



REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ





PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado do Pará

DIREÇÃO

Presidente

Desembargadora RAIMUNDA DO CARMO GOMES NORONHA

Vice-Presidente

Desembargadora ELIANA RITA DAHER ABUFAIAD

**Corregedora de Justiça das Comarcas da Região
 Metropolitana de Belém**

Desembargadora DAHIL PARAENSE DE SOUZA

Corregedora de Justiça das Comarcas Interior

Desembargadora MARIA DE NAZARE
 SILVA GOUVEIA DOS SANTOS

Desembargadores

ALBANIRA LOBATO BEMERGUY
 MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
 RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES
 LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
 JOÃO JOSÉ DA SILVA MAROJA
 VÂNIA VALENTE DO COUTO FORTES BITAR CUNHA
 RAIMUNDO HOLANDA REIS
 BRIGIDA GONÇALVES DOS SANTOS
 VÂNIA LÚCIA CARVALHO DA SILVEIRA
 CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO
 RICARDO FERREIRA NUNES
 LEONARDO DE NORONHA TAVARES
 MARNEIDE TRINDADE PEREIRA MERABET
 CLÁUDIO AUGUSTO MONTALVÃO DAS NEVES
 MARIA DO CARMO ARAÚJO E SILVA
 CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
 MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES
 LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR
 DIRACY NUNES ALVES
 RONALDO MARQUES VALLE
 GLEIDE PEREIRA DE MOURA
 JOSÉ MARIA TEIXEIRA DO ROSÁRIO
 HELENA PERCILA DE AZEVEDO DORNELLES
 MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO
 MARIA EDWIGES DE MIRANDA LOBATO

REVISTA DO TJPA

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA, BIBLIOTECA,
 REVISTA E EMENTÁRIO

Presidente

Desa. VÂNIA VALENTE DO COUTO FORTES BITAR CUNHA

Membros

PAULO VITOR SERENI MURRIETA
 HUMBERTO DE CASTRO JUNIOR

Organização

LUIZ ALBERTO PEQUENO DE PAIVA

Auxiliares

ROSANA MARY JASSÉ BORGES

Revisão

PAULA HELENA MENDES LIMA

Editor

WALBERT MONTEIRO - DRT 1095

Diretor do Departamento de Relações Institucionais

Projeto Gráfico e Diagramação

CARLOS HENRIQUE E MAURO SOBRAL

Fotos

NEWTON RICARDO LIMA DE OLIVEIRA

A mais antiga e tradicional publicação do Poder Judiciário estadual é a “REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, editada desde 1926, ou seja, há 85 anos. Ao longo desse período e acompanhando o desenvolvimento das novas tecnologias e avanços editoriais, foi se aperfeiçoando sempre com a preocupação de levar ao seu público leitor a boa informação contida nas matérias subscritas por magistrados e professores e a atualização das leis e acórdãos.

Existe, sim, por parte da Administração Superior do Poder Judiciário um interesse primordial em prestar esse tipo de serviço, na área da Comunicação e das Relações Institucionais, aos jurisdicionados facilitando a divulgação da boa doutrina que emana dos artigos selecionados pelo nosso Conselho Editorial. A desembargadora Vânia Valente do Couto Fortes Bitar Cunha, que preside nossa Comissão de Jurisprudência, Biblioteca, Revista e Ementário, e sua equipe, não tem medido esforços para que aprimoremos cada vez mais este valioso instrumento de consulta.

Apresentamos, agora, a nova versão da “REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, em projeto gráfico que procura enquadrar-se nas normas da ABNT, naquilo que couber, buscando, ao mesmo tempo, facilitar a leitura. A legis-



lação e a jurisprudência estarão condensadas em CD anexado em cada exemplar.

Almejo que todos possamos desfrutá-la como fonte de consulta, cumprindo, assim, sua função primordial.

Desembargadora RAIMUNDA DO CARMO GOMES NORONHA
Presidente do Tribunal de Justiça do Pará



- 6** **ENTREVISTA**
Desembargador Milton Nobre

ARTIGOS

- 12** Proibição de condenação com base em provas produzidas exclusivamente no inquérito policial – Juíza de Direito Kedma Pacífico Lira
- 22** Sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana – Juíza de Direito Andréa Lopes Miralha
- 32** A violência de gênero segundo a lei 11340/2006 e a competência criminal dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher – Juíza de Direito Fabíola Urbinati Maroja Pinheiro
- 46** Duração razoável do processo. É possível sua efetivação? – Juiz de Direito João Augusto Oliveira Júnior
- 60** Nepotismo e magistratura – Juiz de Direito César Dias de França Lins
- 64** Reflexões acerca da jurisdição constitucional e do casamento homoafetivo – Desembargador Raimundo Rodrigues Santana
- 72** A criança e o adolescente como sujeitos de direitos: um breve resgate histórico – Desembargador José Maria Teixeira do Rosário
- 86** Tutela jurisdicional efetiva – Desembargadora Maria do Céu Maciel Coutinho

Sem planejamento estratégico não haverá judiciário eficiente

Desembargador Milton Nobre

Com um invejável curriculum que revela sua trajetória de vida sempre vitoriosa em todos os setores por onde atuou, seja a advocacia (exercida por quase 30 anos), o magistério superior, a administração pública ou a magistratura, o desembargador Milton Augusto de Brito Nobre tornou-se uma referência entre as mais destacadas personalidades da vida pública paraense.

Recém saído de um mandato de dois anos no Conselho Nacional de Justiça, por indicação do Supremo Tribunal Federal, Milton Nobre (que presidiu o TJPA no biênio 2005/2007 e foi responsável pela sua nova sede que é razão de orgulho para o Judiciário paraense) é o novo decano da Corte, com a aposentadoria da Desembargadora Albanira Lobato Bemerguy.

Nesta entrevista à REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ ele tece considerações gerais sobre o momento vivido pela justiça brasileira e diz o que pensa sobre planejamento estratégico, a atuação do CNJ, processo judicial eletrônico, comunicação social e emite o seu conceito sobre a tentativa de dividir o Pará



P - Vencida a primeira década do Século XXI, como o senhor analisa, hoje, a justiça brasileira?

Creio que a justiça brasileira avançou muito nos últimos seis (06) anos, mais exatamente após a Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, que formalizou a primeira parte da reforma do Poder Judiciário, instituindo o Conselho Nacional de Justiça como órgão de controle, planejamento e instância máxima administrativa do Poder Judiciário. E digo isso por que o CNJ introduziu metas nacionais para execução coordenada por todos os Tribunais – ressalvado o que se refere ao STF – criando a cultura do planejamento estratégico nacional, integrando e sepultando, em definitivo, a atuação dos Tribunais

“

É pena que muitos ainda não tenham entendido a importância do trabalho do CNJ

como ilhas isoladas, os quais passaram a contar com um órgão disciplinar vigilante e atuante no sentido de elevar a qualidade ética da magistratura brasileira, de modo a evitar que uma minoria destoante prejudique a sua boa imagem e credibilidade social.

Em síntese, creio que a justiça brasileira hoje vive um bom momento e aponta para um futuro bem melhor.

P - A adoção do processo judicial eletrônico é irreversível no Brasil? Como ele alcançará os que estão fora da chamada “inclusão digital”?

”

Não tenho dúvida de que sim. Num país que, pela pesquisa estatística “Justiça em Números”, no ano de 2009 possuía em tramitação no Judiciário 86,6 milhões de processos não há



outro caminho senão recorrer à tecnologia da informação para que a jurisdição seja praticada dentro de uma duração razoável, conforme determina a Constituição da República.

É lógico, porém, que ainda viveremos uma fase mais ou menos prolongada com a dualidade do processo eletrônico e no papel. A inclusão digital no âmbito da justiça, porém, não demandará muito tempo, pois a advocacia e os demais atores da cena processual estão se informatizando com grande velocidade e acompanhando os avanços no Poder Judiciário a respeito.

P - O planejamento estratégico passou a ser a ferramenta basilar na gestão do Poder Judiciário e o senhor sempre foi um incansável defensor de sua implantação. Os Tribunais estão aptos a

compartilhar essa experiência, ou ainda é necessária muita capacitação?

Sempre acreditei que sem planejar e, mais precisamente, sem um planejamento estratégico consistente não conseguiremos criar um judiciário verdadeiramente eficiente (de alta qualidade e baixo custo).

Quando assumi a Presidência do Tribunal de Justiça do Pará, no início de 2005, procurei reunir a magistratura em torno da formação de um planejamento estratégico, segundo a metodologia de planejamento estratégico situacional – que é altamente participativo das bases de atuação – diferente, portanto, do método de klapan, conhecido como BSC Ballanced Score Card, hoje adotado pelo judiciário nacional, por orientação do CNJ. De qualquer modo, creio que os resultados foram bons e espero que a



história reconheça isso quanto à minha administração no judiciário do Pará.

No que se refere a segunda parte da pergunta, não tenho dúvida em responder que, no meu modo de ver, os Tribunais de hoje estão aptos em compartilhar experiências de ações planejadas, porém igualmente tenho como certo que ainda é necessária mais capacitação. Aliás, capacitação nunca é demais para qualquer fazer humano, mesmo porque o conhecimento evolui muito mais rápido do que pensamos. Parar, portanto, é sinônimo de ficar para trás.

P - A presença do CNJ, como órgão de controle externo, foi decisivo para essa mudança de paradigma na Justiça Brasileira?

Foi sim, embora antes alguns Tribunais já apresentassem grandes avanços no campo da boa gestão. No mais, porém, o CNJ tem sido decisivo e, mesmo não sendo tecnicamente um órgão de controle externo, pois foi constitucionalmente incluído na estrutura do Poder Judiciário Nacional e se sujeita ao crivo jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, não há dúvida de que tem sido o diferencial na mudança dos paradigmas antes existentes.

É pena que muitos ainda não tenham entendido a importância do trabalho do CNJ, que ainda existam noções negativas e até ciúmes bobos que, se não chegam a prejudicar a atuação do Conselho, quando pouco, servem para desincentivar os Conselheiros, mormente aqueles selecionados pelos próprios Tribunais e que

terminam ali trabalhando sem qualquer forma de recompensa ou mesmo de reconhecimento pelo tempo e esforço que dedicam em função do Poder Judiciário.

P - Quais as suas principais contribuições, como Conselheiro do CNJ por dois anos, para esse aprimoramento?

A resposta a essa pergunta expõe o entrevistado ao risco de cometer vitupério. Talvez, no futuro, essas contribuições possam ser melhor avaliadas por terceiros.

As obras do CNJ são, por natureza e metodologia de trabalho, obras coletivas, de equipe. Ninguém é dono exclusivo de qualquer espaço, pois todos são compartilhados e nisso, em grande parte, reside o sucesso do Conselho.

Contudo, afóra ter julgado todos os processos que ficaram com a instrução pronta no meu biênio, salvo os que não tiveram pauta para julgamento, arrisco-me a dizer que na criação do Fórum Nacional de Saúde do CNJ e na edição das recomendações n.ºs 31 e 36, dei a minha contribuição como relator dessas matérias em Plenário.

P - O senhor será o próximo decano do TJ/PA, com a aposentadoria da desembargadora Albanira Bemerguy. O que isso significa para a Egrégia Corte?

Afóra a mudança de ordem pessoal, não sei. Talvez os colegas desembargadores estejam mais capacitados para responder essa pergunta.



penso que as Escolas da Magistratura deveriam proporcionar oficinas de "mídia training" mormente para aqueles magistrados que exercem funções administrativas de direção ou estão se preparando para esse fim



Para mim, porém, muda muito, pois passarei a ter a responsabilidade de votar por primeiro, após o voto do relator, de procurar preservar a orientação jurisprudencial consolidada, de logo pedir vista dos autos quando a matéria for de difícil solução ou altamente controvertida. Em outras palavras, porém, passarei a ter mais responsabilidade e, por via de consequência, mais trabalho.

De qualquer sorte, é uma grande honra ser decano do Tribunal que integro, do qual já fui Vice-Presidente e Presidente.

P - A Comunicação Social – aqui entendida a relação entre o Judiciário e a imprensa, em todas as suas formas, e a maneira como se divulga suas ações – já evoluiu na justiça brasileira ou o magistrado entende que só deve “falar nos autos”?

Sobre o processo que deve julgar – salvo para dar informações que já estejam abertas à disponibilização pública e não interfiram, em nenhuma hipótese, na decisão que devem proferir – os magistrados só devem falar nos autos.

É claro que devem sempre receber os representantes dos órgãos de comunicação como, aliás, a qualquer pessoa que deseje uma informação sobre algo que tenha funcionalmente conhecimento e, volto a repetir, não exerça ou possa exercer qualquer influência naquilo que deva julgar.

Os magistrados precisam estar conscientes de que não são obrigados a responder qualquer pergunta que lhe faça, por exemplo, um repórter, devendo apenas explicar o por que não pode dar a informação pedida, pois os jornalistas sabem que tem o dever ético de apenas registrar a razão pela

qual o magistrado disse não poder tratar do assunto perguntado.

Infelizmente, porém, devo reconhecer que ainda existem magistrados que não gostam ou têm até mesmo medo da imprensa, situação lamentável.

Aliás, penso que as Escolas da Magistratura deveriam proporcionar oficinas de mídia training, mormente para aqueles magistrados que exercem funções administrativas de direção ou estão se preparando para esse fim (desembargadores, diretores de fórum, juízes auxiliares, etc).

P - Em um programa de televisão, recentemente, o senhor se posicionou radicalmente contra à divisão do Pará em três Estados. Quais as razões para essa defesa?

Tal como apresentada proposta, não há propriamente divisão territorial do Pará para formarem três Estados, mas diminuição territorial do Pará que terminará ficando, se isso for aprovado, o que não acredito, com apenas 17% do seu atual território, uma vez que o Tapajós projetado terá 59% do atual espaço territorial paraense, e o Carajás 24%.

Mas, não é só por essa forma desigual e sem qualquer critério geopolítico sério de divisão territorial que sou contra e sim porque a divisão hoje é apenas um caminho para o maior empobrecimento de todos (certamente, um pouco menos, a longo prazo, para o Pará remanescente). Nessa fase de desenvolvimento nacional em que a grande dimensão territorial contínua do Pará tem uma significação econômica deveras importante para a sustentabilidade econômico-social de todos os que aqui vivem e trabalham, a partilha só traz prejuízos.

Na minha opinião, há nessa proposta inoportuna de divisão mais perdas do que ganhos.

A reflexibilidade das riquezas de diversas naturezas e origens no Sul, no Oeste e no Nordeste do Estado, especialmente se as reservas de gás e de petróleo se confirmarem nesta última, garantirão uma complementaridade dos fatores de desenvolvimento que partilha proposta só serve para frustrar prejudicando a integralidade da população.

Os defensores da divisão precisam esclarecer as populações que pretendem ver proporcionando-lhes votos e investidas políticas quanto às adversidades do futuro. Precisam dizer aos habitantes de Tucuruí, Parauapebas e Conceição do Araguaia, por exemplo, que não ganharão nada, além de passarem de municípios do interior de um Estado grande e pujante que tem a sua Capital em Belém a municípios de um Estado muito mais pobre onde a Capital será Marabá.

Não há espaço para dizer mais em uma entrevista. Uma coisa, porém, não posso deixar de mencionar. Na minha opinião, há nessa proposta inoportuna de divisão mais perdas do que ganhos. E para todos, pois no dia seguinte da consulta realmente

não seremos os mesmos. Ficaremos, certamente, mais pobres na solidariedade regional com a que se construiu o grande Estado do Pará, fruto de esforços dos meus ancestrais que aqui nasceram, trabalharam e por muitas gerações sofreram adversidades mais por abandono ou descaso da União do que dos governantes do Estado.

sem um planejamento estratégico consistente não conseguiremos criar um judiciário verdadeiramente eficiente

P - Qual a sua análise sobre o PACTO PELA JUSTIÇA proposto pela atual presidente do TJPA para uma ação conjunta dos Poderes e das instituições que fazem parte do Sistema de Justiça para eliminar os “gargalos” que ainda emperram a

celeridade processual?

