e degradados no interior de propriedades públicas, privadas e comunitárias, em especial as áreas de reserva legais (*idem*, p. 658).

A fragmentação da vegetação nativa está relacionada às atividades de agropecuária, segundo apontam os mapeamentos para o monitoramento das mudanças no uso das terras, com o auxílio do sensoriamento remoto, constatando-se, ainda, os efeitos diretos e indiretos resultantes da prática produtiva dissociada de um planejamento preventivo de impactos negativos, como a poluição do solo e da atmosfera, a introdução de espécies exóticas e a compactação e erosão dos solos, entre outros (*idem*, p. 658).

Trabalho de levantamento de uso da terra do Cerrado, por meio do sensoriamento remoto, acompanhado por levantamento de campo, realizados por Sano *et al.* (2008, p. 88-98), na identificação de áreas prioritárias para a conservação da biodiversidade em Goiás, apresentou os seguintes resultados, relativos aos remanescentes da cobertura vegetal natural e ao uso antrópico do território goiano:

As áreas remanescentes de vegetação primitiva no Estado de Goiás concentram-se principalmente na sua porção nordeste, notadamente no Vão do Paranã. Nessa região, os solos são arenosos e/ou pedregosos e geralmente pobres em nutrientes. Consequentemente, municípios como Flores de Goiás e Iaciara, localizados nesse compartimento geomorfológico, tendem a apresentar porcentagens elevadas de preservação. Os municípios que englobam parques nacionais, como o Parque Nacional da Chapada dos Veadeiros, em Cavalcante, ou o Parque Nacional das Emas, em Mineiros, também tendem a apresentar porcentagens elevadas de preservação. As áreas de culturas agrícolas ocupam 6.226.000 hectares (18% da área estadual total), enquanto as áreas de pastagens cultivadas ocupam 15.475.000 hectares (45% da área estadual total). As áreas urbanas e os núcleos rurais totalizam 254.000 hectares. O total de reflorestamento encontrado atinge 55.000 hectares. Relativamente à atividade agrícola, destacam-se duas regiões conhecidas por sua intensa produção agrícola: a de Rio Verde, no sudoeste, e a do Plano de Assentamento Dirigido do Distrito Federal (PAD-DF), no leste. Por sua vez, as pastagens cultivadas se estendem por todo o Estado. Há municípios com mais de 70% da sua área total ocupada por cultura agrícola. Os municípios de Montividiu, Rio Verde, Santa Helena de Goiás, Maurilândia e Porteirão, localizados na porção sul do Estado, são conhecidos por sua produção intensiva de grãos, notadamente soja e milho. Nerópolis e Anápolis, próximos a Goiânia, destacam-se pela produção de hortaliças, principalmente alho e cebola. A área de maior degradação, provocada pelo uso indevido, está localizada no entorno do Parque Nacional das Emas, onde esses solos recobrem aproximadamente 43% da paisagem. Embora essa região abrigue as nascentes do Rio Araguaia e dos afluentes do Rio Paranaíba, o uso deles para agricultura, e mesmo para pecuária, tem sido intensivo. Agrava-se daí o processo de voçorocamento que se multiplica ano após ano. Para uma área estadual aproximada de 34.605.000 hectares (incluindo o Distrito Federal), este estudo apontou a presença de 12.280.500 hectares de remanescentes de cobertura vegetal natural. Portanto, 35% é o que ainda resta de vegetação primitiva nessas duas unidades federativas do Brasil. Em termos de uso antrópico, foram obtidos um total de 22.010.000 hectares (64% da área de estudo; o 1% restante refere-se a corpos d'água e a áreas com cobertura de nuvens durante a passagem do satélite).

As estimativas apontadas no estudo demonstram a necessidade de preservação das áreas que ainda não foram convertidas, “tendo em conta os serviços ecossistêmicos providos pela rica biodiversidade do Cerrado, como também os recursos hídricos nele existentes, como é o caso do Rio Araguaia, localizado na divisa dos estados de Goiás e Mato Grosso” (MASCARENHAS, 2009, p. 79).

Não se trata de abandonar o uso da terra tradicional, mas adequá-lo às condições do solo, observando-se a grande diversidade dos componentes ambientais (SANO *et al.*, 2008, p. 98). O cumprimento da legislação florestal aumentaria o provimento de serviços ecológicos, sobretudo nas áreas de preservação permanente e nas áreas destinadas à reserva legal, que não estão sendo preservadas. Para tanto, o pagamento por serviços ambientais como suporte financeiro a ensejar a mudança do quadro apontado merece ser considerado, diante dos incontáveis impactos positivos que uma política de reflorestamento para referidas áreas ensejaria ao bioma e à qualidade de vida das populações inseridas em sua área de abrangência.

As florestas brasileiras, particularmente o Cerrado, representam enorme estoque de carbono. Ao mesmo tempo, o Brasil se destaca como expressivo emissor de dióxido de carbono (CO₂) resultante do desmatamento, fenômeno causado pela necessidade de converter terras em áreas de produção agrícola e de pastagem para pecuária, sem preservação das áreas legalmente protegidas.

A propósito, salienta Sant’Anna (2011, p. 24) que apenas uma pequena parte do Cerrado é preservada sob a forma de Unidade de Conservação (UC). Computando-se áreas federais, estaduais e municipais, a proteção do bioma do Cerrado por meio das Unidades de Conservação chega a 7,44%. “Neste contexto, torna-se imprescindível a preservação do bioma em áreas de Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanente”.

A importância do Cerrado para a vida justifica a adoção de mecanismos de incentivo para a proteção e preservação das áreas de preservação permanente e das áreas de reserva legal, mesmo diante da obrigação normatizada para seu efetivo cumprimento. Ademais, a adoção de instrumentos de PSA apresentam vantagem em relação aos instrumentos de comando e controle, porque fundado no consenso entre os atores envolvidos, enquanto os mecanismos tradicionais de controle têm fundamento na coerção, gerando, por isso, mais conflitos.

O FUNDO PARA O PAGAMENTO

A implementação de mecanismos de pagamentos por serviços ambientais destinados à manutenção de áreas de reserva legal demanda a existência de uma fonte de custeio que o sustente e o viabilize, até porque ainda não há, no Brasil, marco legal federal consolidado para o pagamento por serviços ambientais.

Entre os obstáculos que gravitam em torno do tema, a correta valoração dos serviços ecossistêmicos tem sido objeto de expressiva discussão, uma vez que a compensação para a preservação dos recursos naturais deve ser significativa e mais rentável do que o retorno resultante de sua exploração econômica. Essa equação, todavia, não apresenta fácil solução, sobretudo pela variabilidade da capacidade florestal na armazenagem de carbono, considerando seu estágio de desenvolvimento e densidade de biomassa (COSTA, 2008, p. 199).

Relativamente à preservação de florestas, o mercado de créditos de carbono, implementado pelo Protocolo de Quioto, destaca-se como um esquema de PSA mundialmente difundido, com impactos diretos na mitigação do aquecimento global, embora os critérios para elegibilidade de um projeto, no âmbito de Quioto, pouco favoreceriam as atividades de reflorestamento e conservação das áreas de reserva legal. No Brasil, os programas para conservação florestal baseados em mecanismo de PSA, como o bolsa floresta e o bolsa verde, ainda que contemplem apenas a agricultura familiar, os povos indígenas e os povos e comunidades tradicionais, constituem experiências que evidenciam a possibilidade da implantação de sistema de PSA para incentivar a manutenção das áreas de reserva legal com mais abrangência.

Nesse sentido, a estratégia adotada no programa bolsa floresta, instituído pelo estado do Amazonas, demonstra que o comprometimento de “recursos públicos como contrapartida para atrair recursos de terceiros, por meio de acordos, apresenta alto potencial para captação de recursos internacionais e do setor privado em âmbito nacional” (WUNDER, 2008, p. 51).

A participação do setor privado pode ser estimulada pela implementação de mecanismos nacionais de incentivo que revertam

em benefícios ambientais, como o selo verde ou marketing ecológico, conceitos comuns no mercado europeu, que podem ser adotados no país, como uma estratégia de mercado, capazes de despertar o interesse de empresas privadas para investirem na conservação de ecossistemas naturais ou projetos de reflorestamento.

Para Pereira (2010, p. 5), o poder público não deveria figurar como comprador de serviços ambientais, haja vista que a alternância do poder pode ensejar a suspensão do pagamento ante a eleição de outras prioridades do novo governo. Assim, ele deveria atuar apenas como parceiro na viabilização do PSA, legislando sobre a criação, a viabilização, o monitoramento e a fiscalização dos programas de pagamento por serviços ambientais e promovendo a captação de potenciais financiadores de ações de reflorestamento e assistência técnica aos produtores rurais que pretenderem se integrar ao sistema de PSA.

Apontando possíveis fontes de financiamentos de PSA, sem esgotar todas as possibilidades, Pereira (2010, p. 5) faz referências às instituições bancárias públicas ou privadas; aos fundos nacionais ou internacionais; ao orçamento da União, Estados e Municípios e taxas e impostos; aos *royalties* e compensações financeiras e instrumentos de gestão ambiental; aos apoios e programas governamentais; às iniciativas de financiamento, apoios, programas de empresas e entidades privadas e ao Fundo Federal de Pagamento por Serviços Ambientais⁵.

Relativamente à participação das instituições bancárias, o Banco Mundial, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) financiam projetos com componentes de Pagamento por Serviços Ambientais desenvolvidos em várias partes do mundo. São exemplos desta parceria o investimento destinado ao projeto Reflorestar, no Estado de Espírito Santo, na ordem de R\$ 560 milhões, com o objetivo de recuperar trinta mil hectares de cobertura vegetal até 2014⁶; o projeto Plantar⁷, também financiado pelo Banco Mundial, visando à produção de carvão vegetal com o propósito de contribuir para a mitigação do aquecimento global, que deverá reduzir a

⁵ Projeto de Lei 5.487/2009, em tramitação na Câmara dos Deputados.

⁶ Disponível em: <<http://www.sedurb.es.gov.br/default.asp>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

⁷ Disponível em: <<http://www.projetoplantar.com.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

concentração de CO2 equivalente na atmosfera em mais de doze milhões de toneladas, por meio de sumidouros de carbono e pelas reduções de emissão na indústria; o fundo da Amazônia, criado com o propósito de captar recursos e incentivar a preservação da floresta amazônica; o programa de desenvolvimento sustentável no Estado de Acre, entre outros.

Dentre os fundos nacionais ou internacionais, sobressaem-se o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (*Global Environment Facility* – GEF)⁸, criado em 1991, com o objetivo de financiar projetos e programas para a preservação ambiental global, nos países em desenvolvimento; o Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), criado pela PNMA; o Fundo de Direitos Difusos⁹; o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal (FNDF)¹⁰; o Fundo Brasileiro para a Biodiversidade (FUNBIO)¹¹; o Fundo Nacional para Mudança do Clima (FNMC)¹² e outros fundos criados por lei estadual para manter o pagamento de serviços ambientais em âmbito estatal, como o Fundo Estadual de Pagamento por Serviços Ambientais no Estado de Santa Catarina¹³; o Fundo Estadual de Recursos Hídricos do Espírito Santo (FUNDÁGUA)¹⁴; o Fundo da Amazônia¹⁵; o Programa de

⁸ Disponível em: < <http://www.thegef.org/gef/whatisgef> >. Acesso em: 10 dez. 2011.

⁹ Criado em 24 de julho de 1985, pela Lei n. 7.347, e regulamentado pela Lei n. 9.008, de 21 de março de 1995, tem como objetivo a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

¹⁰ Criado pela Lei n. 11.284, de 6 de março de 2006, mantido no âmbito do Orçamento Geral da União e gerido pelo Serviço Florestal Brasileiro, tem por finalidade fomentar o desenvolvimento de atividades florestais sustentáveis no Brasil e promover a inovação tecnológica no setor.

¹¹ Associação civil sem fins lucrativos, que trabalha para conservar a diversidade biológica do país. Foi criada em 1996, com uma doação de US\$ 20 milhões do Fundo para o Meio Ambiente Mundial (*Global Environment Facility* - GEF) para complementar as ações governamentais, em consonância com a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), de âmbito mundial, e o Programa Nacional da Diversidade Biológica (Pronabio). Representantes dos setores empresariais, ambiental, acadêmico e governamental formam o Conselho Deliberativo, responsável pelas decisões do Funbio, que depois são transformadas em ações pela Secretaria Executiva.

¹² Criado pela Lei n. 12.114, de 9 de dezembro de 2009.

¹³ Criado pela Lei Estadual n. 15.133, de 19 de janeiro de 2010.

¹⁴ Criado pela Lei Estadual n. 8.995, de 22 de setembro de 2008.

¹⁵ Criado pelo Decreto n. 6.527, de 1º de agosto de 2008.

Desenvolvimento Socioambiental da Produção Familiar Rural Proambiente (Proambiente)¹⁶ e outros.

Outra fonte de custeio para o PSA decorre do repasse financeiro dos estados aos municípios que implementem políticas públicas ambientais, por meio do ICMS Ecológico, já adotado por vários estados: Paraná, Minas Gerais, São Paulo, Rondônia e Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Tocantins e Pernambuco (FURLAN, 2010, p. 226).

No âmbito nacional, evidencia-se a Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/1997), que permitiu a implementação de um mecanismo de serviços ambientais por meio do Programa Produtor de Água, da Agência Nacional de Águas. A lei instituiu o marco normativo para a cobrança pelo uso da água, que é fonte importante de recursos para o pagamento pelos serviços ambientais relacionados aos recursos hídricos.

Atualmente, discute-se, em âmbito global, a implementação do mecanismo REDD como uma das formas de pagamento por serviço ambiental. No Brasil, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto n. 5.586/2009, com o propósito de incentivar o desenvolvimento de um mercado interno de carbono florestal que financie a redução de desmatamento e a conservação florestal, com recursos oriundos dos setores industriais e da produção e do consumo de energia no país.

A atual legislação florestal prevê o sistema de pagamento por serviços ambientais para a manutenção de Áreas de Preservação Permanente (APP) e de reserva legal (RL), combinando mecanismos de comando e controle com regras de premiação àqueles que preservem os recursos naturais, com recursos a serem definidos pelo Poder Executivo.

Por outro lado, o Projeto de Lei que institui a Política Nacional dos Serviços Ambientais, em trâmite no Congresso Nacional, estabelece um fundo misto para custear projetos para pagamento de serviços ambientais, com a participação de um percentual oriundo dos recursos obtidos no contexto da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de

¹⁶ O objetivo do Proambiente é compatibilizar a conservação do meio ambiente com os processos de desenvolvimento rural, por meio do aproveitamento social e econômico da terra, sob baixos riscos de degradação ambiental. Resultado da iniciativa da sociedade civil, atualmente o Proambiente foi incluído no PPA 2004/2007 como programa do Ministério do Meio Ambiente (FURLAN, 2010, p. 226).