Foi uma grande iniciativa. Ficaria muito satisfeito se pudesse tê-la tomado quando fui Presidente do TJ/PA. A minha amiga Desembargadora Raimunda Noronha está de parabéns e espero que consiga manter uma equipe realmente capaz de dar concretude ao Pacto. Acho algo muito apropriado e moderno, bem amparado nas concepções mais atuais da divisão das frações do Estado e de Governança Cooperativa entre os Poderes.

Proibição de condenação com base em provas produzidas exclusivamente no inquérito policial:

Breves considerações sobre a alteração introduzida pela Lei Nº 11.690/2008.

Kédima Pacífico Lyra¹

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade tecer breves comentários sobre a alteração introduzida pela Lei nº 11.690/2008, que entrou em vigor em 11.08.2008, com especial análise do art. 155 do Código de Processo Penal.

O trabalho traça uma visão panorâmica sobre o inquérito policial, abordando aspectos históricos e conceituais, além de tecer comentários sobre o princípio do contraditório e a judicialização da prova no processo penal, enfocando aspectos relevantes das ressalvas contidas no dispositivo legal, referentes as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Ressalta a continuidade do sistema do livre convencimento fundamentado ou motivado, com valoração livre da prova produzida em contraditório judicial, desde que o magistrado fundamente os motivos que formaram sua convicção na sentença.

Porém, o cerne do trabalho reside na inovação trazida pela Lei nº 11.690/2008, no sentido de proibir a fundamentação de sentença penal exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase investigativa, pelo fato do inquérito policial ser um procedimento administrativo-informativo, destinado a fornecer ao órgão acusador subsídios mínimos à propositura da ação penal, e, por não se aplicar ao inquérito policial o princípio do contraditório, conclui-se pela inadmissibilidade de condenação sem a judicialização da prova produzida na fase investigativa, por ferir os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assegurados em nossa Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da prova no Direito Processual Penal.

¹ A autora é Juíza de Direito da Comarca de Belém, tendo exercido as funções judicantes na 7ª Vara Penal de Belém até Junho/2009, e atualmente é Juíza Titular da 4ª Vara de Fazenda Pública de Belém. O presente artigo foi elaborado na Pós-Graduação em Ciência Criminais da Escola Superior da Magistratura e Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

ABSTRACT

The current work has the purpose of making brief comments about the amendment introduced by Law nº11.690/2008, ruled on August, 11, 2008, with special analysis of the Section 155 of the Code of Criminal Procedure. The work gives a panoramic view on the police investigation broaching historical and conceptual aspects, as well as comments on the adversary principle and the judicialization of the evidence on the criminal procedure, focusing relevant aspects of the exception in the legal opinion concerning to the cautious, preappointed and non repetitive evidences. It remarks the continuous system of free conviction stated or motivated, with free value of the evidence produced in judicial adversary, since the magistrate states the motives which made him reach the verdict. However, the principal part of the work is the

innovation brought by Law 11.690/2008, which prohibits basing the penal sentence exclusively on informative elements gathered during the findings of facts phase, in spite of the fact that the police investigation is an administrative and informative procedure with the purpose of giving the prosecutor means to the purpose of the penal action, and considering that the adversary principle is not applied to the police investigation, we conclude for the non admissibility of conviction without the judicialization of the evidence found in the finds of facts phase, as it is against the principle of the legal process, the adversary and the right to counsel, assured in our Federal Constitution.

KEYWORDS: Judicialization of the evidence in the Penal Procedural Law.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade traçar breves comentários sobre a alteração introduzida pela Lei nº 11.690/2008, concernente à proibição de condenação com base em provas produzidas exclusivamente na fase investigativa.

Primeiramente, faz-se necessário traçar uma visão panorâmica sobre o inquérito policial, abordando aspectos históricos e conceituais, antes de adentrar no tema propriamente dito. Oportuno, ainda, tecer considerações sobre o princípio do contraditório e a judicialização da prova, abordando, ainda, aspectos relevantes sobre as exceções previstas no art. 155 do CPP – provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A atualidade do tema se apresenta legítima face a modificação recente do Código de Processo Penal, concebido no início da década de 40, no Século XX, em pleno Estado Novo. Várias alterações foram introduzidas pelas Leis 11.689, 11.690

e 11.719 de 2008, que representam o resultado parcial da reforma processual penal.

As modificações aprovadas foram inspiradas no Código Modelo de Processo Penal Ibero-Americano, que serviu de base para a reforma levada a efeito na última década em diversos países latino-americanos, objetivando modernizar o processo penal e alcançar a tão almejada celeridade e efetividade.

A Lei nº 11.690/2008, que entrou em vigor no dia 11 de agosto de 2008, alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova, sendo objeto deste trabalho a análise do art. 155 do CPP.

Permanece o sistema do livre convencimento fundamentado ou motivado, podendo o magistrado valorar livremente a prova, desde que fundamente os motivos da valoração na sentença proferida.

O inquérito policial é uma instrução provisória com vistas à instauração da ação penal, porém, afigura-se inadmissível alguém vir

a ser condenado apenas com base em provas produzidas na fase investigativa, sem a judicialização da prova, por ferir o princípio constitucional do contraditório.¹

2. INQUÉRITO POLICIAL

a) BREVE HISTÓRICO

A respeito do surgimento do inquérito policial no Brasil, em 1832 já havia no Código de Processo alguns dispositivos sobre o procedimento informativo, mas não existia a figura do Delegado, somente do Juiz de Paz. Quem detinha o poder era o Judiciário. Posteriormente, retiraram o poder do Juiz de Paz e designaram encarregados com poder de investigar. Esses encarregados eram nomeados pelos Governadores das Províncias².

A partir de 1841, o poder de investigação passou para o Executivo, ou seja, para os Governadores das Províncias, cujo objetivo era perseguir os inimigos políticos.

Em 1871, foi retirado do Executivo a competência de processar e punir, passando a atribuição para a Polícia Judiciária.

A denominação *inquérito policial*, no Brasil, surgiu com a edição da Lei nº 2.033, de 20.09.1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22.11.1871, passando a ser função da Polícia Judiciária a sua elaboração.

Apesar do inquérito policial ter sido mencionado pela primeira vez na Lei nº 2.033/1871, suas funções existem de longa data, sendo oportuno mencionar que, no Código de Processo de 1832, já existiam alguns dispositivos sobre o procedimento informativo, mas não havia o *nomen juris* de inquérito policial³.

¹ Sistema inquisitório: ausência de contraditório e ampla defesa.

² Guilherme de Souza Nucci, *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

No Século XX, o inquérito policial passou a ser instrumento de perseguição, inspirado no modelo italiano, e no século XXI, após a reforma introduzida pela Lei 11.690/2008, o inquérito tem a função de catalogar provas de autoria e materialidade, porém a prova terá que ser judicializada, ou seja, confirmada na fase judicial, com exceção das provas cautelares irrepetíveis.

b) CONCEITO

O primeiro instituto de processo penal, referido no CPP, a partir do art. 4.º, é o inquérito policial. Não apenas pela sua topografia, o inquérito policial é a gênese de qualquer procedimento de investigação e destina-se à apuração de infrações penais e sua autoria.

Segundo EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA⁴ *o inquérito policial, atividade específica da polícia denominada judiciária, isto é, a Polícia Civil, no âmbito da Justiça Estadual, e a Polícia Federal, no caso da Justiça Federal, tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria (art. 4º, CPP).*

NUCCI⁵ define inquérito policial *ipsis litteris*:

Trata-se de um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípuo é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime, bem como a composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação privada.

³ Tourinho Filho, *Processo penal*, v. 3, p. 175-176.

⁴ *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 39.

⁵ Guilherme de Souza Nucci, *Código de processo penal comentado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

O art. 42 da Lei 2.033, de 20.09.1871 dispunha *in verbis*: o inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito.

O inquérito policial também foi conceituado no Código de Processo Penal Militar, *in verbis*:

Art. 9º. O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal.

Portanto, como vimos de sua definição legal ou doutrinária, a finalidade do inquérito policial consiste na investigação do crime e na descoberta de seu autor, com o fito de fornecer elementos para o titular da ação penal promovê-la em juízo, pois, através do inquérito, a polícia reúne todas as provas preliminares que sejam suficientes para apontar a ocorrência de um crime e o seu autor.

Assim, o inquérito apresenta-se como um procedimento de cunho preparatório e preventivo, com características próprias e sem contorno judicial, destinado à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação.

Ressalte-se, por oportuno, o fato do inquérito não ser absolutamente indispensável à propositura da ação penal, podendo o órgão acusador formar seu convencimento a partir de quaisquer outros elementos probatórios.

3. ALTERAÇÃO DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTRODUZIDA PELA LEI Nº 11.690/2008.

Praticado um fato definido como infração penal, surge para o Estado o *jus puniendi*, entretanto, para fins de propositura da ação penal, é necessário que o Estado disponha de um mínimo de elementos probatórios indicadores da ocorrência da infração penal e sua autoria.

A apuração da infração penal e da autoria ocorre por meio do inquérito policial, procedimento administrativo-informativo destinado a fornecer ao órgão acusador o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal.

É cediço que a investigação realizada pela autoridade policial não se confunde com a instrução criminal, distinguindo o Código de Processo Penal o *inquérito policial* da *instrução criminal*.

O novel art. 155 do Código de Processo Penal, com a alteração introduzida pela Lei 11.690/2008, dispõe *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

O artigo em análise trata do sistema de valoração das provas, e manteve o princípio da persuasão racional como critério de apreciação das provas, permitindo que o magistrado possa dar a elas o valor que entender cabível, devendo apenas fundamentar sua decisão (art. 93, inciso IX, da CF).

A reforma é salutar, pois, em nosso cotidiano forense, ainda era praxe ver decisões condenatórias, fundamentadas apenas em elementos informativos colhidos no inquérito policial, sem que tal prova tivesse sido judicializada.

Há casos em que, na esfera policial, o então indiciado confessou a autoria delitiva, e foi reconhecido pelas supostas vítimas, porém, em juízo, exerceu a retratação, reformulando a versão anteriormente apresentada, bem como, as vítimas ouvidas na fase investigativa não compareceram em juízo para confirmar a ocorrência do delito e reconhecer o réu como autor do fato descrito na denúncia.

Nesse caso, inadmissível sentença condenatória apoiada exclusivamente na confissão do réu feita na polícia, e no reconhecimento feito pelas vítimas na fase investigativa, pois, tal prova não foi submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, na fase judicial.

Sem dúvida alguma, a Constituição Federal, através dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, restará maculada, quando a prova produzida na fase investigativa não for judicializada, pois o inquérito policial é procedimento inquisitivo, ao qual não se aplica o princípio do contraditório, justamente porque não se destina à aplicação de pena, sendo sua finalidade de cunho informativo, visando unicamente coletar elementos para a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal, a permitir o posterior exercício da persecução penal em juízo.

Vale reafirmar que a prova colhida oralmente no inquérito policial tem validade somente como indício, devendo ser confirmada em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

O texto legal é claro quanto a proibição de fundamentação da sentença *exclusivamente* em elementos probatórios colhidos na fase investigativa, e mesmo antes da reforma do Código de Processo Penal, esse entendimento já era amplamente aceito na doutrina e jurisprudência pátria.

Somente a título de exemplificação, vale a inserção do aresto abaixo reproduzido, *in verbis*:

TAPR: “A prova consubstanciada somente no inquérito policial, desagregada, portanto, da garantia do contraditório, não pode servir de exclusivo apoio para uma sentença condenatória” (RT 751/679)

Oportuno lembrar que existe, basicamente, três sistemas regentes do processo penal: *inquisitivo, acusatório e misto*. O sistema inquisitivo concentra o poder nas mãos do julgador, que também exerce a função de

acusador. O sistema acusatório separa órgão acusador de órgão julgador. O sistema misto, que surgiu após a Revolução Francesa, caracteriza-se pela divisão do processo em duas fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Nosso sistema é “inquisitivo garantista”, enfim misto, segundo ensina NUCCI⁶.

Muitos processualistas defendem que nosso sistema é acusatório, no entanto, é cediço que a colheita inicial da prova feita no inquérito policial obedece os requisitos do sistema inquisitivo, onde há ausência de contraditório e ampla defesa. Somente na fase judicial passam a vigorar os princípios do contraditório, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência, assegurados em nossa Constituição Federal.

Por isso, nosso sistema de persecução penal continua sendo misto – inquisitivo na sua fase primária, e acusatório, na fase secundária – notadamente porque se leva em conta a prova produzida no inquérito para produzir decisão jurisdicional⁷.

Quanto ao sistema de valoração da prova, temos o da *livre convicção*, da *prova legal* e da *persuasão racional*, também chamado de livre convencimento motivado. Esse último tem sido adotado pelo processo penal brasileiro, significando que o magistrado, para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, deve fundamentar sua decisão, objetivando persuadir ou convencer as partes.

⁶ Código de processo penal comentado, 8. ed., p. 72-73.

⁷ Nesse sentido, vide: TJSP: “Quando a lei fala em indícios de autoria, não faz menção ao momento em que foram os mesmos obtidos, se sob o crivo do contraditório ou se antes deste, no inquérito policial. Não há qualquer impedimento em se pronunciar alguém com base em indícios obtidos em inquérito policial, até porque, poderá ele, em plenário, produzir provas em seu favor, sendo, assim respeitado o princípio da ampla defesa” (RSE 168.898-3, São Paulo, 4ª C., rel. Sinézio de Souza, 09.10.1995, v.u.)

Acerca do valor probatório do inquérito policial, MIRABETE⁸ ensina:

O inquérito policial tem valor informativo para a instauração da competente ação penal, como instrução provisória, de caráter inquisitivo, que é. Não se pode, por isso, fundamentar uma decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial, o que contraria o princípio constitucional do contraditório.

Portanto, vê-se que o entendimento agora posto na lei processual penal já era defendido pelos doutrinadores pátrios, no sentido de que, os elementos do inquérito policial podem influir na formação do livre convencimento do magistrado para a decisão da causa, desde que a prova provisória seja confirmada por elementos probatórios colhidos durante a instrução judicial, submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

Sem dúvida alguma, o ideal num Estado Democrático de Direito, é que a formação da convicção judicial seja lastreada em provas produzidas unicamente sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, impondo-se a judicialização da prova.

Não é salutar que o magistrado fundamente sua decisão em elementos produzidos no inquérito policial, porém, o texto legal admite expressamente a hipótese do magistrado lastrear sua decisão em provas colhidas na fase investigatória, desde que confirmadas em juízo, ou se estiverem em harmonia com provas coletadas na fase judicial, sob o crivo do contraditório.

Como já dissemos alhures, o que não mais se admite é a hipótese do juiz fundamentar decisão condenatória exclusivamente em elementos colhidos no inquérito policial, procedimento preparatório da ação penal.

⁸ Julio Fabbrini Mirabete, *Código de processo penal interpretado*, 8. ed., p. 88-89.

Aliás, a alteração do texto legal não trouxe grande inovação, tomando expresso o que já vinha sendo consagrado pela doutrina e jurisprudência pátria, sendo que alguns doutrinadores entendem que a reforma deixou a desejar, pois somente reafirmou entendimento que já estava consolidado, no sentido de que a fundamentação de decisão judicial, sobretudo em caso de sentença condenatória, não pode calcar-se única e exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase investigativa, face ser inconstitucional, por ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Realmente, a reforma teria sido inovadora se tivesse excluído a palavra *exclusivamente* do art. 155 do CPP, porém, ao contrário do que era a intenção inicial do anteprojeto de lei⁹, o legislador não vedou que o magistrado considerasse os elementos informativos produzidos durante o inquérito policial para embasar decisão condenatória.

Portanto, é possível que sejam considerados na sentença condenatória elementos produzidos durante o inquérito policial, desde que conjuntamente com provas produzidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Além do mais, no direito atual, o investigado não está mais sendo visto como mero objeto de investigação, e sim como sujeito de direitos. Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente decidindo que o advogado pode ter acesso aos autos do inquérito policial e as provas produzidas¹⁰.