1997, que instituiu a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo; de dotações consignadas em lei orçamentária da União e doações realizadas por entidades nacionais e agências multilaterais de cooperação internacional ou, na forma do regulamento, de outras pessoas físicas ou jurídicas e, por fim, de rendimentos obtidos pelo fundo, decorrentes de aplicações de seu patrimônio.

CONCLUSÃO

A crescente preocupação da sociedade com os efeitos do aquecimento gradual do planeta, causado pela emissão exacerbada de gases de efeito estufa na atmosfera, tem levado a comunidade global a buscar soluções para o enfrentamento do fenômeno. Nesse sentido, o uso da terra, a mudança no uso da terra e de florestas têm sido objeto de discussões nos últimos anos em razão do potencial de mitigação das mudanças climáticas.

Ademais, projetos para a conservação florestal são bem receptivos, especialmente depois que o Relatório Stern¹⁷, de 2006, concluiu que a diminuição das taxas de desmatamento pode proporcionar uma oportunidade considerável de custo-benefício para a redução das emissões de GEE (STERN, 2006).

Segundo pesquisa publicada em 2006 pela Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO)¹⁸, cerca de treze milhões de hectares de florestas têm sido anualmente convertidas em pastagens e áreas agrícolas, resultando em uma elevação

¹⁷ Relatório do economista britânico Nicholas Stern, encomendado pelo governo britânico e lançado em 2006. O levantamento gerou grande impacto mundial ao afirmar que se não forem tomadas medidas para a redução das emissões, a concentração dos gases geradores de efeito estufa na atmosfera poderá atingir o dobro do seu nível pré-industrial já em 2035, sujeitando-nos praticamente a um aumento da temperatura média global de mais de 2° C. O Relatório Stern apontou também que, em longo prazo, há mais de 50% de possibilidade de que o aumento da temperatura venha a exceder os 5° C. Disponível em: < <http://www.mudancasclimaticas.andi.org.br/content/relatorio-stern> > Acesso em 20 dez. 2011.

¹⁸ *Food and Agriculture Organization of the United Nations.*

expressiva de emissões de GEE, conforme acentua Motta *et al.* (2011, p. 183).

Nesse cenário, importante pensar e discutir, em âmbito nacional, a adoção de um mecanismo eficaz para enfrentar a questão, por meio de incentivos necessários para competir com outras atividades econômicas que resultam em desflorestamento.

Dentre os biomas brasileiros ameaçados de extinção, o Cerrado se destaca pela sua importância frente às questões climáticas e, sobretudo, pela riqueza biodiversa que guarda.

O estado de Goiás, maior representante do Cerrado, segundo estudos de Sano *et al.* (2008, p. 88-98), está com 64% de sua área total antropizada, sendo grande parte destinada à agricultura e à pecuária. Verifica-se, assim, a importância de serem priorizadas ações de gestão ambiental voltadas para a conservação da mata nativa nas propriedades rurais, especialmente nas áreas de reserva legal, garantindo-se a cobertura vegetal do percentual definido pela lei florestal.

O avanço do agronegócio no estado de Goiás não seguiu o regramento ditado pela legislação florestal, menos ainda se intimidou diante dos instrumentos de comando e controle utilizados para o cumprimento da lei. Nesse aspecto, importa reconhecer que a falta de instrumentos de incentivos direcionando comportamentos ambientalmente desejados, somada à impunidade, permitiu o aumento das pressões e ameaças ao meio ambiente.

Os dados atuais da devastação do Cerrado demonstram que os instrumentos de comando e controle atuam como meros paliativos diante da complexidade que cinge à questão ambiental, havendo urgente necessidade de se buscar outros caminhos. Constata-se, nesse ponto, que as estratégias de incentivos estão se apresentando como uma alternativa socioeconômica viável em relação à recuperação das bacias hidrográficas, podendo ser aplicadas com o mesmo sucesso na órbita florestal.

A demanda por um novo modelo de política ambiental que possa incentivar a conservação dos recursos naturais nas áreas de reserva legal e incorporar as expectativas econômicas da propriedade rural deve ser fortalecida. Não se trata de abandonar os instrumentos tradicionais de gestão, menos ainda as ferramentas de comando e controle, as quais devem ser aplicadas com rigor aos proprietários

rurais que descumprem a legislação. Por outro lado, não há disposição constitucional vedando a adoção de sanções premiais em favor do proprietário rural que cumprir voluntariamente a legislação florestal, efetivando-se o aspecto ecológico da propriedade. Ao contrário, a disposição contida no artigo 170, VI, da Constituição Federal, para a defesa do meio ambiente permite, inclusive, seja dispensado tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Assim, diante de externalidades positivas, geradas por impactos positivos, justifica-se, constitucionalmente, a adoção de mecanismos sustentados em prêmios e recompensas.

O cumprimento voluntário da legislação florestal para manter incólume a vegetação nativa do Cerrado na área de reserva legal e áreas de preservação permanente gera externalidades positivas que beneficiarão toda a sociedade, transcendendo as fronteiras da propriedade particular, justificando-se a premiação, ante o princípio do protetor-recebedor.

Ademais, se todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, todos têm o dever de preservá-lo. Assim, o ônus imposto ao proprietário para arcar com o custo de preservação da reserva legal e das áreas de preservação permanente deve corresponder à obrigação da coletividade em retribuir os recursos naturais e os serviços ecológicos que lhe são disponibilizados, mesmo porque as florestas e todas as demais formas de vegetação são consideradas bem de todos os habitantes do país, conforme enunciado pela legislação florestal em vigor.

A conservação e a manutenção das áreas de reserva legal e áreas de preservação permanente podem contribuir significativamente para as ações de mitigação climáticas, para a preservação da biodiversidade e para a recuperação da cobertura vegetal do Cerrado goiano, em um percentual bem mais significativo que o representado pelas unidades de conservação.

O balizamento dos benefícios auferidos pela comunidade em geral, ante a adoção de uma política mista com ênfase nos instrumentos econômicos, no trato dispensado à reserva legal e áreas de preservação permanente, aponta para a efetivação do pagamento por serviços ambientais como instrumento de direção social.

O tema tem motivado a pauta de discussão política no país

de forma acentuada. Todavia, a definição das fontes de recursos para implementar a medida tem constituído empecilho à adoção do PSA como instrumento de política ambiental em programas florestais.

O projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, versando sobre a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, objetivando viabilizar a proposta, prevê a criação do Fundo Nacional para PSA, alimentado por dotações consignadas na lei orçamentária da União, doações realizadas por entidades nacionais e agências bilaterais e multilaterais de cooperação internacional ou, na forma do regulamento, de outras pessoas físicas ou jurídicas.

A combinação de fontes para atender ao sistema de funcionamento de PSA tem garantido a eficiência de programas pilotos já implantados no Brasil e em outros países. É preciso considerar, ainda, que um esquema de PSA não traduz exclusivamente a retribuição monetária às atividades humanas de restabelecimento, recuperação, manutenção e melhoria dos ecossistemas que geram serviços ambientais. Para o funcionamento do mecanismo adotasse, também, outras retribuições não representadas por espécie monetária, a exemplo do Ecocrédito, implantado, com sucesso, na cidade de Montes Claros, em Minas Gerais.

A experiência nacional e internacional com a execução de um mecanismo de PSA demonstrou que o sucesso da medida exige, além de uma política bem definida sobre seu funcionamento, estratégica articulação dos gestores públicos para a composição de arranjos que possam garantir a eficácia do programa.

A complexidade das questões ambientais, o compromisso soberano do país com a preservação de suas florestas, endossado perante a comunidade internacional como meio de combate à problemática do clima, as transformações sociais que delineiam a sociedade de risco contemporânea e a moderna orientação promocional do Direito exigem seja dispensado um novo enfoque à legislação florestal, para um modelo menos punitivo e mais comprometido com mecanismos de incentivos à recuperação e à manutenção da vegetação nativa do Cerrado, não apenas pela riqueza intraduzível de sua biodiversidade, mas como compromisso legal, ético e vital de se assegurar o equilíbrio ambiental garantidor da sadia qualidade de vida a esta e às gerações vindouras.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES FILHO, Maurício. *A sanção premial no Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri/SP: Manole, 2007.

BRASIL. *Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Publicado no Diário Oficial da União em 28/05/2012.

BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. *Programa Nacional de Mudanças Climáticas IPCC - Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima*, 2007.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 2004.

COSTA, Rosângela Calado. *Pagamento por serviços ambientais: limites e oportunidades para o desenvolvimento sustentável da agricultura familiar na Amazônia Brasileira*. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

FARIA, Karla Maria Silva de; CASTRO, Selma Simões. O uso da terra e sua relação com os remanescentes de cerrado na alta bacia do rio Araguaia (GO, MT E MS). *Revista GEOGRAFIA*, Rio Claro, v. 32, n. 3, set./dez. 2007, p. 657-668.

FURLAN, Melissa. *Mudanças climáticas e valoração econômica da preservação ambiental*. Curitiba: Juruá, 2010.

GUEDES, Fatima Becker; SEEHUSEN, Susan Edda (Org.). *Pagamentos por serviços ambientais na Mata Atlântica: lições aprendidas e desafios*. Brasília: MMA, 2011.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Mapa de biomas*. Disponível em: <<http://mapas.ibge.gov.br/biomas2/>>.

JUSTINIANO, Maria Augusta Fernandes. *Pagamento pelos serviços ambientais: proteção das APP's através do ICMS Ecológico*. 149f. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2010.

LANDELL-MILLS, Natasha; PORRAS, Ina. *Silver bullet or fools' gold? A global review of markets for forest environmental services and their impact on the poor*. London: International Institute for Environment and Development - IIED, 2002. 455p. Disponível em: <<http://pubs.iied.org/9066IIED.html>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

LOMBARDI, Antonio. *Créditos de carbono e sustentabilidade*. Os caminhos do novo capitalismo. São Paulo: Lazuli Editora, 2008.

MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. *Interdisciplinaridade, instrumentos legais de proteção ao meio ambiente e perícia ambiental*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Goiás, Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação, Programa de Doutorado em Ciências Ambientais, 2009.

MOREIRA, Helena Margarido. *A atuação do Brasil no regime internacional de mudanças climáticas de 1995 a 2004*. 2009. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais San Tiago Dantas) – UNESP, UNICAMP e PUC-SP, São Paulo, 2009.

MOTTA, Ronaldo Seroa *et al.* *Mudança do clima no Brasil: aspectos econômicos, sociais e regulatórios*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2011.

NOVION, Henry; VALLE, Raul do. *É pagando que se preserva? Subsídios para políticas públicas de compensação por serviços ambientais*. São Paulo: ISA, 2009.

PEREIRA, Roberto Maximiano. *Caracterização dos possíveis compradores de serviços ambientais e levantamento das principais fontes de recursos para financiamento do pagamento por serviços ambientais*. Brasília: Instituto Interamericano de Cooperação para agricultura, 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANO, Edson Eyji *et al.* Padrões de cobertura de solos do Estado de Goiás. In: FERREIRA, Laerte Guimarães (Org.). *A encruzilhada socioambiental*. Biodiversidade, economia e sustentabilidade no Cerrado. Goiânia: Ed. da UFG, 2008. p. 91-106.

SANT'ANNA, Ana Cláudia. *O uso econômico da reserva legal no Cerrado: uma simulação do extrativismo sustentável do pequi*. Dissertação (Mestrado em Economia) - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Piracicaba, 2011.

SEIFFERT, Mari Elizabete Bernardini. *Mercado de carbono e protocolo de Quioto: oportunidades de negócios na busca da sustentabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

SOARES FILHO, Britaldo Ferreira. *Análise de paisagem: fragmentação e mudanças*. Belo Horizonte: Instituto de Georreferência/UFMG, 1998. Disponível em: viewer.htm. Acesso em: 13 out. 2011.

STERN, N. The economics of climate change. In: *The Stern Review*. London: HM Treasury, 2006. Disponível em: <http://www.hm-treasury.gov.uk/sternreview_index.htm>. Acesso em: 16 fev. 2010.

WUNDER, Sven (Coord.) *Pagamentos por serviços ambientais: perspectivas para a Amazônia Legal*. Brasília: MMA, 2008.

DIREITO CIVIL

CIVIL LAW
DERECHO CIVIL



A Cidade de Pedra, na Serra de São Gonçalo, é uma área de cerca de 600 ha, com diversas formações rochosas em quartzito que formam cânions, labirintos e formações ruíniformes com rochas de formatos diversos, lembrando animais e rostos. O local foi decretado Monumento Natural Municipal devido ao alto grau de relevância de suas formações rochosas, endemismo de espécies e beleza cênica.

O VALOR JURÍDICO DO AFETO E A INDENIZAÇÃO POR DESAMOR

THE LEGAL VALUE OF AFFECTION
AND THE DISAFFECTION INDEMNIFICATION

EL VALOR JURÍDICO DEL AFECTO Y
LA INDEMNIZACIÓN POR DESAFECCIÓN

Resumo:

A indenização por abandono afetivo não deve ser encarada como uma forma de vingança exercida pelo “filho rejeitado” e não pode ter por escopo interesses puramente patrimoniais-individualistas, mas, com fulcro em um direito violado ou dever omitido, deve ser passível de reparação. Não é só a presença física dos pais que cumprem de forma satisfatória o dever de convivência familiar, exigindo-se a presença moral e afetiva, sendo a omissão um ato lesivo aos direitos da personalidade da criança. O Direito Civil soma o papel de resgatar a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, em conformidade com o previsto constitucionalmente, também pela relevância do tema, pois, na análise do conceito atual de família, prevalece a ideia de afetividade.

Abstract:

The claim for emotional abandonment must not be seen as a form of revenge exerted by "son rejected" and may not have the scope interests purely property-individualist, but, with fulcrum in a violated right or duty omitted, should be repairable. It is not only the physical presence of parents who meet in a satisfactory way, the duty of family life, requiring the presence moral and affective, being the omission a harmful act on the rights of the child's personality. The Civil Law sum the role of redeem the dignity of the human person and the social rights, in accordance with the laid down constitutionally,

* Graduada em Direito pela PUC-GO e Mestranda em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. Servidora do TJ-GO.

also by the relevance of the topic, because the analysis of the current concept of family is prevalent idea of affectivity.