Assim, tem-se que as provas produzidas durante a fase investigativa podem ser corroboradas por outras provas produzidas em juízo. Nesse viés, desde que o magistrado não se apóie

⁹ No corpo do anteprojeto original, os autos do inquérito policial sequer deveriam acompanhar a ação penal, porém referida disposição não foi aprovada.

¹⁰ STF – 1ª Turma – HC 90.232/AM – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 18.12.2006, *Informativo* 453. No mesmo sentido, vide, ainda, HC 82.354/PR (DJU 24.09.2004), HC 87.827/RJ (DJU 23.06.2006) e HC 86.059 (DJU 30.06.2005), todos da Suprema Corte.

apenas em provas produzidas durante o inquérito, poderá valorar tais provas em conjunto com as provas colhidas em juízo, através do livre convencimento motivado.

4. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA PROVA

A alteração do art. 155 do CPP, sem dúvida, decorre do *principio do contraditório*, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, *ipsis verbis*:

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Contraditório, segundo lição de Canuto Mendes de Almeida, *é a ciencia bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los*¹¹.

O inquérito policial é procedimento inquisitivo, e nele não se aplica o princípio do contraditório, sendo sua finalidade coletar elementos que venham permitir possível exercício da persecução penal em Juízo.

Assim, em obediência ao princípio do contraditório, impõe-se que as provas produzidas no inquérito sejam repetidas em juízo, observando-se o contraditório e a ampla defesa. É o *principio da judicialização da prova* no âmbito do processo penal.

Por isso, o texto legal deixa claro que o magistrado deve fundamentar sua decisão pela prova produzida em contraditório judicial, e não apenas em elementos colhidos na fase do inquérito policial.

O princípio do livre convencimento motivado encontra seus limites no princípio da judiciali-

zação da prova, estabelecendo-se, como regra, o dever do julgador basear a formação de sua convicção apreciando livremente a prova produzida em Juízo, sob o crivo do contraditório.

É cediço que o inquérito policial se desenvolve em fase de pura atividade administrativa, e nele há investigação fática e nem instrução jurisdicionalmente garantida.

Assim, os elementos coligidos no inquérito policial não passam de dados informativos para eventual denúncia, no entanto, seus elementos jamais poderão dispensar a produção de provas perante o órgão julgador, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, assegurado ao acusado por força do disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Por isso, a Jurisprudência Pátria tem se firmado no sentido de que é inadmissível a prolação de decreto condenatório com base, tão somente, em elementos colhidos em inquérito policial, pois, entendimento em contrário implicaria em ofensa ao princípio constitucional do contraditório.

Repita-se: somente a prova judiciária, submetida ao contraditório, justifica a condenação, pois a prova policial, como cediço, destina-se a levar ao órgão acusatório a notícia do crime, para que este, no juízo contraditório, uma vez oferecida de denúncia, comprove a acusação.

De acordo com o novo viés do direito penal moderno, não podemos mais trabalhar com uma dogmática penal descompromissada com os direitos e garantias individuais do acusado, pois, de acordo com o sistema garantista de FERRAJOLI¹², dentre os dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais está situado o *principio do contraditório, defesa ou da falseabilidade*, com a máxima latina *nulla probatio sine defensione*.

¹¹ Princípios fundamentais do processo penal, RT, p. 82, 1973, apud Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, p. 137.

¹² Luigi Ferrajoli, *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.

5. PROVAS CAUTELARES, NÃO REPETÍVEIS E ANTECIPADAS

O texto sob comento permite que o magistrado considere em sua decisão as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, mesmo que produzidas durante o inquérito policial.

Nas provas cautelares, o contraditório é diferido, ou seja, exercita-se o contraditório após a produção da prova.

Provas cautelares são aquelas em que existe um risco de desaparecimento em razão da passagem do tempo. Assim, o contraditório será diferido para momento posterior, ou seja, no curso do processo¹³.

Provas não repetíveis são aquelas que não podem ser novamente produzidas no curso do processo, embora tenham sido colhidas extrajudicialmente¹⁴.

Provas antecipadas são aquelas produzidas com a observância do contraditório, perante a autoridade judiciária, antes do momento processual oportuno, em razão de urgência e relevância¹⁵.

Portanto, na prova antecipada há o contraditório no momento de sua produção, enquanto na prova cautelar, o contraditório é diferido, isto é, exercitado após a produção da prova, no curso do processo.

Por outro lado, vale lembrar que a prova antecipada é sempre produzida perante a autoridade judicial, enquanto a prova cautelar pode ou não ser produzida perante a autoridade judicial, como ocorre na interceptação telefônica.

Como o princípio do contraditório deve nortear a produção da prova no processo penal,

o magistrado poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nas provas cautelares e antecipadas, como, por exemplo, no caso de uma única testemunha presencial de um crime, ouvida antecipadamente durante o inquérito, perante o magistrado, e observado o contraditório.

Nesse caso, como foi observado o contraditório, o magistrado poderá considerar esta prova como fundamento exclusivo para a condenação.

6. JURISPRUDÊNCIA

Apesar do Código de Processo Penal, antes da reforma, não tratar do tema em comento, já era amplamente aceito na Jurisprudência a inadmissibilidade de prolação de decreto condenatório com base, tão somente, em elementos colhidos em inquérito policial, pois, entendimento em contrário implicaria em ofensa ao princípio constitucional do contraditório. Nesse sentido:

STF: “Não se justifica decisão condenatória apoiada exclusivamente em inquérito policial, pois se viola o princípio constitucional do contraditório” (RTJ 59/786 e 67/74).

TJRS: “Prova policial não confirmada em juízo. As declarações policiais das testemunhas devem ser confirmadas no contraditório constitucional do processo, para suportar o peso ético da condenação. Art. 5º, LV, da CF” (RJTJERGS 152/150).

TARS: “O sistema processual penal reserva ao inquérito a função de coleta provisória de prova dirigida a formar a *opinio delicti* do MP. Para sustentar o convencimento do Juiz necessário se faz que, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, tal prova provisória seja pelo menos confirmada por algum elemento colhido durante a instrução judicial” (JTAERGS 80/124).

“O inquérito policial não pode ser sede de sentença condenatória, porquanto a prova testemunhal que nele se acolheu só adquire valor jurídico através de sua jurisdicionalização, que só acontecerá no sumário” (TJSP

¹³ Por exemplo, exame de corpo de delito em crimes sexuais.

¹⁴ Testemunha ouvida durante o inquérito policial e vem a falecer antes de ser ouvida na fase judicial.

¹⁵ Testemunha com saúde debilitada por doença incurável, com risco de falecer antes de iniciada a ação penal.

– AP – Rel. Ennio de Barros – RT 448/334).

“Consoante antiga e iterativa jurisprudência do STF, a prova testemunhal produzida no inquérito policial não autoriza, por si só, a prolação de preceito condenatório” (TACRIM – SP – AP – Rel. Edmond Acar – JUTACRIM – SP 23/212).

“As declarações colhidas no procedimento inquisitorial não embasam o juízo condenatório, por mais convincentes que sejam, sob pena de violação das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório” (RT 613/388).

“A Constituição da República distingue processo e inquérito policial. O primeiro obedece o princípio do contraditório. O segundo é inquisitorial. A prova idônea para arrimar sentença condenatória deverá ser produzida em Juízo. Impossível invocar os elementos colhidos no inquérito, se não forem confirmados na instrução criminal” (STJ – REsp. 55.178-1, Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro).

“Não tendo sido reproduzida em Juízo, sob o princípio constitucional do contraditório, a prova coligida no inquérito policial, deve ser adotada solução absolutória” (RJD 32/275).

TJRS: “A prova policial só deve ser desprezada, afastada, como elemento válido e aceitável de convicção, quando totalmente ausente prova judicial confirmatória ou quando desmentida, contrariada ou nulificada pelos elementos probantes colhidos em juízo através de regular instrução. Havendo, porém, prova produzida no contraditório, ainda que menos consistente, pode e deve aquela ser considerada e chamada para, em conjunto com esta, compor quadro probante suficientemente nítido e preciso” (RJTJER-GS 150/143-4).

7. CONCLUSÃO

Com a entrada em vigor do texto constitucional de 1988, vemos a opção do constituinte pelo ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, elevando à categoria de fundamento da República, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Da dignidade da pessoa humana deri-

vam os demais princípios informadores do direito penal, dentre eles, o do contraditório e da ampla defesa, norteadores da alteração do art. 155 do CPP, com o intuito de vedar ao magistrado que condene apenas com base nos elementos informativos produzidos durante o inquérito policial.

Portanto, a partir da constituição de 1988, não podemos mais trabalhar com uma dogmática penal formal e descompromissada com os direitos e garantias individuais do acusado.

Ao contrário, torna-se imperioso adaptar o Direito Penal à nova realidade constitucional, sendo oportuno reconstruir nossos conceitos, deixando para trás tudo aquilo que aprendemos com o Código Penal de 1940, fruto dos ideais autoritários do Estado Novo Varguista, e fabricado nos moldes do Código Penal italiano de Alfredo Rocco, da época de Mussolini.

As modificações aprovadas recentemente no Código de Processo Penal foram significativas, embora o ideal, com relação ao texto do art. 155 do CPP, fosse o rompimento, no sentido de excluir fisicamente os autos de inquérito policial, garantindo um julgamento apoiado exclusivamente na prova colhida no curso do processo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Porém, nos termos postos pela reforma, ficou expresso o que já vinha sendo amplamente aceito na doutrina e jurisprudência pátria, isto é, a impossibilidade de condenação com base em provas colhidas exclusivamente no inquérito policial, porquanto a prova testemunhal produzida na fase investigativa somente adquire valor jurídico por intermédio de sua jurisdicionalização.

O que se espera, acima de tudo, é que a alteração introduzida pela Lei 11.690/2008 no art. 155 do CPP seja instrumento de garantia da dignidade humana e de respeito aos princípios informadores do processo penal, assegurados na Constituição da República, pois, apesar de

não refletir, ainda, o sistema ideal de prova no processo penal brasileiro, sem dúvida alguma condiz com um processo penal mais moderno, racional e ajustado aos preceitos constitucionais.

8. REFERÊNCIAS

- COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *Curso de direito criminal. Parte geral: arts. 1º ao 120*. Belém: Unama, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004, v.4.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: RT, 1998.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MAGALHÃES NORONHA, E. *Curso de processo penal*. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 9. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2

O sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana

Andrea Lopes Miralha¹

RESUMO

Para que a reintegração social do condenado seja possível, condições para a existência digna devem ser asseguradas para que assim seja viabilizado ao mesmo o seu harmônico reingresso ao convívio social. Daí ser imperioso o confronto da realidade do sistema penitenciário brasileiro com o princípio da dignidade humana sob a ótica constitucional. Aqueles que erram são condenados a uma experiência que degrada e destrói, sendo assim é totalmente impossível passar pelo sistema penitenciário brasileiro livre de sequelas em que pese os ditames constitucionais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: constitucional; dignidade humana; sistema penitenciário; condenado; reintegração.

ABSTRACT

For the social reintegration of the offender as possible, conditions for a dignified existence must be ensured so that the same is made possible their re-entry to the harmonious social life. Hence it is imperative to confront the reality of the Brazilian penitentiary system with the principle of human dignity in light of the Constitution. Those who are condemned to miss an experience that degrades and destroys so it is impossible to go through the Brazilian penitentiary system free of sequelae in spite of the dictates of the Constitution, especially the principle of human dignity.

KEYWORDS: constitution, human dignity, the prison system; condemned; reintegration.

¹ Especialista em Direito Processual Penal pela Escola de Magistratura; Juíza de Direito de 2ª Entrância do Tribunal de Justiça do Estado do Pará sendo titular da 5ª Vara Penal da Comarca de Ananindeua; Diretora do Fórum da Comarca de Ananindeua.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade confrontar o princípio da dignidade da pessoa humana e a realidade do sistema penitenciário brasileiro dentro da ótica constitucional.

A boa aplicação dos direitos fundamentais configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica.

O princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais, que confere a execução penal compreenda todos os aspectos necessários à realização das funções na pena, indo além da mera retribuição para garantir a necessária ressocialização dos condenados.

Infelizmente na realidade do sistema penitenciário brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana está longe de ser atingido, em que pese estar elencado como sendo uma garantia constitucional.

Enquanto princípios fundamentais e da dignidade da pessoa humana sejam desrespeitados, o sistema penitenciário brasileiro continua sendo cenário de constantes violações dos direitos humanos e consequentemente dos direitos dos presos.

2. BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

A antiguidade desconheceu totalmente a privação da liberdade, estritamente considerada sanção penal. Mesmo ocorrendo o encarceramento de delinquentes, este não tinha caráter de pena, e sim de preservar os réus até a realização de seu julgamento ou execução. Nesta época,

recorria-se à pena de morte, às penas corporais e às infamantes. Pois bem, durante vários séculos a prisão serviu de contenção nas civilizações mais antigas, posto ser sua finalidade o lugar de custódia e tortura.

Eram os mais variados os lugares onde se mantinham os réus até a realização dos julgamentos, uma vez inexistir aquela altura uma arquitetura penitenciária própria. Com isso, era comum a utilização de calabouços, aposentos em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios.

Deve ser observado que o exercício do Direito ocorria através do Código de Hamurabi ou a Lei do Talião que ditava “olho por olho, dente por dente”, de total base religiosa e moral vingativa.

Na Idade Média, as sanções estavam submetidas ao livre arbítrio dos governantes, que por sua vez impunham em função do “status” social a que pertencia o réu. O espetáculo favorito das multidões nesse período histórico girava em torno da amputação dos braços, a força, a roda e a guilhotina.

Já no Império Bizantino, pelo Imperador Justiniano, fora criado o *Corpus Juris Civilis* tendo sido restabelecido a ordem com suas obras: Código, Digesto, Institutas e Novelas.

No decorrer dos séculos XVI e XVII a pobreza se abateu e, por conseguinte foi estendida por toda a Europa, situação essa que contribuiu e muito para o crescimento da criminalidade.

Ante a tanta delinquência, deixou de ser uma solução adequada a tão aplicada pena de morte. Com isso, já na metade do século XVI foi dado início ao desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de

prisões organizadas para a correção dos apenados com o suposto objetivo de reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina.

No século XVII deu início a formação das raízes do Direito Penitenciário, o que ocorreu com os estudos de BECARIA e HOWARD. Sendo assim, no decorrer de muito tempo o condenado foi objeto da Execução Penal e só recentemente passou a ser reconhecido os direitos da pessoa humana do condenado com o surgimento da relação de Direito Público entre o Estado e o condenado. Realmente, o Direito Penitenciário tem origem da proteção do condenado, direitos esses que se baseiam na exigência ética de se respeitar a dignidade do homem como pessoa moral.

O Direito Penitenciário aplica dois métodos. O método científico, que é um dos elementos da planificação da política criminal, especialmente no que diz respeito ao diagnóstico do fenômeno criminal, a verificação do custo econômico social, e a exata aplicação do programa. E o método estatístico, que estuda a estatística criminal, estatísticas estas que se dividem em três ordens: policiais, judiciais e penitenciárias, portanto, destina-se a pesquisa da delinquência como fenômeno massa.

A visão unitária dos problemas da Execução Penal somente se deu no século XX, com base num processo de unificação orgânica, pelo quais normas de Direito Penal e normas de Direito Processual, atividade da administração e função jurisdicional obedeceram a uma profunda lei de adequação às exigências modernas da Execução Penal. Toda essa unificação foi dominada por dois princípios do Código Penal de 1930: a individualização da execução e o reconhecimento dos direitos subjetivos do condenado.

3. SISTEMA PENITENCIÁRIO DO BRASIL

A individualização da pena só passou a existir no Brasil com o advento do primeiro Código Penal. Porém o regime penitenciário de caráter correccional com a finalidade de ressocializar e reeducar o detento só surgiram com a abolição da pena de morte a partir de 1890 já com o segundo Código Penal.

Pois bem, todos estes sistemas se baseiam na premissa do isolamento, na substituição dos maus hábitos da preguiça e do crime, subordinando o preso ao silêncio e a penitência para que o mesmo se encontre apto ao retorno junto à sociedade, curado dos vícios e pronto para se tornar responsável pelos seus atos, respeitando a ordem e a autoridade.