Resumen:

La indemnización por abandono emocional no debe ser vista como una forma de venganza llevada a cabo por el "hijo rechazado" y no puede tener por objetivo intereses puramente rentables e individualistas, pero, con apoyo en un derecho violado o en un deber omitido, debe ser sujeto a la reparación. No es sólo la presencia física de los padres que cumplen satisfactoriamente con el deber de convivencia familiar, exigiendo su presencia moral y afectiva, siendo la omisión un acto perjudicial para los derechos de la personalidad de los niños. El Derecho Civil tiene el papel de rescatar la dignidad de los derechos individuales y sociales, de conformidad con las disposiciones de la Constitución, por la relevancia del tema, pues, en el análisis del concepto actual de la familia, la idea predominante es la de afecto.

Palavras-chaves:

Abandono, família, afetividade.

Keywords:

Abandonment, family, affection.

Palabras clave:

Abandono, familia, afectividad.

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente trabalho é o chamado abandono afetivo, também denominado doutrinariamente de abandono paterno-filial.

Percebe-se a evolução da sociedade, bem como de seus institutos, dentre os quais destaca-se a família, origem das relações entre os indivíduos.

É na ausência de afeto que reside a discussão jurídica acerca da possibilidade e legitimidade de responsabilização civil ou não pelo abandono afetivo.

Para tanto, fez-se mister uma análise, primeiramente principiológica, com fulcro na dignidade da pessoa humana como fundamento constitucionalmente protegido e, posteriormente, realizou-se uma abordagem legal, doutrinária e jurisprudencial, tendo por escopo a problemática que envolve a possibilidade de indenização por violação das relações afetivas e suas eventuais consequências à luz do Direito Civil, considerando o enfoque ético e de humanização do Direito como um todo.

A NOVA DIMENSÃO DOS PILARES FUNDAMENTAIS DO DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – E AS TENDÊNCIAS ÉTICAS E DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO

A proteção ao direito à convivência familiar está contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 4º, *caput*, e 19 a 52, com especial proteção na Constituição Federal em seu artigo 227. Desta forma, a legislação prevê que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, entre eles o direito à dignidade e à convivência familiar e comunitária.

Luís Roberto Barroso (2006, p. 45) afirma que:

A Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes.

Esse arcabouço sistêmico impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre as normas, sempre guiado pela grande bússola da interpretação constitucional, a Lei Maior.

Tal proceder revela a nítida supremacia da Constituição, que é o ponto de apoio e condição de validade de todas as normas jurídicas, na medida em que é a partir dela, como dado da realidade, que se desencadeia o processo de produção normativa, o que, certamente, não poderia ser diferente no Direito Civil.

Giselda Hioronaka (2012) assevera de forma bastante elucidativa:

Todo o Direito, mas em especial o Direito Civil não pode ser apreciado exclusivamente sob o matiz do dogma, pois esta roupagem é apequenada demais para tão extraordinário continente.

[...]

Trata-se, principalmente de momento de incrível transformação do pensamento jurídico e de crise das instituições, que tem operado no sentido de se buscar extinguir o significado constitucional outrora atribuído aos códigos civis modernos, e carrear para o âmbito da Constituição os princípios fundamentais do Direito Privado.

[...]

Felizmente hoje, no meu sentir, o panorama mostra-se bem outro: as relações de afeto caminham à frente nos projetos familiares e, por isso, conduzem à assunção da responsabilidade pela construção das famílias, bem assim como podem conduzir à interrupção do casamento ou da união estável, garantindo a cada um de seus membros, em princípio, o direito à recuperação ou reformulação de seu projeto pessoal de felicidade, mantida a responsabilidade original, em face daqueles que ainda se encontram em liame de dependência.

O sistema civil codificado nos moldes napoleônicos, de índole essencialmente patrimonialista, já não se amolda mais 'ao perfil da nova sociedade, pois o Direito Civil – lê-se Direito das Famílias – deve pautar sua visão na pessoa humana e, até por isso, a afetividade pode sim ser afirmada como valor essencial da família.

As relações de família, por dizerem respeito, invariavelmente, a todos os cidadãos, sem exceção, apresentam-se como base para toda a sociedade, sendo inegável o potencial de mutabilidade das relações sociais de natureza familiar ao longo dos tempos.

Destarte, surgiu a necessidade de o legislador pátrio constitucionalizar relevantes inovações, com consideração isonômica dos membros da estrutura familiar e valoração do afeto nas relações entre homem e mulher, e, principalmente, entre pais e filhos, com a assunção de responsabilidades e a oportunidade de busca da felicidade no projeto familiar e parental.

Aspectos constitucionais – a família e a Constituição Federal de 1988

O direito dos filhos de serem visitados pela mãe ou pelo pai não guardião é garantido pela Constituição, tornando um direito dever dos pais em dar continuidade à convivência com os filhos, sob pena de abandono afetivo, moral.

Tal direito é, ainda, alicerçado na necessidade de cultivar o afeto na relação paterna, filial, e de manter um convívio familiar real, efetivo e eficaz, pois, mesmo não havendo coabitação, a finalidade desse instituto é a manutenção de uma natural e adequada comunicação do filho com o pai ou mãe com que não convive.

O Direito Civil soma, então, o papel de resgatar a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, em conformidade com o já previsto constitucionalmente, gerando uma verdadeira funcionalização dos institutos privados.

Porém, para que a família realmente cumpra o previsto constitucionalmente deve priorizar o convívio familiar e, para isso, é necessário mais do que responsabilidade, é preciso ter afetividade, porquanto uma convivência equilibrada na infância tem como efeito mais probabilidades de atingir a realização pessoal na idade adulta.

Ao que se depara com a necessidade de amparo constante de ambos os genitores em relação ao filho, tendo em vista que os pais devem priorizar os interesses de suas proles, garantindo, conseqüentemente, um desenvolvimento saudável e digno, pois nisto consiste o desenvolvimento de suas figuras paternas e maternas.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, atribui à família o dever de educar, bem como o dever de convivência e o respeito à dignidade dos filhos, devendo esta sempre primar pelo desenvolvimento saudável da criança. No mesmo sentido, o artigo 229, da CF 1988, atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos.

Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código

Civil brasileiro evidenciam a existência de deveres intrínsecos ao poder familiar, conferindo aos pais obrigações não somente do ponto de vista material, mas, especialmente, afetivas, morais e psíquicas.

Apesar da existência de tais dispositivos legais, as omissões no âmbito familiar são cada vez mais constantes, bem como a negativa de ser pai ou ser mãe, afastar-se dos deveres inerentes na família, e, com isto, passou-se a invocar a responsabilidade civil, a fim de reparar os danos causados aos filhos em virtude do abandono sofrido.

Atualmente, a responsabilidade civil é parte das demandas de família porque o dever de assistência e a convivência familiar são encarados como um direito dos filhos, no sentido de oportunizar seu completo desenvolvimento sadio. Assim, é indispensável a convivência com ambos os pais, para o completo desenvolvimento do menor, e, no caso de omissão de um deles, ocorre o dano moral, passível de reparação.

Afirma-se com propriedade que a disciplina do Direito de Família sofreu profundas mudanças, sobretudo após o advento da Constituição Federal, quando o Estado passou a ampliar a tutela das relações familiares, tendo como foco dessa mudança a realização pessoal no ambiente de convivência, com base no afeto como função básica da família contemporânea.

A família não pode mais ser vista apenas e tão somente sob o viés econômico, político, religioso ou procriativo, mas também sob o novo paradigma do Direito de Família, a afetividade, pois o afeto é sua ligação atual com a intenção de construir um amor familiar entre pessoas.

Sobre o tema, Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 34) observa que os legisladores

[...] levaram à aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, [...] prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação dos filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.

O afeto é apontado como fundamento do Texto Maior do conjunto familiar e, ainda, do direito fundamental, decorrente da valorização constante da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, o que não poderia ser diferente também pelas próprias relações familiares e seus reflexos em seus componentes.

Princípios inerentes ao convívio familiar: a dignidade da pessoa humana e a eficácia dos direitos fundamentais

Por o objetivo atual do ordenamento jurídico alcançar a pessoa como destinatária direta da norma, faz-se necessária a utilização de instrumentos que possibilitem tal escopo, ao que o Código Civil de 2002 evidencia que, subjacente ao indivíduo abstrato dos códigos liberais, existe uma pessoa concreta, que deve ser examinada em suas múltiplas peculiaridades, que a distinguem de qualquer outra na espécie.

Passando à análise Constitucional e Civil, depreende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana recai sobre todo texto normativo, estendendo-se inclusive sobre o direito de família, devendo reconhecer na pessoa humana o seu valor, assegurando seu desenvolvimento e garantindo seus direitos individuais, pois as relações familiares devem ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada membro.

Maria Berenice Dias (2010, p. 62) conceitua a dignidade da pessoa humana como:

Princípio maior fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser apurada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão exclusivamente intelectual e, como todos os outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos.

Quanto ao princípio da afetividade encontra-se implícito no rol de princípios constitucionais elencados pela Carta Magna, derivando diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Lôbo (2011, p. 73), “o princípio da afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família, na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida”. O afeto é elemento essencial nas relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à intimidade garantido pela Constituição Federal. A afetividade não pode ser visualizada de forma indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, fazendo jus ao *status* de família.

Entretanto, ressalte-se que a aplicabilidade do princípio da afetividade está inteiramente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo, sem dúvida, o principal fundamento das relações familiares, e, em assim sendo, não é difícil concluir que o princípio da afetividade possui tratamento constitucional.

A família, como elemento formador da sociedade, não pode ter sua constituição como mera formalidade juridicamente protegida, mas sim o sentimento de amor, afetividade, aliado à comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, o que a torna tutelada pela Constituição Federal, sendo ainda insuficiente qualquer formação ou união de pessoas que afaste a dignidade da pessoa humana.

Logo, o objetivo dos princípios implícitos e do afeto que derivam da convivência familiar é buscar a garantia da felicidade, como um direito a ser alcançado na família.

Ao interpretar-se a imposição que o Estado pôs sobre si em relação aos seus cidadãos, percebe-se que os direitos individuais e sociais elencados pela Constituição são, na realidade, uma forma de garantir a dignidade de todos, o que nada mais é senão o compromisso de assegurar o afeto, decorrente também da dignidade da pessoa humana, pois, consoante Maria Berenice Dias (2010, p. 70), “o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado”.

Ao exposto, pode-se afirmar que a família se transforma na medida em que se acentuam as relações sentimentais entre seus membros, uma vez que se valorizam as funções afetivas da família, que tem como escopo a completude de seus membros em todas as searas, o que não poderia excluir a afetiva. Sobre tal foco, resta a

análise quanto à responsabilidade nas relações familiares, discutindo-se a responsabilidade civil parental e a possibilidade de reparação dos danos afetivos.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA

Tornou-se comum, na doutrina contemporânea, afirmar que o afeto tem valor jurídico ou, mais do que isso, foi alçado à condição de verdadeiro princípio geral do Direito de Família, como bem pondera a juspsicanalista Giselle Câmara Groeninga (*apud* TARTUCE, 2012):

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.

Ao se analisar as relações de Direito de Família, observa-se que elas são, na realidade, situações de convivência que englobam vários fatores, dentre os quais podemos destacar a responsabilidade civil parental, uma vez que seu descumprimento poderá gerar, dentre outros, o abandono afetivo, surgindo, conseqüentemente, a obrigação de reparação pelos danos afetivos sofridos, o que é motivo de grande polêmica e discussão nos Tribunais.

Nas relações de família, levando-se em conta que os sujeitos envolvidos não estão exercendo qualquer atividade que implique, por sua própria essência, risco a direito de outrem, a grande maioria das situações fáticas demandará a prova da culpa, em conformidade com o artigo 186 do Código Civil Brasileiro, pois “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Ressalta-se que, com a Constituição Federal de 1988, a família deixou de ter um fim em si mesma e passou a ser o lugar propício para a realização existencial de seus membros, pois o afeto se tornou indissociável das relações entre pais e filhos.

Com a nova perspectiva do direito civil constitucionalizado, dá-se primazia aos interesses pessoais dos integrantes da entidade familiar, de tal forma que, além dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores, deve-se atribuir aos pais também os deveres de convivência e assistência moral. O exercício concreto do poder familiar¹ está retratado no artigo 1634, do Código Civil, que traz as atribuições a ele inerentes como verdadeiros deveres legais impostos, pois, *in verbis*:

Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda; (grifos nossos) (BRASIL, 2002).

Ante a repersonalização do Direito Civil, os encargos dos pais para com os filhos não mais se limitam aos aspectos materiais, pois eles assumem deveres que dizem respeito ao aspecto existencial de suas proles, contribuindo para a sua formação moral, atuando diretamente no completo desenvolvimento das futuras gerações, ao que se deve acrescentar a valiosa contribuição de Flávio Tartuce (2012): “e não restam dúvidas que a afetividade constitui um código forte do Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira”.

Acrescente-se ao que foi demonstrado que tramita na Câmara o Projeto de Lei 4.294/2008, de autoria do deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), sujeitando pais que abandonam afetivamente seus filhos ao pagamento de indenização por dano moral, proposta que poderá resultar, inclusive, em alteração no Código Civil.

¹ Flávio Tartuce (2011, p. 1140) define o poder família como “uma decorrência do vínculo jurídico de filiação, constituindo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas sobretudo no afeto”.

Ainda, a caracterização do abandono afetivo como conduta ilícita foi proposta em Projeto de Lei (PLS 700/7 do senador Marcelo Crivella do PRB-RJ), pretendendo enquadrar criminalmente o pai ou a mãe ausente na criação do filho, o que, conseqüentemente, traz prejuízos psicológicos, morais e à convivência social da pessoa em desenvolvimento.

A responsabilidade civil parental

O princípio da paternidade responsável está previsto no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988)

Consoante previsão constitucional, um homem e uma mulher, apesar do livre planejamento familiar, assumem responsabilidades ao decidirem procriar, pois haverá uma nova vida humana, que possui limitações e necessita dos mais variados cuidados. Agora deverão agir como pai e mãe, priorizando o bem-estar do menor.