É interessante ser observado neste momento a existência de uma grande distorção visto que o próprio sistema penitenciário, como é do conhecimento de todos, não possibilita o homem preso a se ressocializar em virtude de seus mais remotos direitos não serem respeitados, tanto é verdade que a própria cadeia não comporta todos os apenados, os agentes penitenciários não possuem o mínimo de formação adequada e menos ainda ética no trato com os presos, tanto que na maioria das vezes é visto um total desrespeito aos princípios básicos de Direitos Humanos e das Garantias Fundamentais. Com isso, este quadro lastimável acaba por gerar consequências drásticas, que não cumprem, nem de longe, o objetivo de reintegrar e ressocializar o preso à sociedade.

Não é nenhuma novidade que as condições de detenção e prisão no sistema carcerário brasileiro violam os direitos humanos, fomentando

diversas situações de rebelião, onde, na maioria das vezes, as autoridades agem com descaso, quando não com excesso de violência contra os presos. A Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso XLIX, a salvaguarda da integridade física e moral dos presos, dispositivo raramente respeitado pelo nosso sistema carcerário.

Denominar nossas cadeias e penitenciárias de prisões é um elogio desmerecido. O que existe no Brasil são verdadeiras masmorras, depósitos humanos de excluídos formalmente separados.

É evidente não se poder atribuir somente ao fracasso da prisão a causa do alto índice de reincidência, pois tem que também ser levado em consideração a contribuição de outros fatores pessoais, políticos e sociais.

Os direitos mais agredidos na maior parte das prisões do mundo, portanto, não apenas no Brasil, o direito à salvaguarda da dignidade, o direito ao respeito da pessoa humana e o direito à intimidade, dentre outros, tanto que desde a entrada do preso na prisão começa o despojamento da personalidade do mesmo devido às algemas no pulso, revista no corpo nu à vista de todos, a troca de traje pessoal e o uso de chuveiros coletivos na presença de guardas, e outros mais.

Conforme enunciado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, o direito à informação é de vital importância para a ressocialização do detento, visto que o referido direito não só humaniza o regime penitenciário, como principalmente concorre para o aprimoramento cultural do recluso. Já o direito à comunicação com o mundo exterior abre a prisão para o mundo livre e tem por objetivo a desinstitucionalização da prisão, motivo pelo qual o condenado não pode perder o contato com a sociedade uma vez que para esta se prepara gradativamente a voltar.

A concessão de liberdade sem que antes tenha sido dado preparo ao condenado através do sistema reeducativo, e sem a colaboração da sociedade no papel de reinserção social do preso, é o grande fator de delinquência devido o trauma gerado que se dá com o rompimento inesperado de situações totalmente adversas o que ocorre com a saída do preso do regime fechado para a liberdade.

A lei penal e as formas de sua aplicação devem atender às exigências da vida pessoal e social de cada condenado e mesmo daqueles detidos provisoriamente. Para isso, são necessários critérios para que se alcance o desenvolvimento social capaz de acabar, de uma vez por todas, com a idéia de que “preso bom é preso morto”, um pensamento de exclusão absoluta destes indivíduos que lhes nega toda e qualquer forma de dignidade porque hoje se encontram isolados da sociedade. Não é, simplesmente, isolando estas pessoas que se garantirá a ordem social, pois um dia, grande parte deles se reintegrará novamente a comunidade. A questão é reformar os valores ético-morais de nosso povo, despertando sua consciência para o fato de que qualquer nação só se faz grande a partir do respeito a dignidade de seus filhos, sejam eles livres ou detidos em sua liberdade.

Enquanto os princípios éticos e fundamentais e da dignidade humana sejam desrespeitados, as prisões continuaram sendo cenários de constantes violações dos direitos humanos e consequentemente dos direitos dos presos, já que o desespero dos presos acaba por gerar conflitos, onde milhares deles se amotina para exigir melhores condições de vida em troca da liberdade de reféns.

É interessante observar que o art. 41 da LEP (Lei de Execuções Penais) enuncia os direitos do preso. Os direitos humanos do preso estão previstos em vários documentos internacionais e nas Constituições modernas, mas a Constituição Brasileira nada cita a respeito em seu contexto, somente o art.38 do Código Penal ao dispor que “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”. A Lei de Execução Penal (Lei n.7.210 de 11.07.84), reguladora desta matéria, reforça o conteúdo do artigo 38 e em capítulos posteriores, enumera os deveres e direitos dos presos, mas como dito anteriormente nada menciona a Constituição Federal em relação aos direitos dos presos.

3.1. SISTEMA PENITENCIÁRIO DO BRASIL E OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos dos presos encontram-se consagrados em documentos internacionais que vedam a tortura, o tratamento desumano e degradante, além de determinar a separação entre processados e condenados, jovens e adultos, homens e mulheres, o tratamento diferenciado dos adolescentes e a função ressocializadora da pena. Destacam-se entre os pactos e convenções internacionais, no que pertence aos direitos humanos dos presos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas – ONU, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA e a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes – ONU.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos - OEA, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, resguarda o direito à integridade pessoal, na forma prevista em seu artigo 5º. Por fim, estabelece a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes – ONU, de 1984.

Referidos instrumentos são valiosos para se concretizar a proteção dos direitos humanos, podendo, inclusive, a violação dos referidos direitos ser denunciada a essas organizações internacionais. No caso do Brasil, que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, está legalmente comprometido a observar e respeitar os direitos nela mencionados, além de poder ser responsabilizado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Constituição Federal de 1988 consagrou como fundamentais muitos desses direitos, estabelecendo a intranscendência e a individualização da pena, a vedação à pena de morte, à de caráter perpétuo, à de trabalhos forçados, à de banimento e às cruéis, bem como assegurou aos presos a sua integridade física e moral. Determinou, ainda no art. 5º, XLVIII, a separação dos presos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, sendo asseguradas às presidiárias condições de permanecerem com os seus filhos durante o período de amamentação.

A Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei das Execuções Penais) tratou de forma minuciosa os direitos dos presos, bem como os seus de-

veres, disciplinando todas as formas de assistência ao encarcerado (material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa).

Os direitos individuais fundamentais garantidos pela Constituição Federal visam resguardar um mínimo de dignidade do indivíduo. Depois da vida, o mais importante bem humano é a sua liberdade. A seguir, advém o direito à dignidade.

Lamentavelmente, dignidade não é algo que se vê com frequência dentro de nossos presídios. Muitas prisões não têm mais a oferecer aos seus detentos do que condições subumanas, o que constitui a violação dos Direitos Humanos.

A realidade nua e crua é que os detentos, em nosso país, são maltratados, humilhados e desrespeitados em sua dignidade, contribuindo para que a esperança de seu reajuste desapareça justamente por causa de um ambiente hostil que se lhe apresenta quando cruza os portões da penitenciária. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, por exemplo, dentro dos presídios, são fatores que impedem o ser humano de cumprir o seu papel de sujeito de direitos e deveres.

Na verdade, diante da prática, o preso brasileiro possui mais deveres do que direitos. A realidade cercando a vida dos detentos não mudará da noite para o dia. Esta mudança requer vontade política, técnica e financeira necessárias, visando objetivos a curto, médio e longo prazo, mas em caráter de absoluta urgência. Se o ser humano é a essência de todas as instituições, o aperfeiçoamento do aparelho penitenciário exige uma abordagem humanista, que vise desenvolver e dignificar o presidiário.

4. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em um Estado Democrático de Direito, como objetiva nossa Constituição Federal, prioriza-se a realização do bem estar do ser humano e o respeito por sua dignidade, sendo este um dos fundamentos expressamente previstos.

O Brasil, em suas relações internacionais, rege-se pela prevalência dos direitos humanos, sendo que estes também orientam, internamente, todo o ordenamento jurídico. Em nações conduzidas por regimes autoritários não há compromisso com a garantia dos Direitos Humanos.

Em um meio social justo e pacífico, a dignidade da pessoa humana é a viga mestra, sem sombra de dúvida. Na verdade, se quisermos avaliar a evolução de uma sociedade, basta que seja pesquisado o quanto esta mesma sociedade protege a dignidade do homem.

É imperioso observar o ensinamento de SARLET (2001, p. 40)

[...] ensina que a dignidade da pessoa humana é irrenunciável e a qualifica, afirmando que ela existe ainda que o Direito não a reconheça. Todavia, a ordem jurídica exerce importante papel prevendo-a, promovendo-a e protegendo-a. E de fato, isso é necessário. Ainda que saibamos que a dignidade pré-existe ao Direito, e ainda que esta possua previsão constitucional, são imprescindíveis concretizações de ações que tornem os direitos fundamentais, derivados do princípio maior em comento, reais e efetivos, integrantes verdadeiramente da vida de todo e qualquer indivíduo.

Pois bem, tendo como base o pensamento jus naturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, passou por um processo de laicização e racionalização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente, se considerada a origem remota a que pode ser reconduzida a noção de dignidade. Foi somente depois da 2ª Guerra Mundial que este princípio foi reconhecido pelas Constituições, após a Declaração Universal da ONU de 1948, onde foi consagrado.

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em **dignidade** e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”, reconhecendo, portanto, a igualdade entre os homens no que diz respeito às suas qualidades essenciais – razão e consciência – traços distintivos dos demais seres e pressupostos da dignidade humana, ou melhor, da dignidade da *pessoa* humana.

A Constituição Federal de 1988 consagra, no seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual, é vista como o fundamento material da própria Constituição.

Apesar de ser considerado um conceito jurídico indeterminado e de utilização ainda recente, a dignidade humana universalizou-se e tem se firmado como um princípio de extrema importância, principalmente no âmbito do Direito Constitucional democrático. Fala-se em dignidade da *pessoa* humana para fortalecer a

idéia de que o princípio se refere ao ser humano, sendo esse conceito mais amplo do que o de cidadão.

A proteção aos direitos fundamentais, portanto, refere-se diretamente à observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como consequência a limitação da ação do Estado em relação ao indivíduo, de forma que, havendo texto normativo que viole direitos fundamentais e, consequentemente, a dignidade da pessoa humana, será considerado inconstitucional.

É a dignidade da pessoa humana, dessa forma, o princípio do qual decorrem todos os outros previstos na constituição, e não somente aqueles relacionados ao Direito Penal. São seus corolários o direito à vida, à liberdade, à saúde e todos os outros direitos fundamentais albergados em nosso ordenamento jurídico.

Exposta a base do princípio, resta saber como ele se expressa em âmbito penal, ou seja, apurar como o princípio da dignidade da pessoa humana se manifesta concretamente neste sistema.

Apesar dos ditames constitucionais direcionando o intérprete a considerar como princípio basilar a preservação da condição de sujeito de direito atribuída ao homem, não é isso que se observa em âmbito penal.

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, houve a tentativa justamente de modificar esta situação. A Lei Maior traz em seu texto diversas garantias e preceitos inerentes ao direito penal e à pessoa do preso, entre eles, o da dignidade da pessoa humana, que apesar de não ser específico ao preso, mas por identificar-se com a situação frágil que ele se encontra, é comum que seja invocado.

Assim como na Constituição Federal, a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) deixa claro o objetivo de reintegração social do condenado. Para que esta reintegração seja possível, condições para a existência digna e o perfeito desenvolvimento da pessoa do condenado devem ser asseguradas, viabilizando assim, seu harmônico reingresso no convívio social.

A Lei de Execução Penal, conhecida por LEP, foi o primeiro diploma elaborado sob a forma de uma codificação com o fim de regular a execução penal de forma abrangente, trazendo, também, indispensavelmente, muitos artigos referentes aos direitos dos presos, com uma postura humanista.

Outra característica importante que deve ser frisada em relação à LEP é o fato de ela ter trazido um novo modelo de execução: o modelo jurisdicional. O objetivo foi assegurar aos reclusos seus direitos fundamentais, no momento em que o princípio da legalidade domina o corpo do projeto, vendo o preso como sujeito da execução; isso não acontecia quando a natureza da execução da pena era administrativa, muito mais sujeita a arbitrariedades, e na qual o preso era visto como objeto da execução.

Quanto à importância da observação ao princípio da legalidade na execução penal, afirma LYRA (1944, p. 11) que:

[...] o princípio da legalidade abrange, também, a execução penal, sendo que a própria margem, deixada à discricção da autoridade administrativa, há de conter-se nos limites dos regulamentos e das instruções. Não se compreende que, na fase mais grave e mais importante da atuação da justiça, esta abandone os homens que mandou ao cárcere e degrade a função pública da pena.

Portanto, é direito do preso ser tratado com dignidade, eis que esta é garantida a qualquer pessoa, independente da situação fática peculiar que surgir em sua vida. Ao perder a liberdade, todos os outros direitos permanecem, devendo o encarcerado, por isso, ser tratado com um respeito inviolável, o qual deve nortear toda a atividade jurisdicional.

Em que pese as garantias previstas e o processo formal de jurisdicalização instaurado na Lei de Execução Penal, as reivindicações do preso, muito comumente, são desprezadas, ignoradas pelas autoridades administrativas e judiciárias, sob a alegação de necessidade de manutenção da ordem, através da disciplina e segurança.

Com isso, o que se vê, na prática, é o completo descaso pela situação carcerária brasileira, tanto isto é verdade que com o trânsito em julgado da sentença condenatória, só resta ao réu expiar a sua culpa, e ao fazê-lo, o faz sob condições desprovidas de humanidade.

No atual sistema de execução penal, é evidente que os presos estão sendo condenado a passar fome, passar frio, a viverem amontoados nos estabelecimentos prisionais. Isto significa, indiscutivelmente, excesso da pena e crueldade. Quadro que afronta gravemente à Constituição e à legislação internacional de Direitos Humanos, da qual o Brasil faz parte.

Em um Estado Democrático de Direito e solidário, é fundamental a efetivação da dignidade humana para todos os cidadãos, consubstanciada na realização dos Direitos Humanos. Um Estado preocupado com a realização do bem comum deve seguir esta linha, não se distanciando desse caminho em hipótese alguma, sob pena de reconhecimento de uma inadmissível desigualdade de tratamento entre iguais seres humanos, todos dotados da mesma dignidade.

5. CONCLUSÃO

Não paira a menor dúvida de que o sistema penitenciário brasileiro está falido, além de já estar demonstrado não ser útil para a solução dos problemas da criminalidade, em virtude de haver nele um desrespeito sistemático aos direitos humanos garantidos pela Constituição Federal, inclusive aos condenados.

O discurso que prega a reclusão como forma de ressocialização de criminosos ultrapassa a raiz da hipocrisia tolerável quando se percebe as lamentáveis condições do sistema penitenciário atual. Diante deste quadro deplorável cabe a nós mantermos vivo o desejo de Justiça.

Nosso país é profundamente desigual, começando pela concentração de renda. Somado a isso, negros, mulatos e pobres não tem oportunidades de subsistência, partindo para a criminalidade. Os presos estão nas penitenciárias porque descumpriram a lei. Mas esquecemos que algo deve ser feito com aqueles que, da mesma forma, descumprem a lei que beneficia os presos a uma vida mais digna e humana.

Percebe-se, portanto, um grande desinteresse pela questão dos Direitos Humanos dos presos, por parte da sociedade e do Estado. Do Estado, por que não cumpre o seu papel de garantir tratamento digno; e da sociedade, por que esta não reage frente às condições subumanas existentes nos presídios. A verdade é que, para a maioria, não há a menor importância naquilo que os presos fazem ou naquilo pelo qual eles passam no cárcere, desde que estejam presos, longe dos olhos daqueles que, infelizmente, possuem uma visão limitada e vazia da vida. Presos e encarcerados tornam-

-se fenômenos que representam uma ameaça profunda à sociedade normatizada e, assim, as atitudes desta, frente ao problema prisional, revelam o desejo de que sejam totalmente excluídos deste mundo.