A responsabilidade dos pais em relação aos filhos, responsabilidade civil parental, pode ser demonstrada por meio do exercício do poder familiar, que, pela grande relevância da matéria, é tratado em Capítulo próprio do Código Civil, a saber, o Capítulo V, abrangendo os artigos 1630 a 1638. Por sua importância, transcreve-se o teor do artigo 1632 do referido diploma legal:

Art. 1632. A separação, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre os pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem **em sua companhia os segundos**. (BRASIL, 2002, grifos nossos)

O dispositivo determina direito à convivência familiar, bem como o dever dos pais de terem os filhos sob sua companhia, o que não deveria ser exigido por lei, haja vista que, para exercer o papel

de pai ou de mãe subentende-se que eles auxiliarão sua prole, bem como atuarão em favor de suprir toda e qualquer necessidade, inclusive afetiva, voluntariamente, o que exige certa proximidade e convivência com a criança. De toda forma, nessa norma reside o fundamento jurídico essencial para se demonstrar a responsabilidade civil por abandono afetivo, pois, conforme Tartuce (2011, p. 1141), “a companhia inclui o afeto, a interação entre pais e filhos”.

Ainda sobre o tema, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em Capítulo denominado “Do direito à convivência familiar e comunitária”, trata do poder familiar, demonstrando mais uma vez sua relação com a convivência familiar, e atribui tal incumbência ao pai ou a mãe, inclusive em igualdade de condições, medida que visa assegurar a efetividade de tal poder, conforme dispõe o seu artigo 21, adiante citado:

O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, 1990)

Ressalte-se que o poder familiar – que cessa com a maioridade – é o conjunto de deveres e obrigações que devem ser exercidos pelos pais, fundado no princípio da proteção integral de crianças e adolescentes. Como toda obrigação, está sujeita a sanções quando descumprida; não foi diferente quanto ao poder familiar, pois o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina a matéria, determinando, em seu artigo 249, que a infração aos deveres do poder pátrio está suscetível à sanção, seja ela de reparação civil, de obrigação de fazer, até a possível destituição do poder familiar. Para maior compreensão, o artigo está transcrito a seguir:

Descumprir, dolosa ou culposamente, **os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda**, bem assim determinação de autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (BRASIL, 1990, grifos nossos)

Sobre o papel dos pais em relação aos filhos, insta registrar o posicionamento de Giselda Hironaka (*apud* SAMIRA SKAF, 2011):

[...] embora seja certo que não se pode obrigar ninguém ao cumprimento do direito ao afeto, é certo que se esse direito for maculado, desde que presentes certos pressupostos, seu titular poderá vir a sofrer as conseqüências do abandono moral praticado, em virtude da quebra de deveres estipulados na lei, desde que a ausência ou omissão materna ou paterna tenham ocasionado danos concretos ao filho.

Convém destacar, coadunando com o posicionamento exposto, que como os encargos dos pais para com os filhos não se limitam apenas aos aspectos materiais, alimentares, sobreleva o papel afetivo das figuras paterna e materna, que devem manter seus filhos, destinando-lhes todo o afeto necessário para seu completo desenvolvimento.

A reparação dos danos afetivos

Muito se fala sobre uma forma de punir os pais, englobando nesta visão tanto o pai quanto a mãe, pela não assunção das obrigações impostas como entes familiares, com o intuito de evitar novas ações pautadas na irresponsabilidade paternal, bem como para que outros pais não repitam condutas reprováveis, tem-se valido do instituto da reparação civil como uma forma de responsabilização.

Embasados nos valores sociais e, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se atribuído à responsabilidade civil, ante a inobservância do ordenamento jurídico como um todo, em harmonia com a entidade familiar, as funções pedagógica e educativa, também defendido por Eddla Karina Gomes Pereira (2012, p. 75):

Destaca-se, porém, que a ação de indenização por abandono afetivo não deve ser encarada como um meio pelo qual o filho se vinga do genitor ou uma oportunidade de forçar o pai a amar sua prole. Ao Judiciário não compete intervir com tamanha profundidade. Pretende-se, como dito, **reparar a omissão danosa e voluntária de um pai negligente, bem como advertir os demais a não cometer um erro semelhante.** (grifos nossos)

Quanto às tendências decorrentes da repersonalização do Direito Civil, acrescenta Lôbo (2011, p. 49) que “a concepção da família como espaço de convivência socioafetiva e de realização das dignidades de seus membros” é um exemplo concreto, e afirma que “tem fundamento constitucional três princípios específicos aplicáveis ao direito de família, a saber, o princípio da afetividade, o princípio da convivência familiar e o princípio do melhor interesse da criança”.

A falta de afeto nas relações familiares é responsável por uma série de riscos sociais, frutos de famílias desestruturadas, iniciadas sem nenhum planejamento ou embasadas na criminalidade ou outros vícios que têm corrompido a sociedade. Assim, afirma Velásquez (*apud* HIASMINI ALBUQUERQUE, 2012):

O abandono e a negligência familiares e a falta de afeto e diálogo também são problemas comuns que afligem os jovens, não sendo de se espantar que mais de **90% dos adolescentes infratores internados provenham de famílias bastante desestruturadas, marcadas por agressões físicas e emocionais, problemas psiquiátricos e pela ausência das figuras paterna e materna, seja pela rejeição pura e simples, seja pela morte ou doença, muitas vezes causados também pela violência urbana.** (grifos nossos)

Ao falar-se em indenização por abandono afetivo, muitos se declaram contra tal medida, temendo o que foi nomeado como “monetarização do afeto”, que é totalmente contra a real finalidade de tal instituto, uma vez que a indenização tem por escopo retornar a vítima ao estado anterior ao dano. Contudo, há casos em que este retorno se revela impossível, devendo a vítima receber um valor pecuniário, não para reparar o que não pode retornar, já que o adulto em questão não poderá rejuvenescer na tentativa de crescer em um ambiente familiar propício à afetividade, mas para compensar aquilo que se perdeu. Em relevante artigo sobre o tema, Simão (2012) esclarece:

A indenização muito representa para Luciane e para muitas outras pessoas abandonadas afetivamente. Para Luciane, compensa-se um vazio, já que os danos que sofreu são irreparáveis. **O dinheiro não preenche o vazio, mas dá uma sensação de que a conduta lesiva não ficou impune. Para outros filhos abandonados, nasce a esperança de que poderão receber do Poder**

Judiciário uma decisão que puna os maus pais, já que o afeto não receberam e nunca receberão. (grifos nossos)

Quanto ao dano afetivo, ressaltou Hironaka (*apud* SKAF, 2011) “que o dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo, um dano culposamente causado à personalidade do indivíduo”. Tratando-se de um direito da personalidade, o abandono afetivo manifesta-se por meio do grupo familiar, o que é inaceitável, já que este é o responsável por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, formando futuros cidadãos.

O artigo 927 do Código Civil dispõe que o dano causado a alguém por cometimento de ato ilícito deve ser reparado, assim, devem ser analisados os pressupostos da ilicitude, ou seja: omissão, dano, nexa causal e culpa, no caso concreto.

Inicialmente, pode-se encontrar a omissão no mau exercício do poder familiar, em situações nas quais os pais deveriam dar assistência material e afetiva aos filhos, mas não o fizeram, o que caracteriza efetivamente o abandono. O Código Civil pune com a perda do poder familiar aquele que deixar o filho em abandono (artigo 1.638, inciso II).

O dano é relativo ao dano à personalidade do indivíduo, ou dano moral, devido ao sentimento de rejeição, que acaba por prejudicar a criança em seu desenvolvimento emocional, de forma tal que, quando ela passa a sofrer distúrbios psíquicos, sua interação social fica comprometida. Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 33) assevera que “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”.

Quanto ao nexa causal, temos o dano sofrido pelo filho devido ao abandono do pai, que culmina em distúrbios emocionais que impossibilitam ou prejudicam relações futuras de afeto, ao ponto de surgir o medo de mais uma rejeição. É, pois, o vínculo entre a conduta culposa ou dolosa do agente e o prejuízo sofrido pela vítima.

Por sua vez, a culpa está ligada à “inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar” (VENOSA, 2003, p. 33). Em nosso ordenamento jurídico há casos em que a culpa é dispensada, são as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, que têm respaldo na teoria do risco. Todavia, o caso em questão trata-se de responsabilidade civil subjetiva, decorrente da negligência ou da atitude deliberada do pai, por descaso intencional pela sua criação,

crescimento, desenvolvimento e moralidade. Para tanto, deve ser observado o motivo determinante para o abandono afetivo.

Logo, comprovando-se o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e voluntária do pai e o dano psicológico sofrido pela criança, resultando em dano para os direitos da personalidade do filho em desenvolvimento, não resta dúvida quanto ao dever de indenizar.

Assim, não é qualquer atitude omissiva do pai que caracterizará a figura do dano moral. Cabe ao magistrado, portanto, na hora de análise da demanda, observar, de forma responsável, se estão presentes ou não os requisitos autorizadores da reparação. Deve-se verificar se os interesses são patrimoniais ou realmente afetivos, pois a irresponsabilidade parental deve ser devidamente averiguada, resguardando a sociedade dos perigos tanto da impunidade como da punição indevida.

Desse modo, não restam dúvidas de que o dano moral, que lesiona a personalidade da prole, inclusive com reflexos relativos à dignidade da pessoa humana, causa dor, sofrimento, humilhação, e tem como consequência, muitas vezes, interferências negativas no comportamento psicológico de crianças, restando configurado o ato ilícito e, conseqüentemente, o dever de indenizar do genitor.

Isto posto, podemos dizer que a afetividade é um valor, não um valor pecuniário, mas sim indispensável à formação da pessoa humana. O Poder Judiciário não pode silenciar-se ou ser conivente com tal desrespeito a direito assegurado pela Carta Constitucional: a dignidade da pessoa humana.

OS INTERESSES PATRIMONIAIS AFETIVOS E A IRRESPONSABILIDADE PARENTAL

Insta registrar, agora, que os interesses patrimoniais diferenciam-se dos afetivos e, diante da ausência de lei específica regulando a matéria, compete aos magistrados atuação prudente, afastando o dano moral puramente patrimonial, isto é, sem o cunho do interesse familiar, bem como a omissão do Judiciário, que, ao não manifestar-se, pode legitimar a irresponsabilidade parental.

A afetividade é o verdadeiro princípio do direito de família contemporâneo, pois é o elemento principal na identificação dos laços familiares e caracteriza os vínculos de filiação, conforme preleciona uma das principais vozes sobre o tema, Maria Berenice Dias (2007, p. 41):

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização², da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo³, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

Tratar da indenização por abandono afetivo vai muito além de buscar a reparação com a indenização pecuniária, como muito bem aduz Madaleno (*apud* DIAS, 2007, p. 409): “[...] a dilaceração da alma de um filho em fase de formação de sua personalidade, cujos pais se abstêm de todo e qualquer contato e deixam os seus filhos em total abandono emocional [...]”, deve servir como forma de evitar que os pais abandonem seus filhos, já que eles não pediram para vir ao mundo, porém, a partir do nascimento, nasceu também uma responsabilidade para o genitor.

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição Federal Brasileira (1988) expressa que é dever da família assegurar à criança, 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”, o que não é um direito oponível apenas ao Estado ou à sociedade, mas a cada membro da própria família.

Do exposto, a responsabilidade não se pauta somente no dever alimentar, mas também no dever de possibilitar o pleno desenvolvimento humano aos filhos, o que é justificado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O Estado-juiz “não pode” obrigar

² Nova visão que privilegia a pessoa, e não mais o patrimônio (antiga visão patrimonialista).

³ Busca da felicidade.

pais a amarem seus filhos, porém, quando provocado, pode responsabilizar civilmente o genitor por abandono afetivo, em razão do descumprimento do dever de criar, educar e conviver com o filho, em harmonia com o já citado artigo 186, do Código Civil Brasileiro.

Maria Berenice Dias (2007, p. 449), em seu *Manual de Direito das Famílias*, aduz que

[...] daí a atual orientação jurisprudencial que reconhece a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo [...].

A paternidade responsável implica em um planejamento familiar para que o filho seja concebido e criado em um lar que garanta todos os direitos atinentes à criança ou adolescente, como alimentação, educação, lazer, respeito, dignidade, e, sobretudo, afeto, na perspectiva de que filho é para toda a vida, é preciso ser pai no amplo sentido empregado pela lei.

A efetividade da indenização por abandono afetivo e a importância da figura dos genitores

Em relação à importância dos sentimentos a serem cultivados em uma família, a psicóloga Giselle Câmara Groeninga e o jurista Rodrigo da Cunha Pereira (*apud* SKAF, 2011) escreveram que:

É durante a infância, dentro da família, mas também no decorrer da vida, com a ajuda das instituições, que a distinção entre fantasia e realidade, entre culpa e responsabilidade é estabelecida, desenvolvida e fomentada. Inicialmente, dentro da família, e no anseio das instituições, aprendemos os afetos, a realidade e a lei. Também dentro da família nós aprendemos a balizar a agressividade e desenvolvemos formas de dar e receber amor, as quais vão se transformar em solidariedade, um capital essencial para o exercício da cidadania.

Dentre esses sentimentos primordiais ao desenvolvimento humano situam-se o amor e o afeto, sendo suas definições distintas,

o que é fundamental também para esclarecer-se que efetivar a indenização por abandono afetivo não é obrigar que um pai ame seu filho pois “o amor é a origem, a substância do afeto, é a mais irrestrita afeição”, de acordo com Rezende de Barros (*apud* SKAF, 2011); já o afeto se resume, essencialmente, a educar e direcionar a vida do menor, o que é dever intrínseco de uma paternidade ou maternidade responsável.

Ante a importância da figura dos genitores na vida dos filhos, no exercício de uma paternidade correspondente ao previsto e resguardado constitucionalmente, considera-se a valoração do afeto. Haja vista que em tempos de discussão do parentesco afetivo, bem como sua prevalência em algumas situações ao parentesco biológico, como no caso da paternidade socioafetiva⁴, a relação de afetividade é imanente⁵ à criação de filhos biológicos ou não.

Quanto à formação do ser e a importância das figuras paterna e materna, o especialista em Direito de Família Rodrigo da Cunha Pereira (*apud* SKAF, 2011) escreveu:

O essencial para a constituição e a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, **o lugar simbólico de pai e de mãe. O importante é que tenha um adulto que possa ser a referência e que simbolize para a criança este lugar de pai e de mãe, que é dado pelas funções exercidas em suas vidas.** (grifos nossos)

As funções paterna ou materna são determinantes e estruturantes dos sujeitos. A criança necessita de um adulto que seja sua referência, conforme exemplifica o renomado autor. Esse adulto pode ser o genitor, o marido da mãe, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legalmente, aquele que fez a adoção, “enfim, aquele que exerce uma função de pai”, que, por sua grande importância, não pode ser apenas um

⁴ Aquela que se constitui na convivência familiar, independentemente da origem genética do filho, também conhecida em muitos casos como adoção à brasileira, baseada na situação de fato de criação e relacionamento paternal com a criança.