Em que pese o princípio da dignidade da pessoa humana estar previsto no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se uma vergonhosa e perversa situação nos estabelecimentos carcerários. As disposições constitucionais e os muitos dispositivos da Lei de Execução Penal que visam garantir direitos e tratamento digno aos presos não encontram efetividade real, restando as suas benesses inalcançáveis. As garantias estão legalizadas, consolidando a idéia de serem respeitadas e estendidas a todos, mas não há apreço por parte da sociedade e do Estado, encontrando-se a massa carcerária totalmente desprovida de atenção e consideração.

Vê-se, portanto, um quadro doloroso nos presídios, que retrata um dia a dia repleto de contrariedades em relação ao sistema. Como se deixou tal fato acontecer com essas pessoas? Tantas necessidades não supridas, tantos horrores vivenciados, tanto descaso por seus corpos e almas. Aqueles que erram são condenados a uma experiência que degrada e destrói, sendo assim é totalmente impossível passar pelo sistema penitenciário livre de sequelas.

Existe uma grande falta de vontade do Estado em investir no setor carcerário, uma enorme omissão na concretização dos direitos fundamentais dos condenados. E, por trás disso, é captada a imagem de uma sociedade que não perdoa, que não dá chances, que exclui quando deveria tentar incluir. A evolução moral necessária infelizmente não foi alcançada pela

sociedade, e isso resta comprovadamente demonstrado pelo desprezo a situação caótica que os presos são obrigados a conviver.

Na busca da evolução, como sociedade e como indivíduos, um dos principais passos consiste em sensibilizar-se com o tropeço do outro e não querer vingança, mas lutar para que aquele tenha condições e oportunidades de reparar o erro e viver de forma diferente a quando de seu retorno ao convívio social, pois não devemos esquecer que não existe prisão perpétua e nem pena de morte, assim, como pode um apenado ao sair desta verdadeira tortura que é o atual sistema penitenciário brasileiro, com raríssimas exceções, poder se tornar uma pessoa melhor da que entrou? Que tal influenciar o Estado a oferecer uma realidade diferente nas penitenciárias e delegacias de polícia? Onde existe firme vontade, não há lugar para o fracasso. Muitas mudanças estão nas mãos da sociedade e a sua concretização depende apenas de bom ânimo e, antes de tudo, de amor pela vida. Pela sua, e pela do outro, aí sim se estará atendendo realmente a dignidade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Vade mecum criminal*. São Paulo: Rideel, 2008.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código de Processo Penal*. vol VI. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfrang. *Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

A violência de gênero segundo a Lei 11.340/2006 e a competência criminal dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

Fabiola Urbinati Maroja Pinheiro¹

RESUMO

O presente trabalho visa à discussão acerca da competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para apreciar os crimes de violência de gênero. Centra-se no entendimento de que esses crimes devem ser processados e julgados perante os Juizados especializados na matéria apenas quando estiver caracterizado que a conduta foi praticada em razão de a vítima pertencer ao sexo feminino. Baseia-se na premissa de que a motivação de gênero é requisito exigido pela Lei 11.340 de 2006, pelas convenções internacionais que tratam sobre violência contra a mulher, por parte da doutrina e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

PALAVRAS-CHAVE: competência, Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, crimes de violência de gênero, motivação de gênero.

ABSTRACT

This paper aims to discuss about the competence of the Courts of Domestic Violence against Women to consider the crimes of gender violence. It focuses on the understanding that such crimes should be prosecuted and tried in the Courts specializing in such matters only when it is characterized that the conduct was committed because the victim being female. It is based on the premise that gender is the motivation required by Law 11.340 of 2006, international conventions that deal with violence against women, by the doctrine and jurisprudence of the Superior Court of Justice and the Court of the State Pará.

KEYWORDS: competence, Courts of Domestic Violence against Women, crimes of gender violence, gender's motivation.

¹ Juíza de Direito Substituta em exercício na 2ª e na 3ª Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Belém/Pa; Ex-Procuradora do Estado do Pará; e Pós-graduanda em Direito Agrário.

Questão que se revela assaz importante é a da definição da competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar e julgar os feitos criminais em que não estiver evidenciada a violência de gênero segundo a Lei 11.340/2006.

Diariamente, aportam tais processos nas Varas de Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Belém, os quais, não raro, são distribuídos a outros Juízos competentes, como, a título de ilustração, os Juizados Especiais Criminais, as Varas Criminais do Juízo Singular, a Vara de Crimes contra a Criança e o Adolescente e a Vara do Idoso, ainda que as vítimas, em alguns casos, sejam do sexo feminino, justamente por não estar configurada a violência de gênero.

Mas, afinal, o que vem a ser a violência de gênero prevista na Lei 11.340/2006 que atrairia a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher?

Sem pretender esgotar o tema, que é demasiado complexo e inarredavelmente entrelaçado com a análise de ciências sociais diversas do Direito, sobretudo a antropologia, buscou-se nesse artigo, senão delimitar os seus contornos, ao menos semear a discussão sobre o assunto, que, em verdade, encontra-se em construção pela doutrina e pela jurisprudência.

Inicialmente, é preciso entender os antecedentes históricos que levaram à edição da Lei 11.340/2006.

A violência contra a mulher é, antes de tudo, um triste e vergonhoso fenômeno mundial. Damásio de Jesus (2010, p. 18), ao comentar o assunto, ressalta a “democratização” deste problema social, que aparenta não eleger condição socioeconômica e cultural, por atingir igualmente mulheres de países desenvolvidos e subdesenvolvidos.

Tanto é que o autor apresenta alguns dados estatísticos estarrlecadores para fundamentar o seu argumento, extraídos de Heise et. al (1994), a

partir de tipos de amostras diferenciadas: no Canadá, 25% das mulheres (29% das que alguma vez foram casadas) informam haver sido atacadas fisicamente pelo companheiro atual ou anterior desde os 16 anos de idade; no Chile, 60% foram abusadas pelo companheiro e 26% foram fisicamente abusadas; na Colômbia, 20% foram abusadas fisicamente, 33% abusadas psicologicamente e 10% foram estupradas pelo marido; na Nicarágua, 52% sofreram violência física; e nos Estados Unidos da América, 28% reportam ao menos um episódio de violência física.

No Brasil, segundo pesquisas recentes, citadas no HC 44009 do STJ, uma mulher é vítima de violência a cada quinze segundos. De fato, esses números estão de acordo com os apontados por Ladislau apud Lima (2009, p.67):

“dados de organizações não-governamentais, baseados em dados da Polícia, dão conta de que quatro mulheres por minuto no Brasil são espancadas. E muitas não denunciam por medo ou vergonha de se expor. Pesquisa realizada em 2001 pela Fundação Perseu Abramo estima em mais de dois milhões os casos de violência doméstica e familiar por ano. O estudo apontou ainda que cerca de uma em cada cinco brasileiras declara espontaneamente ter sofrido algum tipo de violência por parte de algum homem.”

Não é à toa que, de conformidade com Felberg (2010, p. 331), o Brasil recebeu o inglório título de “campeão da violência contra a mulher” por ocasião da IV conferência Mundial sobre a mulher promovida pelas Nações Unidas no ano de 1995 em Beíjng.

Para Dias (2010, p. 165), a ausência de uma legislação própria desestimulava a denúncia e tornava a violência doméstica um crime quase invisível. A isso, somam-se outros fatores, tais como: o descaso na criação das Delegacias da Mulher, a falta de atendimento humanizado, preventivo e integrado à vítima e, sobretudo, a aplicação da Lei 9.099/95.

A Lei 9.099/95 foi editada com o intuito de conferir celeridade ao processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, que estavam abarrotando a Justiça Comum Ordinária. Para tanto, previu institutos despenalizadores, como, por exemplo, a composição civil e a transação penal, os quais visavam, precipuamente, evitar a instauração do processo criminal, movidos pela ideia do Direito Penal Mínimo.

A teleologia da Lei dos Juizados Especiais Criminais é louvável no tocante às infrações de menor potencial ofensivo. Contudo, era evidentemente inadequada para solucionar o grave problema da violência doméstica contra a mulher no Brasil.

Por essa lei, a autoridade policial limitava-se a lavrar o termo circunstanciado de ocorrência e encaminhá-lo a juízo. Após a chegada do expediente na Justiça, havia a demora para a designação de audiência preliminar e, nesse período, a mulher era novamente vítima de violência ou era seduzida pelo seu agressor.

Nessa audiência, a mulher-vítima, emocionalmente envolvida com o seu agressor e com a autoestima em frangalhos, era, no mais das vezes, incentivada a renunciar a representação ou queixa seja pelo conciliador, seja pelo promotor de justiça seja pelo juiz.

Quando a vítima não desistia, eram homologadas transações penais, que livravam ileso o agressor, ou seja, sem antecedentes e com a punibilidade declarada extinta. Isso sem falar que as transações penais cingiam-se à entrega de cestas básicas pelo mesmo, que, às vezes, retirava os mantimentos da sua própria residência, deixando a família à míngua.

Em suma, era “barato” bater na mulher. Tanto é assim que os números chegaram a esse patamar desastroso.

Maria da Penha Fernandes, biofarmacêutica residente em Fortaleza, no Ceará, também engrossou as estatísticas de violência doméstica. Em 1983, foi vítima de duas tentativas de homi-

cídio, cujo autor foi seu ex-marido e, como consequência das gravíssimas lesões que lhe foram infligidas, sofre de paraplegia dos membros inferiores. Entre a data dos crimes e a prisão do autor transcorreram dezenove anos e seis meses.

Graças a essa corajosa mulher, que buscou amparo na Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, o Estado Brasileiro foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência contra as mulheres.

Após esse fato, finalmente, o Brasil passou a dar maior atenção aos tratados e convenções internacionais sobre a matéria, vale dizer, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, assim como ao § 8º do art. 226 da Constituição Federal, que prevê que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos seus membros, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Outrossim, o país adotou legislação específica para o trato da violência doméstica e familiar contra a mulher – a Lei 11.340/2006, apelidada de “Lei Maria da Penha” -, ainda que tardiamente, por ter sido apenas o 18º (décimo oitavo) país da América Latina a aperfeiçoar a sua legislação nesta seara.

É bem verdade que diversas leis já haviam sido aprovadas antes da Lei 11.340/06 para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, cujas mais recentes são: (a) – Lei nº 11.106/2005, de 28/03/05 (discriminação de gênero); (b) – Lei nº 10.886, de 17/06/04 (tipifica a violência doméstica); (c) – Lei nº 10.778, de 24/11/03 (notificação compulsória pelos serviços de saúde); (d) – Lei nº 10.714, de 13/08/03 (telefone para denúncias de violência); (e) – Lei nº 10.455, de 13/05/02 (afastamento e prisão do agressor); (f) – Lei nº 10.224, de 15/05/01 (Assédio sexual no trabalho).

Contudo, o Brasil ainda não contava com um verdadeiro microsistema legislativo, tal qual é a Lei 11.340/2006, que, de conformidade com Silva Junior (2006, p. 2), não é fruto de um fato sensacionalista isolado, mas sim de um longo processo histórico levado a efeito por movimentos sociais – em especial do feminismo brasileiro – para a erradicação, prevenção e punição da violência contra a mulher.

Cumprasseverar que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, conhecida pela sigla CEDAW, estabelece, em seu art. 1º, o que significa “discriminação contra as mulheres”:

“art 1º. Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra as mulheres’ significa toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”

É importante salientar, também, que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, denominada “Convenção de Belém do Pará”, preocupada notadamente com a situação generalizada de violência vivenciada por muitas mulheres da América, conforme consta de sua exposição de motivos, preconiza, em seus arts. 1º e 2º, respectivamente, o que se deve compreender por “violência contra a mulher”:

“Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 2

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

- a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
- b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
- c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.”

A Lei 11.340/2006, por sua vez, prevê, em seu artigo 5º, o que se deve entender por violência doméstica e familiar contra a mulher para o fim de incidência dos seus efeitos:

“ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

Da leitura destes três diplomas legislativos, denota-se, primeiramente, que a violência contra a mulher não se circunscreve somente ao espaço doméstico ou familiar, uma vez que também

ocorre em outros segmentos da sociedade, como, por exemplo, no trabalho, por meio do assédio moral e sexual.

Entretanto, a Lei 11.340/2006 tipificou apenas a violência contra a mulher que ocorre no âmbito da relação de afetividade, isto é, no espaço privado das relações de gênero, como bem observado por Silva Junior (2006, p. 1).

Souza (2009, p. 46), ao comentar sobre o sujeito ativo dos crimes a que se refere a Lei Maria da Penha, manifestou a existência de duas correntes, uma restritiva, que considera ser o sujeito ativo apenas o homem, salvo na hipótese de relação homoafetiva entre mulheres, e, a outra, ampliativa, que reputa ser sujeito ativo tanto o homem quanto a mulher, desde que haja relação pessoal entre vítima e agressor, tese esta à qual aquele autor se filia, citando, inclusive, Luiz Flávio Gomes:

“O tema tem dado ensejo a uma aberta divergência quanto à pessoa que pode figurar como autor dos crimes remetidos por esta Lei, havendo uma corrente que defende que, por se tratar de crime de gênero e cujos fins principais estão voltados para a proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar, com vistas a valorizá-la enquanto ser humano igual ao homem e evitar que este se valha desses métodos repugnáveis como forma de menosprezo e de dominação de um gênero sobre o outro, razão pela qual no polo ativo pode figurar apenas o homem e, quando muito, a mulher que, na forma do parágrafo único deste artigo, mantenha uma relação homoafetiva com a vítima, ao passo que uma segunda corrente defende que a ênfase principal da presente Lei não é a questão de gênero, tendo o legislador dado prioridade à ‘criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher’, sem importar o gênero do agressor, que tanto pode ser homem, como mulher, desde que esteja caracterizado o vínculo de relação doméstica, de relação familiar ou de afetividade, sendo esta a opinião, dentre outros, do jurista Luiz Flávio Gomes, a qual entendemos ser mais coerente e que dá menos ensejo a possíveis questionamen-

tos quanto à constitucionalidade, já que trata igualmente homens e mulheres quando vistos sob a ótica do polo ativo, resguardando a primazia à mulher apenas enquanto vítima, já que se apresenta inaceitável que no ambiente doméstico ou familiar o neto agrida fisicamente a avó e esteja sujeito às regras desta Lei, enquanto que a neta, nas mesmas condições, pratique idênticos atos e não se submeta a tais regras.” (grifo nosso)

A maior parte da doutrina tem entendido que, para a configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher, em linhas gerais, é necessário que o sujeito passivo seja mulher, podendo ser o sujeito ativo tanto homem quanto mulher, desde que haja entre a vítima e o agressor vínculo doméstico, familiar ou de afeto.

Nesse sentido, Dias (2008, p. 54), com visão bastante ampla do tema, aparentemente enquadrada na segunda corrente acima mencionada, suscita a necessidade de configuração de “motivação de ordem familiar”:

“Para ser considerada a violência como doméstica, o sujeito ativo tanto pode ser um homem como outra mulher. Basta estar caracterizado o vínculo de relação doméstica, de relação familiar ou de afetividade, pois o legislador deu prioridade à criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, sem importar o gênero do agressor. (...) A parceira da vítima, quando ambas mantêm uma união homoafetiva (art. 5º, parágrafo único), igualmente responde pela prática de violência de âmbito familiar. Os conflitos entre mães e filhas, sogras e noras, assim como os desentendimentos entre irmãs, do mesmo modo estão ao abrigo da Lei Maria da Penha quando flagrado que a agressão tem motivação de ordem familiar. Como a empregada doméstica, que presta serviço a uma família, também está sujeita à violência doméstica, tanto o patrão como a patroa podem ser os agentes ativos da infração. Do mesmo modo, companheiras de quarto ou co-habitantes de república são equiparadas aos entes tutelados na Lei Maria da Penha () Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha (...)” (grifo nosso)

A lição de Andreucci (2011, p. 670) é na mesma linha de entendimento:

“A Lei 11.340/2006, em vários de seus dispositivos, refere-se ao sujeito ativo da violência doméstica e familiar como ‘agressor’. É bem de ver, entretanto, que, ao referir-se à vítima da violência doméstica e familiar, referiu-se o legislador a ‘ofendida’, restringindo o gênero. Forçoso concluir, portanto, que tanto o homem quanto à mulher podem ser sujeitos ativos da violência doméstica e familiar, de vez que o termo ‘agressor’ foi utilizado genericamente, abrangendo tanto o sexo masculino quanto o feminino. Somente a mulher pode ser sujeito passivo da violência doméstica e familiar. Como ressaltado linhas atrás, até mesmo o transexual que fizer cirurgia de sexo e passar a ser considerado mulher no registro civil poderá ter efetiva proteção da lei. Não se pode olvidar, entretanto, que, para a incidência da lei em referência, deve estar presente o critério especial tipificante, ou seja, a violência deve ocorrer no âmbito da relação doméstica, familiar ou íntima de afeto.” (grifo nosso)

Damásio de Jesus (2010, p. 65) também leciona que o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher e, o sujeito passivo, apenas a mulher, incluindo-se a homossexual e a transexual legalmente considerada mulher, desde que exista vínculo doméstico, familiar ou de afetividade. Exclui, porém, da incidência da lei o indivíduo travestido e a diarista, admitindo a aplicação da lei apenas para a empregada doméstica que desfrutar de convívio e participação mais intensa na família.

Contudo, a par dos valiosos comentários feitos por estes proficientes autores, ousa-se acrescentar algumas considerações que se reputam relevantes na tentativa de delimitar, com maior precisão, na prática, o que se caracteriza como violência de gênero segundo a Lei 11.340/2006 e, por conseguinte, qual a amplitude da competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher a partir de uma visão que passe necessariamente pela apreciação da presença da “motivação de gênero”, e não da mera “motivação de ordem familiar”.

Retomando a análise do art. 5º da Lei 11.340/2006, depreende-se deste dispositivo legal que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão “baseada no gênero”, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

Extrai-se do art. 1º da Convenção de Belém do Pará que a violência contra a mulher envolve qualquer ato ou conduta “baseada no gênero” e do art. 1º da CEDAW que a discriminação contra as mulheres significa toda distinção, exclusão ou restrição “fundada no sexo”.

Em razão da recorrente menção à expressão “gênero” na Lei 11.340/2006 e nas convenções internacionais que tratam sobre a violência contra a mulher, revela-se imprescindível, para a correta compreensão da violência doméstica contra a mulher, trazer à baila tal conceito, mesmo porque, consoante Marques apud Damásio de Jesus (2010, p. 10), não há na literatura sobre o tema definições claras sobre quais situações constituem e quais não constituem tal violência, sendo esta categorização muito mais intuitiva do que formal.

A conceituação de gênero tem sido engendrada no bojo das Ciências Sociais, principalmente em um sentido antropológico, desde os anos 80 e está intrinsecamente relacionada com o surgimento e o fortalecimento dos movimentos feministas.

A expressão “gênero” advém do latim e significa classe ou espécie. Pelo conceito antropológico, obtido a partir do Dicionário Aurélio (2004), “gênero” significa “a forma culturalmente elaborada que a diferença sexual toma em cada sociedade, e que se manifesta nos papéis e ‘status’ atribuídos a cada sexo e constitutivos da identidade sexual dos indivíduos”.

Teles (2006, p. 38), sobre a diferença entre gênero e sexo, leciona que:

“Em outras palavras quer dizer que gênero se constrói socialmente de acordo com o tempo histórico vivido em cada sociedade, enquanto a expressão ‘sexo’ teria uma caracterização biológica com destaque para os aspectos físicos do ser feminino ou do ser masculino. Assim, é a própria estrutura da sociedade e sua dinâmica que transformam as diferenças sexuais em desigualdades sociais tendo em vista atender interesses de determinados grupos”

Bertolin e Baruki (2010, p. 299) sustentam que a violência de gênero está intimamente ligada à ordem patriarcal ou androcêntrica ainda vigente na sociedade:

“Quando se trata de questão de gênero, é inevitável não encarar o laço social perverso ou pervertido que se encontra nos bastidores do binômio exclusão/inclusão: o Patriarcado. O patriarcado ou androcêntrismo, sistema de organização social que se estabelece a partir da dominação de gênero, amplamente tratado por outros artigos desta mesma coletânea, mostra-se fundamental à compreensão do fenômeno conhecido por violência contra a mulher, violência doméstica ou violência de gênero”

Nesse sentido, Freitas apud Bertolin e Baruki (2010, p. 318) afirma que o Direito Penal de Gênero é formado pelo estudo dos tipos penais que apresentam um elemento específico, qual seja, a conduta fundada no gênero, tendo em vista as relações de dominação entre os sexos, baseada na constatação de que as mulheres têm sido historicamente vitimizadas pela opressão masculina, desenvolvida a partir das mais variadas formas e aspectos.

Por esse raciocínio, a violência de gênero é praticada, a princípio, por homem contra mulher como manifestação do patriarcado ou androcêntrismo.

A assertiva acima se confirma pela interpretação extraída da exposição de motivos da lei 11.340/2006, conforme excerto abaixo transcrito:

“(…) As iniciativas de ações afirmativas visam ‘corrigir a defasagem entre o ideal igualitário predominante e/ou legitimado nas sociedades democráticas modernas e um sistema de relações sociais marcado pela desigualdade e hierarquia’. Tal fórmula tem abrigo em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro precisamente por constituir um corolário ao princípio da igualdade. A necessidade de criar uma legislação que coíba a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista tanto na Constituição como nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, é reforçada pelos dados que comprovam sua ocorrência no cotidiano da mulher brasileira (…) O art. 5º da proposta de Projeto de Lei define violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou conduta baseada na relação de gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico. É importante ressaltar que a Convenção de Belém do Pará possui objeto mais amplo, considerando a violência ocorrida no âmbito público e privado. Para os fins dessa proposta, e de forma a conferir-lhe maior especificidade, somente foi considerada a violência ocorrida no âmbito privado. Cabe especial atenção a um conceito basilar previsto na proposta: a relação de gênero. A violência intrafamiliar expressa dinâmicas de poder e afeto, nos quais estão presentes relações de subordinação e dominação. As desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sociocultural que não encontra respaldo nas diferenças biológicas dadas pela natureza. Um sistema de dominação passa a considerar natural uma desigualdade socialmente construída, campo fértil para atos de discriminação e violência que se ‘naturalizam’ e se incorporam ao cotidiano de milhares de mulheres. As relações e o espaço intrafamiliares foram historicamente interpretados como restritos e privados, proporcionando a complacência e a impunidade (…)” (grifos nossos)

Conforme Silva Junior (2006, p. 1), a violência de gênero não é caracterizada por qualquer conduta lesiva contra uma mulher. Para ser crime previsto na lei 11.340/06, é indispensável que a ação ou omissão seja fundamentada propriamente no gênero, ou seja, na relação de dominação

do homem sobre a mulher em razão da condição da última de pertencente ao sexo feminino, e que entre os sujeitos exista uma relação pessoal:

“Segundo a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão “baseada no gênero” que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto (art. 5º e incs.). Não se trata, portanto, de qualquer conduta lesiva contra uma mulher. Para ser crime previsto na nova Lei, é necessário que a conduta seja baseada no gênero. A ação ou omissão que não for baseada no gênero não tem previsão típica na Lei Maria da Penha. A violência doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto contra uma mulher que não for baseada no gênero realiza tipos penais comuns e não está abrangida pela nova Lei. Assim, o direito penal de gênero é formado pelo estudo dos tipos penais que tem um elemento específico que o define como crime de gênero, ou seja, conduta baseada no gênero.(...) Sujeito passivo: somente a mulher. Sujeito ativo: somente o homem, salvo co-autoria. Contudo, não basta a definição do sexo biológico. Entre os sujeitos deve existir uma relação pessoal, ou seja, uma relação de afetividade (art. 5º, incs. I-III) que tanto pode decorrer da convivência no lar, de relacionamento amoroso (marido ou ex-marido, companheiro ou ex-companheiro, namorado ou ex-namorado), como de parentesco em sentido amplo (pai, irmão, padrasto, cunhado etc.). Na definição dos sujeitos do crime, suas preferências sexuais são irrelevantes (art. 5º, parág. único). Não perde a proteção penal especial, a mulher que tiver orientação sexual diferente da tradicional. Não é preciso, portanto, exercitar o papel de “mãe” ou “esposa” para estar protegida pela Lei Maria da Penha. Igualmente, não pode o homem agressor eximir-se dos rigores da lei invocando opção sexual diferente daquela idealizada para o macho no patriarcado (...)” (grifo nosso)

Assim, para este autor, a violência de gênero e, em última análise, o âmbito de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, aparentemente, circunscreve-se apenas aos casos de violência em que, de um lado, como sujeito ativo, exista um homem ou, no máximo, uma mulher em situação de co-autoria ou no âmbito de uma relação homoafetiva, e, de outro lado, como sujeito passivo, haja uma mulher, desde que entre vítima e agressor tenha vínculo doméstico, familiar ou de afeto.

Herman (2008, p. 101), ao comentar o art. 5º da Lei 11.340/2006, em uma interpretação similar, porém menos restrita que a acima exposta, por referir expressamente a obrigatoriedade de a conduta ser fundada no gênero, sustenta que, independentemente de o agressor ser homem ou mulher, a violência de gênero de que cuida a lei em comento exige que a conduta seja oriunda de preconceito ou discriminação resultante da condição da vítima de mulher:

“O artigo 5º ocupa-se fundamentalmente do delineamento conceitual, desdobrando o conceito e estabelecendo sua abrangência. Define no caput o sujeito protegido – a mulher- e as condutas – comissivas (ação) ou omissivas (omissão) – que configuram a espécie de violência de que trata a lei. Segundo o dispositivo, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão que lhe traga morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, desde que baseada no gênero. Fica claro que a lei tem por escopo proteger a mulher contra atos abusivos decorrentes de preconceito ou discriminação resultante de sua condição feminina, não importando se o agressor é homem ou outra mulher. A perfeita compreensão conceitual exige a retomada da categoria gênero, já conceituada na primeira parte deste livro. A expressão define diferenças e distinções sociais e culturais decorrentes das diferenças entre os sexos, que variam em cada sociedade ou cultura. Incluem-se no contexto não apenas os atos ou omissões decorrentes da

conjugalidade, mas todos que derivam de diferenças discriminatórias ligadas à condição de mulher da vítima, abrangendo não apenas a mulher adulta, mas a mulher-criança, a mulher-adolescente, a mulher-idosa, etc” (grifo nosso)

Cunha e Pinto (2007, p. 23), ao conceituarem a violência doméstica e familiar contra a mulher a partir da análise do mesmo dispositivo legal, também ressaltaram que a conduta deve ser fundamentada no gênero:

“De acordo com a Lei 11.340/2006 (art. 5º), entende-se por violência doméstica e familiar toda a espécie de agressão (ação ou omissão) dirigida contra mulher (vítima certa) num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade) baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Como bem ressaltou o Conselho da Europa, trata-se de ‘qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meio de enganos, ameaças, coação, ou qualquer outro meio, a qualquer mulher, e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, mental e moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais” (grifo nosso)

Robustece o argumento em torno da necessidade de a violência contra a mulher ser fundada no gênero o fato de as Nações Unidas, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em 1993, ter reconhecido que a violência contra a mulher é uma violação de direitos humanos *que se baseia principalmente no fato de a pessoa agredida pertencer ao sexo feminino* (DAMÁSIO DE JESUS, 2010, p. 16).

Outrossim, cumpre salientar que o art. 5º da Lei 11.340/2006, que define a violência doméstica e familiar contra a mulher, deverá ser

cotejado de forma sistemática com o art. 4º da lei em comento, o qual prevê, em redação similar a do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, na interpretação desta lei, deverão ser considerados os fins sociais a que ela se destina, isto é, a tutela da mulher nas relações privadas de gênero (SIRVINKAS APUD LIMA, 2009, p. 65).

De qualquer maneira, seja sob a ótica da primeira ou da segunda corrente, o certo é que a violência doméstica e familiar contra a mulher apenas deverá ser processada e julgada perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher se restar demonstrada a motivação de gênero.

De fato, embora a jurisprudência dos Tribunais de Justiça Estaduais não seja pacífica sobre o assunto, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou recentemente a esse respeito em três casos emblemáticos para a definição do tema: o de vítima criança do sexo feminino; o de conflito entre irmãs; e o de agressões mútuas entre namorados não decorrente do relacionamento amoroso.

No primeiro caso, uma Procuradora de Justiça aposentada foi acusada de tortura contra menina que vivia sob a sua guarda e a Corte Superior decidiu que o processo deveria tramitar perante o Juízo Criminal e não o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em razão de a agressão não ter se dado pela condição da vítima de pertencente ao sexo feminino, mas sim por sua condição de criança, senão vejamos:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. TORTURA CONTRA CRIANÇA EM CONTINUIDADE DELITIVA. PROCURADORA DE JUSTIÇA APOSENTADA. INEXISTÊNCIA DE PRIVILÉGIO DE FORO. SÚMULA 451/STF. COMPETÊNCIA DO JUIZ CRIMINAL E NÃO DO JUIZADO ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. CRIME COMETIDO EM RAZÃO DA CONDIÇÃO DE CRIANÇA DA VÍTIMA. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA

PREJUDICADO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. NOVOS TÍTULOS APTOS A SUSTENTAR A CUSTÓDIA, CUJOS FUNDAMENTOS NÃO FORAM IMPUGNADOS NA INICIAL. PRECEDENTES DA 3A. SEÇÃO DESTA CORTE. PARECER DO MPF PELA DENEGACÃO DA ORDEM. HC PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM.

1. A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Súmula 451/STF.

2. Ressai dos fatos narrados na denúncia que a paciente tinha a guarda provisória e precária da vítima e a submeteu a intolerável e intenso sofrimento psicológico e físico ao praticar, em continuidade delitiva, diversas agressões verbais e violência física, de forma a caracterizar o crime de tortura descrito no art. 1o., inciso II, combinado com o § 4o., inciso II da Lei 9.455/97.

3. O fato de a menor agredida ser do sexo feminino não possui qualquer influência no delito praticado pela paciente, pois foi a condição de criança que levou a acusada a praticá-lo. Caso a vítima fosse homem, a conduta não deixaria de existir, pois o fundamental para a acusada era a incapacidade de resistência da vítima diante das agressões físicas e mentais praticadas. Dest'arte, se o delito não tem razão no fato de a vítima ser do gênero mulher, não há falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar.

4. Ao que se tem das informações colhidas no endereço eletrônico do TJRJ, foi proferida a sentença condenatória e julgado o recurso de Apelação defensivo. Nesses casos, esta Corte tem entendido pela prejudicialidade da análise do decreto prisional, uma vez que há novos títulos a amparar a custódia cautelar, cujos fundamentos se desconhece e não foram impugnados na inicial deste HC.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. HC parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

HC 172784 / RJ HABEAS CORPUS 2010/0088351-5. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133). QUINTA TURMA. JULGADO EM 03.02.11. Publicado em 21.02.11

Ressalte-se que o mesmo entendimento, por haver identidade de fundamentos, deverá ser adotado em relação à vítima idosa quando se constatar que a agressão não se deu em razão de a vítima ser mulher, mas sim por sua condição de pessoa de idade avançada, suscitando a distribuição do feito à Vara Criminal competente.

Assim, retomando a crítica acima transcrita, feita por Sousa, segundo a qual seria inaceitável que, no ambiente doméstico ou familiar, o neto agrida fisicamente a avó e esteja sujeito às regras da Lei 11.340/2006, enquanto que a neta, nas mesmas condições, pratique idênticos atos e não se submeta a tais regras, cumpre esclarecer que é necessário verificar, em qualquer das hipóteses, as circunstâncias do caso concreto.

Assim, adotando-se a linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se, por exemplo, o neto ou a neta ofende a honra de sua avó em razão de sua condição de idosa, chamando-a de “velha decrépita”, tem-se que a injúria qualificada deverá ser apurada pelo Juízo Criminal Comum ou Vara do Idoso conforme a previsão da Lei de Organização Judiciária de cada Estado.