⁵ Existe sempre, inseparável.

nome, mas um indivíduo que efetivamente cumpra com as reponsabilidades, mesmo que não assumidas espontaneamente (idem).

Exercer a “função de pai” está ligado a corresponder em todos os sentidos à figura de um genitor na vida do filho, desde os primeiros cuidados, passando por momentos de dificuldades e aprendizado até o amadurecimento, esmero, ter o pai como espelho e, por fim, retribuir todo o afeto e cuidado empregado, não como uma simples devolução, mas sim como resultado de anos de convivência e dedicação, responsáveis pela construção dos laços afetivos familiares.

Tecidas essas considerações, passa-se à análise das divergências jurisprudenciais acerca do tema em estudo.

O afeto nos tribunais – amor tem preço?

A discussão sobre o entendimento dos Tribunais quanto à afetividade e a possível indenização pecuniária deve referenciar inicialmente ao primeiro *leading case* no Brasil (caso Alexandre), no qual prevaleceu a tese da possibilidade jurídica no já extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, TAMG, com o reconhecimento da condenação em reparação civil pelo abandono afetivo.

Com base na consulta eletrônica ao processo (Apelação Cível n. 408.550-7, TJ-MG, 7ª Câmara Cível) e em uma análise progressiva, tem-se que, em 1º de abril de 2004, foi proferida em segunda instância, em caráter de reforma, pelo então Relator Desembargador Unias Silva, a decisão favorável no Caso Alexandre, que serviu de embasamento para decisões e discussões, inclusive em outros Tribunais, sobre o tema. Menor à época, A. B. F. foi abandonado pelo pai, com seis anos de idade, após o nascimento de sua irmã, fruto do novo casamento de seu pai, o qual foi condenado ao pagamento de duzentos salários mínimos por danos morais.

O recurso de apelação foi interposto pelo menor, contra a respeitável sentença na ação ajuizada em face de seu pai, na comarca de Belo Horizonte, que julgara o pedido inicial improcedente, com a alegação de que inexistia onexo causal entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos pelo autor.

Em seu voto, proferido em segunda instância, o desembargador Unias salientou:

A relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade possui fundamento naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de se buscar compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, **acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana**, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que por si só, é profundamente grave. [...]. **Assim depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade humana da pessoa humana.** No caso em comento, vê-se claramente, da cuidadosa análise dos autos que o apelante foi de fato, privado do convívio familiar com seu pai, ora apelado.

[...] Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o **dano sofrido** pelo autor, em relação à sua dignidade, a **conduta ilícita** praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o **nexo causal entre ambos**. (grifos nossos)

Entretanto, em sede de Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça, em 29 de novembro de 2005, reformou o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no sentido de atribuir improcedência ao pedido de pagamento de indenização em caso de abandono moral, sendo o tema o primeiro a chegar ao conhecimento da corte por meio do referido processo (REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma - STJ, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006), conforme notícia veiculada no próprio *site* do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Não cabe indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo. A conclusão, por quatro votos a um, é da **Quarta Turma do STJ, que deu provimento a recurso especial de um pai de Belo Horizonte para modificar a decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que havia reconhecido a responsabilidade**

civil no caso e condenado o pai a ressarcir financeiramente o filho num valor de duzentos salários mínimos. Consta do processo que o filho mantinha contato com o pai até seis anos de idade de maneira regular. (grifos nossos)

De acordo com as razões invocadas pelo Ministro Relator:

O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? **Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos.** (grifos nossos)

Observa-se, no julgamento em tela, certo desrespeito e violação aos direitos da criança a um convívio saudável, assegurado constitucionalmente e não exigido pelo Judiciário ante a justificativa inaceitável de que o pai poderia sentir-se constrangido futuramente.

O Judiciário priorizou um possível desconforto em detrimento de um direito amparado pela Constituição Federal, a convivência familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável e legitimou um agir paternal desvinculado dos preceitos familiares.

Porém, em 2 de maio de 2012, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, com nova composição, atento a um direito de família mais humano e solidário, julgou o “caso Luciane”. A Ministra Nancy Andrighi afirmou e deixou claro que “na hipótese, não se discute o amar – que é uma faculdade – mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos” (REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma - STJ, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Em tal julgado, a Ministra Nancy Andrighi deu um passo de grande importância no sentido de colocar fim à irresponsabilidade parental, ressaltando que:

os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida

levará *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurtem das **omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.** (grifos nossos)

Ainda, alguns trechos da decisão da Ministra relatora Nancy Andriahi merecem ser aqui colacionados:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

Frisou o Ministro Sidnei Beneti, em seu voto, no mesmo julgado, que:

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, exteriorizando-se o **abandono em atos concretos como aquisição de propriedades, por simulação, em nome de outros filhos, falta de carinho, afeto, amor, apoio moral, falta de auxílio em despesas médicas, escolares, vestuário e reconhecimento da paternidade apenas na esfera judicial, após longa resistência do genitor, pois está caracterizada a omissão efetiva do pai.** (grifos nossos)

Verifica-se, por consulta ao Supremo Tribunal Federal, que apesar da interposição de Recurso Extraordinário (RE 567164 ED/MG - STF) não houve julgamento de mérito, em virtude do abandono afetivo ser matéria de ordem infraconstitucional, não havendo manifestação do Pretório Excelso em relação ao tema.

No entanto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça é uma consequência visível da valoração jurídica do afeto e elevação deste a princípio gestor das relações familiares, e pode ser ilustrado na própria

alteração de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que concluiu, inicialmente, pela impossibilidade de pagamento de indenização em favor do filho ante o abandono pelo pai e, posteriormente, demonstrando evolução quanto ao tema, admitiu tal reparação civil, ressaltando que o dano moral estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos. Segundo Tartuce (2012):

Aplicando a ideia do cuidado como valor jurídico, a magistrada deduziu pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: **“amar é faculdade, cuidar é dever”**. (grifos nossos)

Um dos primeiros juristas favoráveis à indenização por abandono afetivo foi o magistrado Mario Romana Maggioni, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, localizada no Rio Grande do Sul, que condenou o pai a pagar, a título de dano moral por abandonar afetivamente sua filha, ainda com poucos meses de vida, uma indenização de duzentos salários mínimos. Ao proferir a sentença, em 16 de setembro de 2003 (Processo nº 141/1030012032-0), o Meritíssimo juiz evocou as seguintes razões de decidir:

[...] aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança [...] a ausência, o des-caso e a rejeição do pai em relação ao filho recém nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

Durante o trâmite processual, o Ministério Público se manifestou no sentido de que não cabia ao Judiciário condenar alguém por falta de afeto, porém, a sentença transitou em julgado sem a propositura de recurso.

Da análise do conceito atual de família é prevalente a ideia

de afetividade. Porém, a convivência familiar constitucionalmente protegida não é aquela forçada apenas para cumprimento de impositivos legais em decorrência de um vínculo biológico, mas sim a constituída por relações afetivas, muito mais ligada a valores morais.

Se a convivência familiar fosse decorrente apenas de uma relação de obrigação poder-se-ia afirmar que seria ineficaz ou até prejudicial para a criança, já que ela não seria uma relação de amor, e de pleno desenvolvimento de todos os entes familiares. Logo, o descumprimento desse dever de convivência familiar não pode ser analisado somente na seara do direito de família, pois sua repercussão é sentida na sociedade.

A indenização por abandono afetivo não deve ser encarada como uma forma de vingança exercida pelo “filho rejeitado” ou “indesejado” e não pode também ter por escopo interesses patrimoniais-individualistas, mas deve, com fulcro em um direito violado ou dever omitido, ser passível de reparação.

A reparação civil na esfera do direito de família deve ser aplicada a medida que violam-se direitos, descumprem-se deveres e princípios inerentes às relações familiares, tendo em vista, além da reparação e dos fins educativos, a valoração jurídica da afetividade, que hoje é, perceptivelmente, um valor inerente à dignidade da pessoa humana, ensejando inclusive a tutela do Judiciário.

Verifica-se que não se trata da imputação de um “dever de amor”, mas da responsabilização civil pelo descumprimento de um dever jurídico, haja vista que não é só com a presença física dos pais que se cumpre, de forma satisfatória, o dever de convivência familiar, exigindo-se a presença moral e afetiva, sendo a omissão um ato lesivo aos direitos da personalidade da criança.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição* - Fundamentos uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

BRASIL, Presidência da República. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

BRASIL, Presidência da República. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 408.550-7, TJ-MG. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/juridico>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2º Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa/RS. Processo Cível nº 141/1030012032-0, de 15.09.2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

DIAS, Maria Barenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Se eu soubesse que ele era meu pai...* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/13>. Acesso em: 4 set. 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências do Direito Civil no século XXI*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/15>. Acesso em: 4 set. 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Eddla Karina Gomes. A precificação do abandono afetivo. *Revista Visão Jurídica*, n. 75, p. 66-75, 2012.

SIMÃO, José Fernando. **De Alexandre a Luciane** - da cumplicidade pelo Abandono ao Abandono punido! Como o STJ fez Justiça e pôs fim a irresponsabilidade parental. Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0612.html. Acesso em: 21 jan 2013.

SKAF, Samira. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afeto paterno-filial*. Acesso em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/pagina/1/tags-51>. Acesso em: 22 jan. 2013.

SOUSA, Hiasminni Albuquerque Alves. *Abandono afetivo: Responsabilidade civil pelo desamor*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/863>. Acesso em: 13 mar. 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____. *O princípio da afetividade no Direito de Família*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859>. Acesso em: 13 mar. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. v. 4. São Paulo: Atlas, 2003.

ASSUNTOS GERAIS

GENERAL AFFAIRS
ASUNTOS GENERALES



Igreja da Matriz Nossa Senhora do Rosário, a mais antiga do estado de Goiás, construída entre 1728 e 1732, em Pirenópolis.

ALGUNS DESAFIOS DAS MULHERES NO CENÁRIO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO DO SÉCULO XXI

SOME CHALLENGES OF WOMEN IN BRAZILIAN
DEMOCRATIC SCENARIO OF THE XXI CENTURY

ALGUNOS DESAFÍOS DE LAS MUJERES EN EL
ESCENARIO DEMOCRÁTICO BRASILEÑO DEL SIGLO XXI

Resumo:

Este estudo tem por objetivo, diante dos novos paradigmas do moderno ambiente político, evidenciar alguns desafios que as mulheres, enquanto segmento social, devem enfrentar para tornar realidade a equivalência e a igualdade entre os gêneros. Os desafios, obviamente, são múltiplos, mas selecionamos alguns que se nos afiguram estruturais e funcionam como alavancas para a conquista de direitos e superação de outros desafios.

Abstract:

This study aims, on the new paradigms of the modern political environment, highlight some challenges that women, while social segment, must face in realizing equity and gender equality. The challenges are obviously multiple, but selected some that we believe to be structural and act as levers for achieving rights and overcoming other challenges.

Resumen:

Este estudio tiene como objetivo, frente a los nuevos paradigmas del entorno político moderno, destacar algunos de los desafíos que las mujeres, mientras un segmento social, deben enfrentar para hacer la equivalencia y la igualdad entre los géneros realidad. Los desafíos, por supuesto, son múltiples, pero seleccionamos unos pocos que parecen ser estructurales y actúan como palancas para el logro de los derechos y la superación de otros desafíos.

* Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Promotor de Justiça do MP-AM.

Palavras-chaves:

Igualdade de gênero, conquistas femininas, desafios, comunidade jurídica, representação política feminina.

Keywords:

Gender equality, female conquests, challenges, legal community, women's political representation.

Palabras clave:

La igualdad de género, los logros de las mujeres, los desafíos, la comunidad jurídica, la representación política de las mujeres.

INTRODUÇÃO

A transformação da sociedade moderna passa necessariamente pelas conquistas alcançadas pelas mulheres, implicando na superação de uma cultura predominantemente patriarcal. A luta e as reivindicações femininas por direitos e garantias contribuíram, em muitos aspectos, para a renovação dos costumes e da sociedade. Claramente, o feminismo radical cedeu espaço à perspectiva em que os estereótipos de gênero ou o domínio sexista não ocupam as cogitações centrais.

Em um mundo movediço, instável e em mudança contínua, a luta feminina para fugir do silêncio e da sombra em que o *status* inferiorizado da mulher a confinou por vários séculos tem sido ferrenha e sujeita a novos impulsos teóricos para fazer frente à mutabilidade constante dos paradigmas. Enquanto em dado momento histórico, a título de exemplo, a família se caracterizava pelo determinismo biológico ou pelas funções religiosas, hoje o princípio da afetividade toma lugar de destaque na constituição do grupo familiar.

Essas rupturas paradigmáticas criam a possibilidade de alterar tanto os modos de pensar quanto as estratégias de racionalidade, fornecendo novos ângulos, novas maneiras de ver o mundo, de ver as coisas e abrindo novos espaços cognitivos. Desses novos modelos emergem novas questões de reflexão e de estudo.

A exclusão das mulheres de certos direitos e garantias tranquilamente gozados pelos homens impõe a conclusão de que a democracia moderna não tem sido capaz de resolver ou superar tais desafios, e isso implica que certos paradigmas democráticos clássicos sejam repensados com o fim de aperfeiçoar sua capacidade de absorver a diversidade de conflitos e de demandas existentes.

Este estudo tem por objetivo, diante desses novos paradigmas (e do relativo esgotamento teórico dos clássicos), evidenciar alguns desafios que as mulheres, enquanto segmento social, devem enfrentar para tornar realidade a equivalência e a igualdade entre os gêneros. Os desafios, obviamente, são múltiplos, mas selecionamos alguns que se nos afiguram estruturais e funcionam como alavancas para a conquista de direitos e a superação de outros desafios.

A OPRESSÃO FEMININA EM NÍVEL GLOBAL E HISTÓRICO

Platão, o insigne filósofo grego, traçou uma história da origem das espécies, em que a mulher é colocada como um produto corrupto e corruptor (apud POPPER, 1998, p. 51). Segundo essa história, o homem, o mais elevado dos animais, é gerado pelos deuses; as outras espécies originam-se dele, por um processo de degeneração e corrupção. Primeiramente, certos homens – os covardes e vis – degeneraram em mulheres. Estas, privadas de sabedoria, degeneraram, passo a passo em animais inferiores.