Por outro lado, caso, a título de ilustração, o neto ou a neta agrida a avó por discordar do fato de ela ter-se separado do seu avô e ter conquistado um novo amor, o que seria “inapropriado” para uma “mulher honesta”, tem-se que o fato deverá ser apreciado pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher por ter evidente conotação de gênero.

Em outra ocasião, o Superior Tribunal de Justiça, em caso de suposto crime contra a honra perpetrado por uma irmã contra a outra, entendeu por bem determinar que o feito fosse remetido a julgamento pelo Juizado Especial Criminal, e não pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em função de inexistir motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade da mulher hábil a atrair a incidência da Lei 11.340/2006, *in verbis*:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER.

CRIME CONTRA HONRA PRATICADO POR IRMÃ DA VÍTIMA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica.

2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

2. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei nº 11.340/06.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares/MG, o suscitado.

CC 88027 / MG CONFLITO DE COMPETENCIA 2007/0171806-1. Ministro OG FERNANDES (1139). S3 - TERCEIRA SEÇÃO. 05/12/2008. DJe 18/12/2008 RSTJ vol. 213 p. 365

Ainda, em um terceiro caso, houve supostas agressões mútuas entre namorados decorrentes de ciúmes da namorada e a Corte Superior entendeu, de igual forma, que, por não haver motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade da mulher, o processo deveria seguir o seu curso perante o Juizado Especial Criminal, senão vejamos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER.

AGRESSÕES MÚTUAS ENTRE NAMORADOS SEM CARACTERIZAÇÃO DE SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MULHER. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06.

COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

1. Delito de lesões corporais envolvendo agressões mútuas entre namorados não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou vulnerabilidade.

2. Sujeito passivo da violência doméstica objeto da referida lei é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação.

2. No caso, não fica evidenciado que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão à mulher, que é o fundamento de aplicação da Lei Maria da Penha. Sendo o motivo que deu origem às agressões mútuas o ciúmes da namorada, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Conselheiro Lafaiete/MG.

CC 96533 / MG CONFLITO DE COMPETENCIA 2008/0127028-7. Ministro OG FERNANDES (1139). S3 - TERCEIRA SEÇÃO. 05/12/2008. DJe 05/02/2009 (grifos nossos)

É importante asseverar que, nesse último caso, a Corte Superior não se manifestou no sentido de que o namoro estaria excluído da incidência da Lei 11.340/2006, mas sim que a agressão, no caso concreto, por não decorrer do relacionamento afetivo, não suscitaria a aplicação da Lei Maria da Penha, cuja teleologia é o enfrentamento à opressão da mulher no âmbito das suas relações privadas ou íntimas.

Vale ressaltar que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará também tem adotado esse posicionamento de vanguarda, o qual tem sido seguido pelas Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Belém, *in verbis*:

Conflito Negativo de Competência Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e Juízo de Direito do 6º Juizado Especial Criminal da Capital - Crime em tese de lesão corporal (art. 129, caput, do CP), praticado pela ex-cunhada Ausência de motivação de gênero - Inaplicabilidade da Lei nº 11.340/06 - Se o crime em tese foi praticado sem motivação de gênero, isto é, se a situação dos autos não demonstra qualquer relação de vulnerabilidade, hipossuficiência, inferioridade física ou econômica em função de relação afetiva, familiar ou doméstica entre autora e vítima, não se aplica, portanto, a Lei 11.343/06 - Competência do 6º Juizado Especial Criminal da Capital - Ocorrência da prescrição pela pena em abstrato - Art. 109, inciso V, do Código Penal - Transcurso de mais de 04 (quatro) anos desde da data do fato em tese delituoso até a presente data Extinção da punibilidade - Matéria de ordem pública

Declaração de ofício Conflito conhecido e definida a competência do 6º Juizado Especial Criminal da Capital, porém declarada extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal - Decisão unânime.

ACÓRDÃO Nº

1 CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA PROCESSO Nº 2010.3.022250-3 COMARCA DE ORIGEM: Belém SUSCITANTE: Juízo de Direito da 2ª Vara do Juizado de Violência Doméstica da Capital SUSCITADO: Juízo de Direito do 6º Juizado Especial Criminal da Capital PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA: Geraldo de Mendonça Rocha 1 RELATORA: Des. Vania Fortes Bitar

Portanto, entende-se que, para haver incidência da chamada “Lei Maria da Penha”, é necessário, a princípio, que o sujeito ativo do crime seja homem - embora a mulher também possa figurar como tal, se evidenciada a co-

-autoria com homem ou a violência doméstica e familiar perpetrada no âmbito de uma relação homoafetiva ou, ainda, no âmbito de relação em que haja verticalização de poder fundamentada no gênero -, e, ainda, o sujeito passivo seja mulher, independentemente da orientação sexual dos sujeitos, inclusive nos casos de pessoas que se identifiquem com o gênero feminino, a exemplo dos transexuais.

Ademais, é imprescindível que entre os sujeitos exista uma relação pessoal, ou seja, uma relação de afeto, que tanto pode decorrer da convivência no lar ou de relacionamento amoroso (marido ou ex-marido, companheiro ou ex-companheiro, namorado ou ex-namorado, por exemplo), como de parentesco em sentido amplo (pai, irmão, padrasto, primo, tio, cunhado e outros).

De todo modo, a violência doméstica e familiar contra a mulher apenas será da competência do Juizado Especializado na matéria se restar evidenciada a motivação de gênero.

Aliás, nem poderia ser diferente. A Lei 11.340/2006 encerra microssistema legislativo voltado à ação afirmativa de tutela da mulher em situação de violência doméstica e familiar com vistas a permitir que se concretize o princípio da igualdade substancial entre homens e mulheres.

É necessário, pois, que esteja presente, no polo passivo, a mulher em uma perspectiva de gênero ou de hipossuficiência, sob pena de generalização da incidência da Lei Maria da Penha para situações para as quais não exista razão de ser.

Isso seria um evidente equívoco e implicaria flagrante inconstitucionalidade, por gerar, em última análise, a banalização da lei e a criação de uma jurisdição penal especial para a mulher e outra comum para o homem, como bem ressaltado pelo Desembargador João José da Silva Maroja nos votos constantes dos acórdãos dos conflitos de competência nº 20083004720-2 e 20083004169-2.

Adotar posicionamento demasiado amplo implicaria também confundir violência doméstica com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Observe-se que, em determinadas situações, restaria caracterizada a violência doméstica tipificada no art. 129, §9º, do Código Penal, mas não a violência de gênero abarcada pela Lei 11.340/2006, não ensejando, por consequência, a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, como, por exemplo, no caso de crime contra a honra entre as irmãs, julgado pela Corte Superior.

Deixar de lado o exame da motivação de gênero ainda esvaziaria a competência das Varas especializadas na análise de crimes contra menores de idade ou idosos, muitas vezes com estrutura mais adequada para apreciação de casos relacionados a estas modalidades de hipossuficiência.

Ora, hipóteses há em que restaria caracterizada violência contra pessoa do sexo feminino, mas em virtude de hipossuficiência diversa de gênero, como, a título de ilustração, na hipótese da vítima criança agredida por sua genitora em virtude sua condição de menor de idade ou ainda de vítima idosa agredida por seus filhos dada a sua condição de pessoa de idade avançada.

Não se pode olvidar que há casos em que, de um lado, há uma vítima mulher, e, de outro lado, um agressor homem, que tem ou teve vínculo amoroso com a ofendida e agrediu-a por motivo comprovadamente estranho à relação íntima e, portanto, por meio de ação destituída de motivação de gênero, o que não ensejaria, de igual forma, a aplicação da Lei nº 11.340/2006, o que tem sido reconhecido, inclusive, por doutrinadores que adotam posicionamento mais amplo, como, por exemplo, Dias (2010, p. 63) e Souza (2009, p. 44).

Isso sem contar que hipóteses há em que a vítima, mesmo adolescente ou idosa, foi agredida, por exemplo, por seu companheiro, evidentemente, desta feita, não mais em razão da idade, mas sim do gênero, em que estaria, ao invés, efetivamente caracterizada a violência doméstica e familiar contra a mulher, concorrendo ainda dupla proteção legislativa ou superposição de normas protetivas, vale dizer, da Lei 11.340/2006 e, conforme o caso, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, todos modelos de tutela integral a hipossuficientes que se aplicam de forma sistemática, independentemente da Vara em que tramita o feito.

Por fim, mesmo em se tratando de vítimas que estejam excluídas do conceito de hipossuficientes segundo os diplomas em comento, é importante registrar que, com a entrada em vigor da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, foram instituídas medidas cautelares pessoais a serem aplicadas ao investigado ou ao réu (BONFIM, 2011, p. 19), assemelhadas às previstas na Lei 11.340/2006, estando, ainda, por óbvio, franqueado ao interessado socorrer-se do poder geral de cautela do juiz.

Como se vê, o entendimento aqui defendido possui respaldo na Lei 11.340/2006 e nos documentos internacionais que regem a matéria; na doutrina, embora não necessariamente majoritária, porém aparentemente mais afinada com o entendimento da antropologia, ciência de resto mais apropriada para o estudo da questão de gênero; e da jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, está de conformidade com a Constituição Federal, notadamente com o princípio da igualdade de gêneros, por evitar que se crie uma jurisdição especial para as mulheres e outra comum para os homens, por não ser este, como já visto, o objetivo da Lei 11.340/2006, a qual visa, isto sim, propiciar o

enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, e não o acirramento das diferenças, responsável, quiçá, até por aumentar a discriminação contra a mulher.

Por fim, não gera qualquer prejuízo para as vítimas do sexo feminino que eventualmente tiverem as suas causas analisadas por Varas diversas do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher quando não caracterizada a violência de gênero, pois, de qualquer maneira, disporão das medidas cabíveis no ordenamento conforme o caso, estabelecidas no Código de Processo Penal, no Código de Processo Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso e, quando possível a aplicação simultânea de normas protetivas, na própria Lei 11.340/2006.

BIBLIOGRAFIA

- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Cláudia Pompeu Torezan (org). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.
- BONFIM, Edilson Mougénout. *Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha Lei com nome de Mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo*. Campinas: Servanda, 2008.
- LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Violência Contra a Mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica*. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Direito Penal de Gênero. Lei 11.340: violência doméstica e familiar contra a mulher. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1231, 14. Nov. 2006. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9144>. Acesso em: 20 abr. 2011.
- SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à Lei de Combate à Violência contra a Mulher*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que são direitos humanos das mulheres*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

Duração razoável do processo. É possível sua efetivação?

João Augusto Figueiredo de Oliveira Júnior¹

RESUMO

O presente estudo analisa a possibilidade de efetivação da garantia da duração razoável do processo, descrevendo as técnicas já implementadas para a sua efetivação, bem como averigua a existência de critérios objetivos que poderiam ser aplicados na mensuração da razoabilidade da duração do processo. As fontes de pesquisa utilizadas, consubstanciadas em obras doutrinárias, não conduziram a respostas precisas acerca do que caracteriza a duração razoável do processo ou se há compatibilidade entre a previsão de duração “razoável” e as formas objetivas propostas para a aferição da razoabilidade na duração do processo. Assim, valendo-se de premissas e conclusões, verificou-se que, apesar da aplicabilidade imediata da garantia insculpida no art. 5º, LXXVIII da CF/88, não há critérios objetivos consolidados para a sua mensuração, porque incompatíveis com a idéia de razoabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: 1. duração razoável do processo. 2. critérios. 3. condições para a efetivação. 4. celeridade

ABSTRACT

The current study analyzes the possibility of making effective the guarantee of reasonable duration of the lawsuit, describing the techniques already implemented for its effectiveness, as well as verifies the existence of objective criteria which can be applied on evaluating the reasonableness of the duration of the lawsuit. The sources of researches used, added to doctrinaire work, did not reach accurate answers about what characterizes the reasonable duration of the lawsuit or if there is compatibility between the prediction of the reasonable duration and the objective forms proposed to check the reasonableness in the duration of the lawsuit. Therefore, taking into account premise and conclusions, it was realized that even considering the immediate applicability of the guarantee stated in Section 5º, LXXVIII, CF/88, there is no objective criteria for its evaluation, as it is incompatible with the idea of reasonableness

Keywords: 1. reasonable duration of the lawsuit. 2. criteria. 3. conditions to effectiveness. 4. celerity

¹ Juiz de Direito do Estado do Pará, de 3ª entrância, Titular da 2ª vara de Execuções de Penas Privativas de Liberdade da Comarca de Belém, respondendo pela Vara de Execuções de Penas e Medias Alternativas da Região Metropolitana de Belém. E-mail: joao.augusto@tjpa.jus.br

INTRODUÇÃO

A garantia da razoável duração do processo é um tema aparentemente novo em nosso ordenamento jurídico e que, muito embora sempre houvesse permeado o conjunto dos direitos dos jurisdicionados, somente recentemente foi elevado a *status* de princípio.

A aparente novidade acaba por conduzir o intérprete a grandes dificuldades no sentido de se estabelecer compreensões acerca do fenômeno que ainda tem contornos instáveis e no mais das vezes carece de aplicação prática imediata, restando eminentemente pragmático e contando apenas com o bom senso dos julgadores e das partes.

Somente aos poucos vêm sendo adotadas técnicas que visam a dar efetividade à garantia, como o processo eletrônico e as ações repetitivas, entre outras reformas havidas na lei processual civil e penal. Alie-se a isto o fato de que ainda não se chegou a um critério objetivo apto a aferir o que é duração razoável do processo, necessitando este tema de amplo estudo e discussão, até para que se verifique a viabilidade ou não da utilização de critérios objetivos para o aferimento da razoabilidade na duração do processo.

Dessa forma, o estudo ora apresentado poderá contribuir na análise da efetivação da norma em referência, bem como na análise das técnicas legislativas e dos critérios objetivos para sua mensuração.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO

Com o fortalecimento do Estado, vedando a autotutela, firmou-se a jurisdição, função típica e atividade exclusiva do Esta-

do de fazer atuar a vontade do direito objetivo para realização da paz social.²

Enquanto atividade, a jurisdição é exercida através do processo, método de atuação, sistema de composição da lide em juízo, por intermédio de uma relação vinculativa de direito público.

Tal é a importância deste método de atuação que nossa Carta Magna o guindou à categoria de direito fundamental e, do ponto de vista metodológico e sistêmico, a condensação dos princípios constitucionais do processo é tratada pela doutrina como direito processual constitucional.

Indicam os doutrinadores, sem qualquer contraposição, que o direito fundamental de acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, engloba mais do que o direito de ingresso em juízo, é “o acesso à ordem jurídica justa”, que abrange, nas palavras do Prof. Eduardo Cambi³:

I- o ingresso em juízo; II- a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; III- a participação dialética na formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); IV- a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); V- a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).

² O processualista Marcelo Abelha Rodrigues em sua obra *Elementos de Direito Processual*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 119 (v.1), afirma que a atividade jurisdicional não é exclusiva do Estado, dando como exemplo o tribunal do júri e o juiz arbitral, com o que não concordamos, na medida em que, no primeiro caso a própria Constituição Federal confere ao Tribunal do Júri o *status* de órgão do Poder Judiciário, sendo dirigido por um juiz de direito; e no segundo caso a intervenção do *juiz arbitral* não importa atividade jurisdicional de autocomposição, de vez que o compromisso arbitral ou cláusula compromissória apenas adquire a condição de título executivo extrajudicial.

³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Disponível em www.panoptica.org, acessado em 20/06/2008, às 20h00min.

A preocupação com o tempo de duração do processo ultrapassa a esfera da comunidade jurídica e social brasileira, tema de recorrente discussão em diversos outros países, independentemente de seus padrões sociais, econômicos e políticos.

François Ost⁴, citado por Denise Teixeira de Oliveira, em sua Dissertação “**O direito Fundamental à Duração Razoável do Processo Judicial**”⁵ deixa bem clara a relação entre tempo e direito:

O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico em cujo seio desenrolaria sua ação; do mesmo modo o direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio. Antes é muito mais desde o interior que direito e tempo se trabalham mutuamente. Contra a visão positivista que não fez mais que exteriorizar o tempo, nós mostraremos que não é possível “dizer o direito” senão “dando tempo”; longe de se voltar à medida formal de seu desenrolar cronológico, o tempo é um dos maiores desafios da capacidade instituinte do direito.