Ninguém sofre uma opressão tão prolongada ao longo da história como a mulher. Nenhum outro grupo social ou étnico-racial tem sofrido tão feroz exclusão do gozo dos mais básicos direitos e garantias do que as mulheres. Mutiladas em países da África com a supressão do clitóris, censuradas em países islâmicos onde são proibidas de exibir o rosto, subjugadas como escravas e prostitutas em regiões da Ásia, deploradas como filha única por famílias chinesas, são as mulheres que carregam o maior peso da pobreza que atinge, hoje, quatro dos seis bilhões de habitantes da Terra (CHRISTO, 2001).

Em meio a essas injustiças, uma voz lúcida se elevava em prol dos direitos das mulheres. Era John Stuart Mill. Esse filósofo

inglês (MILL, 1958, p. 144) do século XIX dizia, já em sua época, que

não há ninguém hoje em dia que sustente que as mulheres devem conservar-se em servidão pessoal, sem pensamentos, desejos ou ocupações, reduzidas à posição de escravas domésticas dos maridos, dos pais ou dos irmãos. Permite-se às mulheres solteiras, e em breve também se permitirá às casadas, possuir propriedade e ter interesses pecuniários e de negócios, por igual aos homens.

Clitoridotomia

A clitoridotomia ou cirurgia de extração do clitóris é um ritual de passagem ou iniciação praticado na África, no Oriente Médio e no sudeste asiático há dois mil anos. O objetivo é evitar que a mulher tenha prazer sexual. As vítimas em geral são bem jovens – entre uma semana e catorze anos – e os tipos de extirpação variam. Pode ser retirada desde uma parte do clitóris até os pequenos lábios da vagina. As operações são seguidas de muita dor e sangramento. Como são feitas em condições precaríssimas de higiene, com tesouras, facas, navalhas e cacos de vidro, o número de infecções é muito grande e boa parte das mulheres operadas torna-se estéril. A prática, de acordo com estudos existentes, não traz nenhum benefício para o organismo feminino. A Organização Mundial de Saúde estima que entre oitenta e 114 milhões de mulheres já passaram por esse ritual cruel. O número de mortes decorrente é desconhecido, pois as tribos não acreditam que possa matar alguém, o que dificulta a contabilidade. É uma prática ligada aos costumes dos povos, sem relação direta com a religião¹.

Objeto de dispêndio conspícuo (Veblen)

Para Thorstein Veblen, autor do livro *The Theory of the Leisure Class* (“Teoria da Classe Ociosa”), há uma instituição (hábito ou

¹ Dados disponíveis em: <http://super.abril.com.br>. Acesso em: 1º set. 2013.

rotina de conduta) comum entre os homens e típica da economia capitalista: a emulação. Diz respeito ao hábito dos indivíduos de se compararem uns com os outros invejosamente, ou melhor, o desejo das pessoas de serem reconhecidas como melhores que os outros indivíduos. E para isso, a mulher assume um papel importantíssimo (instrumental e servil), ela se torna objeto de dispêndio conspícuo, em que ao ser coberta pelos mais elegantes vestidos, adereços e joias está simplesmente revelando a superioridade econômica do seu marido (companheiro, convivente, pai, etc.) e senhor.

Diz Veblen (1931, p. 181-182) textualmente:

Conspicuous waste and conspicuous leisure are reputable because they are evidence of pecuniary strength; pecuniary strength is reputable or honorific because, in the last analysis, it argues success and superior force [...].

The high heel, the skirt, the impracticable bonnet, the corset, and the general disregard of the wearer's comfort which is an obvious feature of all civilised women's apparel, are só many items of evidence to the effect that in the modern civilised scheme of life the woman is still, in theory, the economic dependen of the man, - that , per haps in a highly idealised sense, she still is the man's chattel. The homely reason for all this conspicuous leisure and attire on the part of women lies in the fact that they are servants to whom, in the differentiation of economic functions, has been delegated the office of putting in evidence their master's ability to pay.²

E o indivíduo (no caso, a mulher) que se submete a esse chamado dispêndio conspícuo não o faz em seu prol, “[...] *but in behalf*

² Tradução livre: “O dispêndio conspícuo e o ócio conspícuo são respeitáveis pelo fato de fornecerem uma prova de força pecuniária; a força pecuniária é respeitável ou honorífica porque, em última análise, atesta o bom êxito e uma força superior [...]. O salto alto, a saia, o chapéu pouco prático, o colete, o geral menosprezo pelo conforto de quem os usa (traço inconfundível no vestuário da mulher civilizada) são outros tantos artigos a provar que, no plano da vida civilizada, a mulher continua, em teoria, economicamente dependente do homem; que embora num sentido altamente idealizado, continua sendo a serva do homem. A rude verdade no tocante a todo esse ócio e atavios por parte das mulheres tem por base o fato de serem elas servas às quais, na diferenciação das funções econômicas, foi delegado o ofício de fazer realçar no seu amo a aptidão para despende”.

of some one else to whom she stands in a relation of economic dependence; a relation which in the last analysis must, in economic theory, reduce itself to a relation of servitude” (p. 181)³.

Foot-binding

Na China, até pouco tempo, era comum o *foot-binding*, a prática de forçar o encurtamento dos pés das meninas para agradar a um fetiche masculino.

Moeda de troca para transmitir poder

A história nos testemunha que a mulher foi por muitos séculos representada como moeda de troca ou como aquela que transmitia poder por meio de instituições de socialização como o casamento, a família ou a linhagem materna, mas não podia exercer direta e pessoalmente (ALMEIDA DE SOUSA; DIAS, 2013). Foi por muito tempo um instrumento passivo nos conchavos, nas alianças e nas estratégias de famílias lideradas por homens com o intuito de ampliar seu campo de influência e de poder.

Exclusão da cidadania

Na antiguidade clássica e até muito recentemente, as mulheres eram excluídas da cidadania, preenchendo uma categoria odiosa de pré-cidadãs ou cidadãs incompletas dentro de um conceito de cidadania restritiva. Na antiga Grécia, as mulheres, juntamente com os metecos (estrangeiros) e os escravos, não se incluíam no raio de abrangência da cidadania. Como a cidadania continua sendo

³ Tradução livre: “...mas o faz no interesse de alguém com quem está em relação de dependência econômica; uma relação que, em última análise, deve reduzir-se (em teoria econômica) a uma relação de servidão”.

um parâmetro invariável da democracia, a exclusão feminina recente de seu raio significa que a democracia ainda não foi plenamente conquistada. E significa mais: enquanto à mulher for negado certos direitos naturalmente gozados pelos homens não teremos um verdadeiro ambiente democrático.

Na Suíça, país com reconhecida democracia sólida, o sufrágio universal foi estabelecido legalmente para os homens em 1848, muito antes que qualquer outro país o fizesse, mas o sufrágio nas eleições nacionais só foi garantido para as mulheres em 1971 (DAHL, 2012, p. 371-372).

“*Jus primae noctis*” (direito de pernada)

O direito de pernada (ou “*jus primae noctis*”, em latim) consistia no direito atribuído aos senhores feudais, no âmbito de seus domínios, de deflorar uma noiva em sua noite de núpcias. No período colonial brasileiro, a prática também era bastante comum entre latifundiários/senhores de engenho e escravas.

Outros exemplos históricos

Em Roma, o casamento era indissolúvel, salvo se a mulher fosse estéril. Entre os hindus, se o homem fosse estéril, um irmão ou parente do marido devia substituí-lo e a mulher era obrigada a entregar-se a esse homem. A criança nascida dessa ligação era considerada filha do marido e continuadora do seu culto (COULANGES, 1995, p. 55). Tais regras também são encontradas nas leis de Atenas e nas de Esparta.

As legislações antigas prescreviam o casamento da viúva, quando esta não tivesse tido filhos do marido, com o mais próximo parente de seu marido. O filho nascido deste segundo casamento era considerado filho do defunto. Era a Lei do Levirato, entre os antigos hebreus.

O nascimento da filha não satisfazia ao fim do casamento. Isso porque a filha não podia continuar com o culto familiar, pois no dia em que se casasse renunciaria à família e ao culto de seu pai,

passando a pertencer à família e à religião do marido. Era, portanto, sempre o filho quem se esperava, quem era necessário; era o filho por quem a família, os antepassados e o lar reclamavam. Entre os gregos antigos, o filho era denominado como “salvador do lar paterno”.

Coulanges (1995, p. 76-90) revela a extravagância e a injustiça das leis antigas quando, no direito romano, a filha, ao casar-se, não herda do pai, e, no direito grego, a mesma filha em caso algum herda. Em Roma, a mulher recebe o título de *mater familias*, mas perde-o quando seu marido morre. Não tendo lar que lhe pertença, nada possui que lhe dê autoridade na casa. Nunca manda, não é livre, nem senhora de si própria, *sui juris*. Está sempre junto ao lar de outrem, repetindo a oração deste; para todos os atos da vida religiosa a mulher precisa de um chefe, e para todos os atos de sua vida civil necessita de tutor.

A mulher antiga, quando jovem, dependia de seu pai; na mocidade, de seu marido; se o marido morria, passava a depender de seus filhos; se não tivesse filhos, dos parentes próximos de seu marido. Nunca a mulher podia autogovernar-se. O marido tinha tanta autoridade sobre a esposa que, antes de morrer, poderia escolher um tutor para ela ou um segundo marido, e ainda podia aliená-la ou vendê-la (idem, p. 322). Também não podia ser tutora, nem mesmo de seus filhos.

Em relação aos bens, o dote da mulher pertencia, sem reservas, ao marido, que exercia sobre ele não só os direitos de administrador, mas de proprietário. Tudo que fosse adquirido pela mulher ao longo do casamento pertencia ao marido. Ao ficar viúva, sequer reavia seu dote. Dado que a mulher não podia possuir coisa alguma e estava submetida à vontade e ao poder masculino (do pai, do marido ou do filho), em Roma não podia aparecer em justiça, fosse na condição de demandista, defensora, acusadora, acusada ou testemunha. Se a justiça pública não existia para a mulher, era porque se encontrava em casa na pessoa do pai ou do marido. Como diz Coulanges (1995, p. 96), o juiz era o chefe de família, sentenciando em tribunal por virtude de sua autoridade marital ou paternal, em nome da família e sob a proteção das divindades domésticas. Essa jurisdição familiar e masculinista era completa e não havia apelação. Podia condenar à morte a mulher ou a filha, e nenhuma autoridade tinha o direito de alterar as sentenças privadas.

O Senado romano, querendo acabar com as Bacanais⁴, decretou a pena de morte contra quantos nelas tomassem parte. O decreto teve fácil execução no que se refere aos cidadãos. Mas quanto às mulheres, que não eram as menos culpadas, logo surgiu grave dificuldade: elas não podiam comparecer perante a justiça do Estado, pois só a família tinha o direito de julgá-las. O Senado respeitou este velho princípio e deixou aos maridos e aos pais o encargo de pronunciarem contra as mulheres a sentença de morte.

DOMINAÇÃO DE GÊNERO

Algumas teorias surgiram com o fim de justificar o domínio de um gênero sobre o outro, ora do homem sobre a mulher, ora da mulher sobre o homem. Todas, todavia, se revelaram incapazes de oferecer todas as respostas, isso porque a sociedade ideal não será alcançada com o predomínio de um gênero sobre o outro, mas com a parceria de ambos na consecução dos objetivos mais caros à humanidade.

Friedrich Engels acreditava que a função reprodutora da espécie, que cabe à mulher ao dar à luz, favoreceu sua subordinação ao homem (ALMEIDA SOUSA e DIAS, 2013, p. 144-145). De modo que a mulher foi sendo considerada mais frágil e incapaz para assumir a direção e a chefia do grupo familiar, exatamente em virtude do seu período de recuperação pós-gravidez e amamentação. Assim, o homem, figura associada à ideia de autoridade devido à força física e ao poder de mando, assumiu o papel autoritário na sociedade, enquanto a mulher foi oprimida.

Engels ainda acreditava que a mulher só se emanciparia quando retornasse ao trabalho produtivo social, condição esta que seria alcançada com a grande indústria moderna, que permitiria o trabalho feminino. Todavia, as reflexões de Engels passaram a ser questionadas por ele não contemplar outros tipos de modo de produção, tomando modelo de desenvolvimento dos países europeus como universalmente válido (eurocentrismo). E as outras mulheres

⁴ Festas licenciosas em homenagem a Baco.

pertencentes a outras culturas e a outros modos de produção, continuariam submissas ao homem? Sua teoria eurocêntrica, *idola tribus*, não apresenta respostas para esse problema de caráter universal.

Outro que apresentou uma teoria para a questão foi o antropólogo Claude Lévi-Strauss. Para ele, a dominação do homem sobre a mulher teria acontecido naturalmente, desde os primórdios da espécie, paralelamente ao processo de aquisição da cultura, quando houve a passagem da natureza à cultura, mediante a normatização da vida sexual, ou seja, o homem, não podendo casar-se com sua mãe ou irmã (proibição do incesto), ainda nas sociedades primitivas, passaria a estabelecer alianças com outros homens, de outros grupos, e, desse modo, ele obteria mãe e irmãs por meio de troca das suas. Portanto, as mulheres teriam sido transformadas em objetos de troca, mas Lévi-Strauss não explica o fato de as mulheres terem sido trocadas, e não os homens e, também, desconsidera que os primeiros grupos de seres humanos eram matrilocais, com descendências matrilineares e não patriarcais.

DISTANCIAMENTO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO NA CONQUISTA DE DIREITOS

As diferenças de gênero resultam mais de construções sociais e culturais do que propriamente de um determinismo biológico, de uma disseminada cultura da inferioridade biológica da mulher. A mulher, por séculos e séculos, foi considerada e tratada como pré-cidadã ou cidadã de categoria inferior, não pelo simples fato biológico de ser mulher, mas em virtude de toda uma construção ideológica que usou a condição feminina para engendrar inúmeras teorias legitimadoras do domínio masculino.

A perspectiva sexista serviu para dar o grito de alerta em torno de uma injustiça milenar em relação ao gênero feminino. Contudo, alcançado o objetivo de chamar a atenção para o problema e obtidas vitórias fundamentais, os movimentos feministas (ou sexistas) perdem-se ou caem como frutos maduros, por cumprir uma missão

que requeria o radicalismo das causas desesperadas. Não há mais uma causa feminista ou masculinista, na medida em que se reconhecem em todas as sociedades evoluídas e nas Constituições democráticas direitos e deveres iguais entre os gêneros. Não se discute mais o predomínio de um sexo ou de outro, mas a parceria entre ambos para alcançar o ideal, sempre renovado, do progresso humano. Homem e mulher existem apenas no plano biológico, por suas características psicossomáticas; no plano social, político e cultural, os sexos se fundem em um único ser hermafrodita: o ser humano - cooperativo e parceiro.

As relações desiguais de poder em que estiveram (e ainda estão) implicados homens e mulheres fogem às marcas de gênero para se situarem no plano da violação dos direitos fundamentais mais básicos. Esse cenário injusto não pode ser entendido, atualmente, pela exclusiva condição de mulher, colocando-a em um contexto mais amplo de exclusão. É óbvio que o pano de fundo da questão ainda é, assumidamente, de gênero, mas sua solução ocorre dentro dos mecanismos do Estado Democrático de Direito, que reconhece a igualdade de gênero. Portanto, todas as conquistas são alcançadas a partir dessa premissa: homem e mulher se equivalem em direitos e obrigações.

Sobre o tema, o literato português Ramalho Ortigão apresenta uma opinião que, se não tem a precisão científica, eleva-se pela razoabilidade. Diz ele (1888, p. 29):

A questão de desigualdade dos dois sexos foi julgada com lucidez inexecedível por Proudhon e por Auguste Comte. A mulher não é igual, nem inferior, nem superior ao homem; é-lhe equivalente. A fórmula proudhoniana é a seguinte: - o homem tem 8 em força e 2 em beleza; a mulher tem 8 em beleza e 2 em força. De sorte que o homem vale 8 mais 2; a mulher vale 2 mais 8.

Essa equivalência entre os gêneros responde pela igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, prevista na Constituição Federal.

Houve uma sensível mudança nas estratégias relacionadas à adoção de um discurso de direitos fundamentais, em vez da estratégia primitiva, de enfrentamento e de maior confronto, que apontava

os homens como o “outro” opressor. Embora ainda se trate de uma política de poder e desigualdade de gênero, a tática agora atua mais na busca de coalizões e alianças, facilitada pela criativa e inovadora reelaboração do discurso dos direitos fundamentais (e humanos), e usando o manto protetor das instituições jurídicas e políticas de um Estado de Direito Democrático.

Peguemos como exemplo a frágil presença de mulheres no Congresso Nacional. À primeira vista, parece desprovido de sentido eleger mulheres que não tenham compromisso com a causa feminista. Todavia, argumenta Pinto (2001, p. 107), se homens de todos os matizes ideológicos, de todas as posições sobre os mais diversos temas, podem ter assento no Legislativo, por que só as “mulheres conscientes (ou engajadas na luta feminista) mereceriam esse privilégio? Isso confirma que a representação política das mulheres está longe da luta de gênero. O simples fato do fortalecimento da presença feminina no Legislativo revela um aumento da participação política da mulher (votando e elegendo mulheres).

Das deputadas, senadoras, governadoras, prefeitas e vereadoras, raras são as mulheres que entraram na vida pública através de uma militância feminista.

DIFICULDADES E DESAFIOS DAS MULHERES

No mundo jurídico

As mulheres ainda são minoria nas esferas mais importantes da comunidade jurídica. Elas ainda são minoria nos Tribunais Superiores e encontram dificuldades para ascender em instituições como Judiciário e Ministério Público, sem falar que são alvo de um hábito insidioso e ainda comum na Administração Pública: o assédio sexual e moral.

Para muitas mulheres, o sucesso em um mundo que ainda é masculino depende do reconhecimento de sua capacidade por homens que ocupam o poder e se tornam seus mentores (SIMON, 2009, p. 189). Uma boa recomendação, boas notas, um telefonema

para alguém importante podem ser vistos como fatores essenciais para o progresso funcional na Administração Pública. A necessidade de obter essas referências pode ser explorada em troca de favores sexuais (e na verdade, muitas vezes, o é).

Alguns pregam o avanço das políticas afirmativas para se chegar a processos de inclusão das mulheres no mundo jurídico, única e exclusivamente por seu mérito. A ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, ouvida em audiência pública na Câmara dos Deputados sobre o tema “A exclusão das mulheres nos espaços de poder” (2009), destacou a via crucis que, ainda hoje, as mulheres percorrem para ascender aos degraus superiores da carreira da magistratura e propôs que, em nome da igualdade de gênero, as atuais treze vagas ocupadas por mulheres nos tribunais superiores sejam consideradas vagas históricas e, portanto, continuem sendo preenchidas, diante da vacância, sempre por mulheres.

A ideia da Ministra Nancy Andrighi se revela insuficiente e tende a fossilizar, em um número mínimo, a presença feminina nas Cortes Superiores. O ideal é que se atinja um equilíbrio: não menos de 40% e não mais do que 60% das vagas ocupadas por um mesmo gênero. Isso evitaria que a presença feminina virasse algo como uma “reserva de mercado”, carregando a política afirmativa com um tom odioso e antipático. Por outro lado, o nomeante (no caso, o presidente da República) teria uma margem maior de liberdade para selecionar o melhor nome.

As ações afirmativas e as cotas já são comuns para as instâncias parlamentares, por que não estendê-las às instâncias judiciárias superiores, dado o caráter marcadamente político das indicações e nomeações? Não vemos argumento de peso que consiga ser oposto a essa ideia.

Desigualdade salarial

As mulheres brasileiras representam 45,4% da população ocupada, de acordo com pesquisa do IBGE feita em 2011, mas ainda sofrem com desvantagens como a desigualdade salarial. O aumento deste índice nem sempre se reflete em igualdade salarial.

Em média, as mulheres recebem 70% das remunerações destinadas aos homens, mesmo no desempenho das mesmas funções e cumprindo carga horária semelhante. O salário médio do trabalhador homem é de R\$ 1.962,97, enquanto as mulheres têm remuneração de R\$ 1.561,12.

No caso das mulheres negras, essa diferença é ainda mais acentuada. Ainda que as mulheres tenham esgrimido um conjunto muito maior de estratégias, estudado mais, sua situação na perspectiva de gênero ainda está fragilizada. O grande desafio é para que mulheres e homens possam ter salários compatíveis com aquilo que fazem e que elas não sejam discriminadas apenas pelo fato de ser mulher.

No quadro a seguir apresentamos o salário médio masculino e feminino por nível de ensino (BRASIL 2011):

	Homem	Mulher
Analfabeto	R\$ 838,52	R\$ 698,23
fundamental completo	R\$ 1.273,88	R\$ 881,36
Médio completo	R\$ 1.637,91	R\$ 1.145,81
Superior completo	R\$ 5.572,28	R\$ 3.357,34
Mestrado	R\$ 6.445,35	R\$ 4.399,48
Doutorado	R\$ 8.984,57	R\$ 7.178,54

Por esses dados, vê-se que a desigualdade salarial é predominantemente uma questão de gênero, e não apenas de diferença educacional. Mesmo detendo a mesma qualificação ou titulação do homem (mestrado, doutorado etc.), a mulher sempre recebe menos.

Quando se sabe que a proporção de mulheres chefes de família subiu de 27% em 2001 para 36% em 2012, a desigualdade salarial de gênero além da injustiça ínsita, implica numa redução de

renda indispensável para prover o sustento digno da família monoparental. Outro fato curioso, e que ajuda a aumentar o fosso das remunerações entre os gêneros, é a frequência maior com que os homens recebem aumento salarial em prejuízo das mulheres. Enquanto o homem recebe um reajuste salarial pelo potencial que apresenta, a mulher precisa provar que merece, efetivamente, receber um aumento.

Encarceramento feminino

O número total de presos em penitenciárias e delegacias brasileiras subiu de 514.582 em dezembro de 2011 para 549.577 em julho de 2012. Em 1992, o Brasil tinha um total de 114.377 presos, o equivalente a 74 presos por 100 mil habitantes. Em julho de 2012, essa proporção chegou a 288 presos por 100 mil habitantes. No período, houve um aumento de 380,5% no número total de presos e de 289,2% na proporção por 100 mil habitantes, enquanto a população total do país cresceu 28%.

O Brasil é hoje um dos países com a maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos e a China. O aumento alarmante da massa carcerária no país, a partir da década de 90 do século passado, é um efeito claro da política neoliberal centrada no Estado Mínimo em relação às políticas sociais e pelo Estado Penal Máximo. Pode-se dizer que o Brasil é uma das principais “democracias penais” do mundo, dada a contradição entre a democracia formal e a política sistemática de encarceramento de grupos marginalizados.

De acordo com levantamento feito pelo Departamento Penitenciário Nacional, em 2008, a população carcerária feminina já se apresentava superior à marca de 27 mil presas. Atualmente, 7% de todos os presos no Brasil são mulheres, o que corresponde a algo em torno de 36 mil detentas.

Há dois fatores importantes para o aumento da população carcerária feminina:

1- o crescimento da participação da mulher em diversas atividades, inclusive na criminalidade. E isso pelo simples fato de que

uma maior inserção social implica na assunção de riscos, pois, como diz Horkheimer (1974, p. 165), não existem zonas de segurança nas vias de trânsito social;

2- o repasse de atividades criminosas à mulher, por cônjuges, namorados, pais ou irmãos, quando eles mesmos são presos. A maioria das detenções estão relacionadas ao tráfico de drogas.

Verifica-se no Brasil, na esteira do Estado-penal máximo, um crescente incremento das taxas de encarceramento feminino, impondo uma análise de suas particularidades e minúcias com o fim de alavancar políticas públicas. Casos como o da adolescente no Estado do Pará⁵, encarcerada em uma delegacia de polícia entre homens, violentada e abusada, alimentam cada vez mais o noticiário da mídia.

Na maioria dos estabelecimentos penais do país não há qualquer forma de tratamento voltado para a ressocialização das presas, nem creche e berçário para os seus filhos. A Lei de Execução Penal prevê, no artigo 83, § 2º, que os “estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos”.

A realidade, porém, apresenta uma situação bem diversa da prevista em lei, pois apenas 19,61% dos estabelecimentos penais femininos possuem berçários ou estruturas separadas das galerias prisionais equivalentes, e apenas 16,13% dos estabelecimentos penais do país têm creches ou estruturas equivalentes.

Como os estabelecimentos penais não possuem berçários

⁵ Em 21 de outubro de 2007, a menor L. A. B. foi presa em Abaetetuba, no Pará, sob a acusação de tentar furtar um telefone celular. Tinha quinze anos, menos de quarenta quilos e um metro e meio de altura. Levada para a delegacia da cidade de 130 mil habitantes, a quase cem quilômetros de Belém, passou os 26 dias seguintes em uma cela ocupada por mais de vinte homens. Durante todo o tempo, o bando de machos serviu-se à vontade da única fêmea disponível. Estuprada incontáveis vezes, teve cigarros apagados em seu corpo e as plantas dos pés queimadas enquanto procurava dormir. Alguns detentos, aflitos com as cenas repulsivas, apelaram aos carcereiros para que interrompessem o calvário. Os policiais preferiram cortar o cabelo da adolescente com uma faca para camuflar a aparência feminina. A rotina de cinco ou seis relações sexuais diárias foi suspensa apenas nos três domingos reservados a visitas conjugais. O tormento só acabou com a intervenção do conselho tutelar, alertado por uma denúncia anônima (Veja, *Os algozes da menina estuprada na cadeia do Pará estão livres. Ela desapareceu*, 30.07.2013).

ou creches adequadas, tende-se a improvisar a utilização de espaços para abrigar os filhos das presas, e, na maioria das vezes, esses espaços restringem-se à própria cela. A realidade muda de uma unidade federativa para outra, mas, em regra, os estabelecimentos penais permitem a permanência de crianças por quatro meses até nove anos.

O encarceramento feminino, por conta das deficiências dos estabelecimentos penais e da clara desobediência aos mandamentos legais, gera outro grave problema: a permanência de crianças em ambiente carcerário.

Como é costume no cenário jurídico brasileiro, o descumprimento escancarado da lei pelo Estado (obrigação de construir berçários e creches nas unidades prisionais femininas) leva esse mesmo Estado a recorrer ao “jeitinho” brasileiro, encontrando artifícios para encobrir a realidade dantesca. No caso, a Lei n. 12.403, de 2011, que autoriza o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência” ou “gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco”. O legislador, ciente da indiferença frente ao comando da LEP, lança mão de um artifício legal que nada contribui para a correta aplicação da lei penal e do adequado tratamento à mulher encarcerada.

Outro ponto importante no encarceramento feminino é a assistência à saúde. Salta aos olhos que as mulheres precisam de um atendimento médico diferenciado, e por isso necessitam de uma estrutura médica diferenciada, mas isso não ocorre na maioria dos estabelecimentos penais do país. De acordo com o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, em 2008 existiam apenas 23,53% equipes médicas qualificadas nos estabelecimentos do país.

Ainda de acordo com o Diagnóstico Nacional sobre Mulheres Encarceradas, elaborado em 2008 pelo Departamento Penitenciário Nacional, todos os estabelecimentos informaram que realizam acompanhamento pré-natal às presas gestantes por meio do SUS. 92,16% realizam regularmente exames preventivos de Papanicolau e 88,24% de câncer de mama. É interessante observar que o próprio relatório oficial do governo traz a seguinte observação: “Vale lembrar que somente uma inspeção *in loco* poderia aferir quanto à realidade destas informações”.

O relatório informa, ainda, que 90,20% dos estabelecimentos possuem assistentes sociais e 64,71% prestam algum tipo de assistência jurídica às detentas, embora não de maneira satisfatória.

Um fato curioso no encarceramento feminino refere-se ao afastamento dos familiares e, principalmente, dos companheiros após a prisão. Em regra, o homem, quando encarcerado, recebe a visita da mulher até a sua saída; já quando as mulheres são presas, os companheiros, em regra, afastam-se e as abandonam. No relatório, 62,06% das presas não recebem nenhum tipo de visita. Em 70,59% dos estabelecimentos penais existe permissão para visita íntima, mas apenas 9,68% das presas recebem este tipo de visitação. Tal realidade difere drasticamente do que acontece nos estabelecimentos penais para homens.

Representação e participação política das mulheres

Há duas formas de abordar a inserção da mulher no espaço público e político. Uma é por meio da participação efetiva das mulheres nas esferas estritas da política, tanto no campo eleitoral quanto na ocupação de cargos políticos de primeiro escalão dos governos federal, estaduais e municipais; outra é por formas alternativas de participação política (ou participação política extrarrepresentação) que proporcionaram (e proporcionam) conquistas expressivas (como o direito ao voto, a Lei do Divórcio, a Lei Maria da Penha, etc.).

A participação política é tão importante quanto à representação política feminina (daí estabelecer-se, não raro, uma dialética entre os dois polos), pois por ela novas demandas e novas identidades grupistas são moldadas, extrapolando o raio programático dos partidos políticos e processos eleitorais. Essas variáveis inseridas (demandas, *inputs*, etc.) criam importantes canais de pressão frente ao aparato estatal, muitas vezes se tornando determinantes para a tomada de decisões importantes de políticas públicas (exemplo disso é a Lei Maria da Penha).

No Brasil, há um déficit de representação feminina em várias instâncias de poder (seja tomando como referência os legislativos estadual, federal ou municipal ou os cargos executivos em todos os níveis), vez que as mulheres representam a maioria da população

(elas já são 101,7 milhões contra 99,3 milhões de homens) e do eleitorado. É necessário atentar, como diz Arend Lijphart (2008, p. 316), que a “minoria” das mulheres é uma minoria mais política do que quantitativa. E isso faz de nosso sistema político, em vez de uma democracia no sentido estrito da palavra, uma aristocracia de homens.

Na democracia moderna, nos diz Leibholz (1964, p. 114-115), todo cidadão, sem prejuízo da diversidade social de valores que pode concorrer em um membro isolado da coletividade estatal, tem absolutamente idêntica consideração no processo da formação da vontade coletiva. E o elemento de ação política pela mulher é tão indispensável quanto os mecanismos concedidos pela lei. É dogma da teoria política que o indivíduo só pode chegar à sua liberdade política por suas próprias ações (sobrepondo-se à alienação do poder político). Um sistema político pode dar-lhe a liberdade, mas, de igual modo e com a mesma facilidade, tirá-la. As circunstâncias jurídicas, sociais e políticas podem oferecer magníficas oportunidades para a liberdade e a participação políticas, que não serão aproveitadas se não agirmos ou se o fizermos de maneira imprópria (elemento ativista).

A lei eleitoral (Lei n. 9.504/1997) fixou o percentual de 30% de mulheres nas listas partidárias. Apesar desse marco normativo, os partidos políticos encontram dificuldades em atrair as mulheres para seus quadros. Estudos revelam, entretanto, que o fenômeno não decorre da carência de mulheres aptas a concorrer, mas principalmente pela forma como os partidos são organizados e estruturados: controlados por homens que não abrem espaços para as mulheres organizarem suas campanhas.

Essa nova realidade, consubstanciada na maior participação das mulheres e na proteção da lei (com as cotas), ao dar a oportunidade aos grupos sociais excluídos para se expressarem, depara-se com um arquétipo partidário indiferente ou contrário ao cenário, vez que centrado no modelo masculinista. As cotas, então, passam a ser mero arranjo eleitoral. Além disso, dado o alto custo da política democrática, os partidos são transformados em máquinas rigidamente burocráticas que tendem a excluir os novatos do mercado político.

Por outro lado, os partidos, em vez de cumprir a lei e se render às novas exigências sociais, cuidam de driblá-la, completando suas listas com “candidatas laranjas” (ou falsas candidatas), que não fazem campanha e estão ali apenas para dar aparência de legalidade.

A existência da lei não mudou substancialmente a participação das mulheres, mas provocou movimentos no sentido de trazer as mulheres para os partidos e instrumentalizá-las para a vida política (PINTO, 2001, p. 102): são muitos os diretórios partidários em todo o Brasil que promovem cursos para mulheres candidatas a cargos eletivos.

Historicamente, o espaço público sempre foi restrito aos homens, assim como o ambiente doméstico era destinado às mulheres. Este foi o modo de organização social adotado no Brasil. O gerenciamento da esfera pública continua a ser, predominantemente, uma atribuição masculina, enquanto persistem os resquícios de uma educação tendente a manter a mulher ignorante em assuntos políticos, econômicos e sociais, enclausurada na esfera privada. Essa cultura, ainda predominante na sociedade brasileira e apoiada por algumas instituições conservadoras, transmite ao gênero feminino um silenciamento em todas as esferas sociais e ainda alavanca uma antiquada lógica patriarcal, imobilizando as mulheres em uma cruel estereotipia negativa que atravessa os séculos.

Apesar da nova posição sólida ocupada pela mulher no mercado de trabalho, na vida político-partidária a ausência feminina é inversamente proporcional. É óbvio que não estamos falando de uma equivalência entre a maciça inserção no mercado de trabalho (nas mais diversas profissões e ocupações) e a entrada na arena política, mas destacando a grande distância entre os dois polos. Esse espaço abissal se reflete na qualidade da democracia que temos, pois quanto maior for a presença de novos sujeitos/atores nos espaços de representação maior será o alargamento da democracia.

Uma causa estrutural que explica essa ausência feminina na arena pública é a rígida divisão entre o público e o privado, estabelecida pelo pacto democrático liberal, no qual o público é o lugar da cidadania e da política e o privado da família e das relações entre os gêneros (PINTO, 2001, p. 101). O público se constituiu como um espaço masculino por excelência enquanto o privado – o espaço da casa – seria o espaço da mulher.

Essa ideia do liberalismo clássico foi desenvolvida por Benjamin Constant. Os antigos manifestavam sua liberdade em uma participação política constante e direta, debatendo sobre todos os negócios públicos, sendo diretamente o legislador e o julgador, e influyendo no rumo dos assuntos afetos à vida coletiva. Somente por

meio da ação política podia o cidadão atingir a sua plenitude; somente pela política podia ele se tornar um homem (NEUMANN, 1969, p. 14). O espaço público, portanto, era o âmbito de liberdade política dos antigos, no qual a democracia deitou raízes.

A participação direta nos negócios públicos, em todos os seus aspectos, necessariamente acarreta um custo demasiado alto para a vida privada dos cidadãos, mas isso não representava grande sacrifício para os antigos, pois para eles a vida privada praticamente se confundia com a vida pública, sendo uma extensão desta⁶. Não havia distinção alguma entre Estado e sociedade, economia e política, moral e política, religião e política, cultura e política (NEUMANN, 1969, p. 14). Para o homem moderno, o sacrifício de sua vida privada, de seus interesses particulares, seria impensável e a última coisa que faria. É na esfera do privado que ele se realiza e se consolida como pessoa, e, portanto, onde busca a sua liberdade. É neste âmbito particular, pessoal, que o cidadão moderno busca e garante a sua liberdade política, o seu bem-estar.

Os progressos técnicos da civilização, o intenso tráfego comercial, a facilidade de comunicação entre os povos, tudo contribuía para o bem-estar das pessoas e para a supervalorização do âmbito pessoal da vida. O mundo burguês de então passou a ser os negócios, seu trabalho e seus interesses particulares, e é nesse recanto privado e particular que prosperam seus sonhos e objetivos de prosperidade, que a liberdade passa a ter basicamente sua sede, não mais na participação constante, direta e absorvente nos assuntos públicos. Isto abre passagem, como consequência lógica, para o princípio da representação política como forma de uma minoria (masculina) zelar pelos interesses de uma maioria ocupada com seus próprios assuntos e interesses pessoais. É o epicurismo político em que o *homo politicus* pode se retirar e “ir cultivar o seu jardim ou o seu espírito” (NEUMANN, 1969, p. 205; LASKI, 1932, p. 6).

⁶ Tanto isso é verdade que a pior acusação que se poderia fazer a um ateniense era a de que ele evitava a cidade, ou seja, não participava da vida de todos – Montanelli, 1968, p. 45. Diz Lord Acton, que o cidadão antigo era para a comunidade o que o escravo era para o seu senhor. As obrigações mais sagradas se desvaneciam perante a conveniência pública (1907, p. 14). Cfr. Também Théry, s/d, p. 113; Horkheimer, 1974, p. 139; Dahl, 2012, p. 20.

B. Constant alarga o fosso, já aberto por Maquiavel (na obra *O príncipe*), entre política e sociedade. O abstencionismo do Estado liberal, adicionado à liberdade liberal (ou liberdade de *status negativus* = indivíduo face ao Estado), faz com que a política seja ambientada fora da sociedade econômica e com o claro propósito de a proteger. A política começa e se esgota no Estado. O *homo oeconomicus* mantém uma relação inversa com a política: mais dedicação aos negócios privados, menos tempo para os negócios públicos (ver BADIA, 1999, p. 23)⁷.

Uma causa de ordem prática fornece elementos para compreender parte da inércia feminina em assumir sua verdadeira posição no espaço público. Trata-se da posição que a mulher ainda ocupa na organização da vida familiar (PINTO, 2001, p. 103). A responsabilidade pela organização do cotidiano familiar ainda está com a mulher. Nas relações entre mulher e marido/filhos, eleva-se como encargo feminino o “auxílio”, a “ajuda” e a “condução”. Se a entrada da mulher no mercado de trabalho acarretou mudanças profundas em sua posição na família e, por vezes, reestruturou afazeres, nas exigências da política sua posição ainda se encontra em uma “zona nebulosa”. Em um país com as dimensões do Brasil, a entrada da mulher na política, com exceção da política municipal, acarreta um afastamento por longos períodos do núcleo familiar, que perde, em tese, seu principal arrimo moral, e a própria mulher sente-se culpada por isso.

Outra variável importante na frágil representação feminina é a organização partidária masculinista. Os partidos políticos são organizados de tal forma que os homens engendram o teor programático e detêm a liderança nos rumos políticos da legenda. Quando uma mulher adentra a arena política e ocupa um cargo eletivo, por vezes isso ocorre pela popularidade do marido ou por um arranjo eleitoral para superar algum impedimento de um cacique local. Vejamos os dados do quadro a seguir:

⁷ Inclusive, na concepção de Miquel Caminal, essa separação drástica entre sociedade civil e Estado, firmada pelo pensamento liberal, retardou o nascimento da Ciência Política Moderna.

	1973-76	1977-82	1983-88	1989-92	1993-96	1997-2000
Brasil	58	58	83	107	171	304
Norte	4	--	6	8	19	30
Nordeste	44	52	51	74	92	153
Sudeste	7	1	20	17	38	64
Sul	0	2	4	5	11	30
Centro-Oeste	3	3	2	3	11	27

PREFEITAS ELEITAS NO BRASIL POR PERÍODO DE GESTÃO NAS GRANDES REGIÕES (Fonte: Participação feminina na Construção da Democracia – RJ, Ibam, 2000, p. 31)

Verifica-se uma concentração de prefeitas na região Nordeste do país. Não existem estudos que ajudem a compreender o fenômeno, principalmente tendo em vista que se trata da região politicamente mais conservadora do Brasil. Tudo indica que essas mulheres não estejam engajadas em lutas feministas, mas pertençam a famílias políticas tradicionais e estejam substituindo pais, maridos ou irmãos no comando caudilhesco das cidades. Também é possível, e normalmente se verifica na prática, da mulher que foi primeira-dama em seu município e se elege por uma situação duplamente tradicional na política brasileira: pela popularidade do marido e por sua atuação na área da assistência social (PINTO, 2001, p. 107).

CONCLUSÃO

Diante da análise desenvolvida ao longo do estudo algumas conclusões naturalmente se impõem:

I- Ninguém sofre uma opressão tão prolongada ao longo da história como a mulher. Nenhum outro grupo social ou étnico-racial tem sofrido tão feroz exclusão do gozo dos mais básicos direitos e garantias do que as mulheres;

II- As diferenças de gênero resultam mais de construções sociais e culturais do que propriamente de um determinismo biológico, de uma disseminada cultura da inferioridade biológica da mulher. Homem e mulher existem apenas no plano biológico, por suas características psicossomáticas; no plano social, político e cultural, os sexos se fundem em um único ser hermafrodita: o ser humano - cooperativo e parceiro;

III- As mulheres ainda são minoria nas esferas mais importantes da comunidade jurídica, como nos Tribunais Superiores. As ações afirmativas e as cotas já são comuns para as instâncias parlamentares, por que não estendê-las para as instâncias judiciárias superiores, dado o caráter marcadamente político das indicações e nomeações? Não vemos argumento de peso que consiga ser oposto a essa ideia;

IV- O encarceramento feminino vem aumentando significativamente no Brasil em virtude de uma maximização do Estado penal, maior participação da mulher na vida social (e, portanto, na criminalidade) e substituição de parentes presos na condução da atividade criminosa. A inexistência das creches/berçários nas unidades prisionais femininas e a falta de uma assistência à saúde diferenciada são deficiências flagrantes do encarceramento feminino;

V- Em relação à desigualdade salarial, o grande desafio é tornar os salários compatíveis com aquilo que homem e mulher fazem e que a trabalhadora não seja discriminada apenas pelo fato de ser mulher;

VI- As causas da frágil representação política feminina podem ser resumidas em três: divisão liberal-democrática entre público/privado, posição feminina na organização familiar e organização partidária masculinista.

REFERÊNCIAS

ACTON, Lord. *History of freedom and other essays*. Londres: Mac-Millan, 1907.

ALMEIDA SOUSA, Dignamara Pereira; DIAS, Daise Lilian Fonseca. Quando a mulher começou a falar: literatura e crítica feminista na Inglaterra e no Brasil. *Revista Gênero na Amazônia*, Belém, n. 3, p. 144-168, jan-jun 2013.

BADIA, Miquel Caminal. La política como ciencia. In: _____ (Ed.). *Manual de ciencia política*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

CHRISTO, Carlos Alberto. Marcas de Baton. *Revista Caros Amigos*, 2001. Disponível em: <http://pensocris.vilabol.uol.com.br/feminismo.htm>.

CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Trad. de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. de Fernando de Aguiar. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Trad. de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HORKHEIMER, Max. *Éclipse de la raison*. Trad. do inglês por Jacques Debouzy. Paris: Payot, 1974.

LASKI, Harold J. *El Estado moderno*. Tomo I. Trad. de Teodoro González García. Barcelona: Bosch, 1932.

LEIBHOLZ, Gerhard. *Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución*. Trad. cast. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964.

MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*. New York: Liberal Arts Press, 1958.

MONTANELLI, Indro. *História dos gregos*. Trad. de José Aleixo Del-laguelo. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1968.

NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Trad. de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

ORTIGÃO, Ramalho. *As farpas*. Tomo VI (A sociedade). Lisboa: David Corazzi, 1888.

PINTO, Céli Regina Jardim. Paradoxos da participação política da mulher no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 49, p. 98-112, 2001.

POPPER, Karl. R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo I. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

SIMON, Robert I. *Homens maus fazem o que homens bons sonham*. Trad. de Laís Andrade e Rafael Rodrigues Torre. Porto Alegre: Art-med, 2009.

THÉRY, Henry. *Os grupos sociais: forças vivas?* Trad. de João Maia. São Paulo: Sampedro, s/d.

VEBLEN, Thorstein. *The theory of the leisure class*. New York: The Modern Library, 1931.