É pacífico que a demora na tramitação processual representa um grave problema para o exercício da prestação jurisdicional, na medida em que esta tem por objetivo a pacificação social e, se a decisão não for proferida em tempo hábil ter-se-á o perecimento do direito.

A problemática da demora na tramitação processual é anotada pelos doutrinadores como de origem remota. José Carlos Barbosa Moreira⁶ também citado por Denise Teixeira de Oliveira⁷ demonstra

ser um equívoco achar que o problema da morosidade processual é peculiar ao nosso tempo:

Na verdade ele é multissecular. Para não ir mais longe – e sem esquecer a extrema diversidade das circunstâncias históricas que tornam arriscado qualquer confronto com a situação atual – recordarei que no início do século XIV as reiteradas queixas sobre a lentidão do processo canônico levaram o Papa Clemente V a criar, mediante a bula conhecida pela denominação de Clementionis Sape, um rito simplificado, sem muitas formalidades, que os historiadores do direito incluem entre os antecedentes dos atuais procedimentos sumário e sumaríssimo.

O que se pode e deve reconhecer é que o problema assume hoje em dia mais vultosas proporções, ou é percebido como mais grave.

No Brasil, antes mesmo da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 doutrinadores já defendiam a existência em nosso ordenamento jurídico do direito à duração razoável do Processo contido no direito fundamental à tutela jurisdicional, ou mesmo dentro do princípio do devido processo legal e da celeridade processual.

Luiz Guilherme Marinoni⁸ afirma que o direito à tutela jurisdicional efetiva adequada e tempestiva consiste em um direito fundamental já previsto no art. 5º XXXV, da CF, pois o Estado, quando provocada a jurisdição, deve proporcionar o bem da vida pleiteado dentro de uma distribuição racional do tempo do processo.

De outro modo, outros doutrinadores sustentam que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu artigo 8º, I, já previa que toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, e, sendo o Brasil signatário do Pacto, eficaz

⁴ OST François. **O tempo do Direito**. Tradução Elcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005, p.14)

⁵ OLIVEIRA, Denise Teixeira. O direito fundamental à duração razoável do processo judicial. 2007. Disponível em <http://www.uincap.br/tede>, acessado em 15/06/2008

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magister, maio/junho 2006. p.29)

⁷ OLIVEIRA, Denise Teixeira. Op. cit. 2007. p.21

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”. Disponível em <http://1.jus.com.br/doutrina>. Acessado em 09/01/2005, 08:00

no plano internacional desde 1978, desde a edição do Decreto nº 27, de 26 de maio de 1992, com a adesão do Brasil em setembro do mesmo ano, este direito já integrava o rol de direitos fundamentais do povo brasileiro, por força do § 2º do art. 5º da CF.

Não restam dúvidas de que a Constituição Federal, no § 2º do Art. 5º, antes mesmo da edição da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo em tela já previa que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Assim, sendo o Brasil signatário da Convenção Americana dos Direitos Humanos, decerto que o direito à duração razoável do processo já integrava o rol de direitos fundamentais do povo brasileiro, independentemente da controvérsia jurisprudencial sobre se a norma estaria a nível Constitucional ou infraconstitucional.

Também no âmbito internacional deve ser ressaltado o artigo 6.º da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950, que reza que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

No nosso ordenamento jurídico poder-se-ia afirmar que o direito fundamental à celeridade processual já constava no nosso ordenamento jurídico como desdobramento da cláusula do *due process of law*, ou em decorrência da garantia contida no inciso XXXV da CF/88, que assegura não só o acesso ao judiciário, como também a devida e efetiva proteção con-

tra qualquer forma de violação de direitos.

Contudo, o referido inciso LXXVIII do artigo 5º, que explicitou a garantia da duração razoável do processo, só passou a existir após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 em dezembro de 2004.

Com o estabelecimento expresso do princípio da duração razoável do processo abre-se uma luz para a modificação da situação do Judiciário, sem olvidar-se, entretanto, que para que sejam alcançados os objetivos almejados pelo reformador constituinte, faz-se necessário um esforço conjunto dos Poderes Públicos, na implementação, da Doutrina na interpretação conforme a sua finalidade, das partes e procuradores, agindo com boa-fé.

2. A POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Mas, então, porque o direito à duração razoável do processo foi disposto literalmente no Texto Constitucional, se nosso ordenamento jurídico, sem qualquer contraposição doutrinária ou jurisprudencial, já o abraçava?

Num contexto filosófico não há como se negar que a comunidade jurídica Brasileira formou-se e fundou-se na Escola Positivista, que traz em seu cerne a necessidade de regras (normas) explícitas para concretude do direito, que se traduz em segurança jurídica para exigir a realização do bem jurídico disponibilizado. Ou seja, culturalmente a força da literalidade da norma evita interpretações que impeçam sua aplicação, havendo, por isto, a necessidade de externar o direito através do legalismo estrito.

Por outro lado, além do legalismo estrito do positivismo normativista, o dispositivo que sob este *prima* teve seu conteúdo explicitado na Constituição (inciso LXXVIII, do Art. 5º),

como bem anotou Denise Teixeira de Oliveira⁹, foi “o primeiro acréscimo ao núcleo constitucional de direitos e garantias fundamentais feito no texto original da Carta Magna desde sua promulgação, em 1988”.

Como consequência desta opção legislativa o legislador constituinte reformador:

Não só criou um novo direito fundamental, como se deduz de sua posição formal dentro do texto constitucional, como também do ponto de vista material, fez nascer um novo direito subjetivo e um novo princípio de interpretação das leis, capaz mesmo de iluminar uma nova exegese de normas e institutos do ordenamento jurídico. Tal afirmação tem fundamento também na doutrina Constitucional que dispõe sobre regras próprias de Hermenêutica Constitucional e de Teoria da Constituição, cujo estudo se dá sob o prisma formal e material...¹⁰

Nesse ponto, trata a autora do nominado “neoconstitucionalismo”, ou seja, um “novo direito constitucional” cuja transformação, relativamente à sua aplicação, está fincada, segundo os doutrinadores, dentre eles Eduardo Cambi e Luis Roberto Barroso em três grandes pilares: o reconhecimento de força normativa à constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Sob o prisma da nova dogmática da interpretação constitucional com muita propriedade afirma Denise Teixeira de Oliveira:

É também por esta razão, que é correto afirmar que o inciso LXXVIII, em comento, caracteriza-se como um princípio interpretativo das normas constitucionais e infraconstitucionais, em razão do Cânone da autonomia hermenêutica desse dispositivo constitucional. Outra não pode ser a interpretação, sob pena de feri-

mentos dos cânones hermenêuticos apontados acima, pois, na compreensão do que seja duração razoável do processo, leva-se em conta os demais dispositivos da Constituição, buscando-se compreendê-los concomitantemente, com uma máxima eficiência.¹¹

Vale anotar, também, o reconhecimento da força normativa da constituição que, sob o viés do neoconstitucionalismo, passou a ser premissa do estudo da Constituição, sendo inafastável o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, como leciona Luís Roberto Barroso¹².

Mesmo considerando que o neoconstitucionalismo se encontra em construção, em que pese sua franca e inexorável aplicação, cuidou o legislador constituinte de assegurar, no momento histórico de redemocratização do País, sedimentado com a promulgação da Constituição de 1988, valendo-se do pragmatismo do positivismo jurídico, expressando no § 1º do art. 5º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Veja-se que a expansão da jurisdição constitucional permite que o direito seja aplicado diretamente com base no texto constitucional, cuja proteção encontra-se acima e independentemente do processo legislativo, na medida em que houve a constitucionalização dos direitos fundamentais, em especial, no caso, o do direito a duração razoável do processo.

¹¹ OLIVEIRA, Denise Teixeira. Op. cit. 2007. p.52. A autora faz referência a princípios hermenêuticos apresentados por Emilio Betti (*In Interpretazione della legge e degli atti giuridici: Teoria generale e dogmatica*. Milano: Dolt. A. Giuffrè Editore, 1971. P. 129), os quais este denomina de cânones, por meio de que, ou em respeito ao que, a atividade de interpretar deve ser realizada para construir resultados adequados, sendo eles: a- Cânone da autonomia hermenêutica do objeto e imanência da norma hermenêutica; b- cânone da totalidade e coerência da avaliação hermenêutica; c- cânone da compreensão efetiva; e d- Cânone da harmonização da compreensão (correspondência e concordância hermenêutica)

¹² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito Constitucional no Brasil. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acessado em 20/06/2008, 20:15

⁹ OLIVEIRA, Denise Teixeira. Op. cit. 2007. p.51

¹⁰ OLIVEIRA, Denise Teixeira. Op. cit. 2007. p.51

Quanto aos direitos e garantias fundamentais, José Afonso da Silva ¹³ explica que o disposto no § 1º do artigo 5º:

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nela garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

Assim, o princípio insculpido no inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/88, tem aplicação imediata, ou seja, independe de complementação legislativa, seja de lei processual ou de norma administrativa, estando vinculado o Poder Judiciário a garanti-lo de plano em todos os processos em curso à vista de cada caso concreto. Possíveis leis ou normas administrativas vigentes que o contrariem são consideradas não recepcionadas, se anteriores, ou inconstitucionais, se posteriores à data publicação da EC 45/04.

Dessa forma, o direito à duração razoável do processo, expressado literalmente no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, foi concretizado como o primeiro acréscimo ao núcleo constitucional de direitos e garantias fundamentais feito no texto original da Constituição Federal de 1988, guindado a um novo direito fundamental, constitucional, subjetivo, inserido em um novo princípio de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, com reconhecida força normativa de caráter vinculativo e obrigatório, ressaltando-se ainda que somente poderá ser retirado desta ordem constitucional por uma nova Constituição Originária, seja porque não é permitido o retrocesso social, ou porque é agora insuscetível de ser suprimido por força do artigo 60, § 4º, IV da CF/88.

Diante dessa cristalina opção político-social do legislador constituinte reformador é inexorável e fundamental, sob o ponto de vista do direito, que o processo tenha sua marcha dentro de um prazo razoável na forma expressada por nossa Constituição.

Em verdade, a positivação desse princípio atende à função social do Judiciário no Estado contemporâneo, no sentido da implementação sempre constante da dignidade humana e de outros direitos fundamentais, como o efetivo acesso à justiça, que passam a ser considerados princípios norteadores de todo o sistema jurídico.

Além disso, encontrando-se positivado, o princípio insculpido no art. 5º, XXXVIII da CF/88 estará em igualdade hierárquica com os demais direitos e garantias fundamentais, o que obsta prevalência de um em detrimento do outro, ou seja, uma vez positivado o princípio da razoável duração do processo, não se pode questionar acerca da constitucionalidade dos instrumentos processuais que estão sendo implementados via reforma legislativa principalmente no Processo Civil, à luz de outras garantias fundamentais como o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa. Ao revés, o que se impõe é a máxima efetividade e a ponderação dos interesses e princípios em aparente antinomia, o que os compatibiliza entre si.

De fato, ao cidadão no Estado democrático e de direito não se assegura apenas o acesso aos órgãos de jurisdição, “mas a efetividade de sua prestação com o resguardo do devido processo legal e, ainda, a eficácia da decisão judicial” conforme diz Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁴, que assim conclui:

¹⁴ **A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário**, artigo “Os dez anos da Constituição Federal e a construção da Democracia no Brasil”. Konrad-Adenauer-Stiftung, Debates, ano 1999, nº 20. São Paulo, 1999, p.12.

¹³ **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 6 Ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p.165.

Justiça cara exclui o cidadão garantido em seus direitos. Justiça tardia exclui o juiz eficiente sem sua função. Justiça descumprida exclui o Direito da vida do e no Estado. Quando a Justiça tarda, falha. Quanto a Justiça é afrontada no não cumprimento, torna-se vã. Quanto a Justiça exclui, desigual, desconstitucionaliza os direitos fundamentais, destrói o sistema jurídico garantidor da dignidade da pessoa.¹⁵

3. INEXISTÊNCIA DE CONSOLIDAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A DETERMINAÇÃO DA RAZOABILIDADE NA DURAÇÃO DO PROCESSO

Verifica-se, com a positivação do princípio ora em comento, a preocupação do constituinte derivado em garantir expressamente a celeridade do processo para que ele não tenha duração irrazoável. Entretanto, razoável duração do processo trata-se de um conceito jurídico aberto, vago e indeterminado o que torna dificultosa a aplicação desse direito fundamental.

Esta também é a constatação dos doutrinadores e Tribunais de diversos países que incorporaram em seu ordenamento este preceito. É o caso de Enrique Garcia Pons¹⁶, citado por André Luiz Nicolitt¹⁷:

En este sentido, procede contemplar el concepto jurídico indeterminado como um concepto abierto, que em palabras de la jurisprudência Del Tribunal Europeo ‘varía em El tempo y em el espacio em nuestra época y cuyo control corresponde a los órganos jurisdiccionales y en última instancia al TEDH’.

Na obra citada, prossegue André Luiz Nicolitt afirmando que, neste sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem se posicionado:

¹⁵ Op Cit. 1999. p.12

¹⁶ PONS, Enrique Garcia. Responsabilidad Del Estado: **La justicia y SUS limites Temporales**. Barcelona, José Maria Bosch Editor, 1997, p.250-252

¹⁷ NICOLITT, André Luiz. **A Duração Razoável do Processo**. Lumen Juris. 1 ed. São Paulo, 2006. p 32

El problema más importante consiste, pues, em extraer la significación exacta de las palabras ‘plazo razonable’. la Comisión estima que esta expresion es vaga y falta de precisión y que no es, por consiguiente, posible determinar de una manerea abstracta su alcance exacto, que puede ser expresado más que a la luz de las circunstancias particulares de cada caso (caso wemhoff, sentencia de 27 de junho de 1968)

Ante essa dificuldade, André Luiz Nicolitt relata que alguns doutrinadores, dentre eles Aury Lopes Jr¹⁸, advogam a necessidade de fixação de prazo para a verificação da razoabilidade do tempo, havendo descumprimento do preceito quando não observado.

Essa corrente funda sua tese na assertiva de que as pessoas têm direito de saber, de antemão e com precisão, qual o tempo máximo que poderá durar um processo concreto (...) “é inerente às regras do jogo... é uma questão de reconhecimento de uma dimensão democrática da qual não podemos abrir mão”.

Os argumentos utilizados por essa doutrina para a fixação de prazos que estabeleçam a “duração razoável” do processo repousam, pois, numa exigência do Estado Democrático de Direito, como consequência do princípio da legalidade, evitando-se que a não fixação dê margem à arbitrariedade judicial.

Contrapondo-se aos argumentos da fixação do prazo para identificação da duração razoável do processo, o próprio Aury Lopes Jr¹⁹ diz que no Estado Democrático de Direito, algumas decisões são entregues ao Judiciário e não ao Legislativo, na medida em que os representantes deste, eleitos, regem-se por critérios de maioria, já os membros do Judiciário exercem sua legitimação pela necessidade de tutelar a minoria em uma demo-

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da Instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 113

¹⁹ LOPES JR., Aury. Op. cit. 2004. p.113

cracia, fundamentando-se na motivação de suas decisões. Do mesmo modo, em sendo a jurisdição exercida pelo Judiciário este está mais habilitado para a definição do que seja “razoável duração do processo”, diante da impossibilidade do legislador regular todas as situações fáticas que redundariam em definir o que seja razoável duração do processo. Tendo-se por base a motivação das decisões, decerto que a definição da razoável duração do processo pelo Poder Judiciário é compatível com o princípio da legalidade e afasta a possibilidade de arbitrariedade judicial.

André Luiz Nicolitt²⁰ lembra que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) perfilha o entendimento de que não é possível fixar um prazo razoável e que os Estados não estão obrigados a prescrever um prazo fixo (Informe nº 12, 01/03/1996, caso Jorge A Jiménez v. Argentina).

Também cita os precedentes do Tribunal Europeu de direitos Humanos no sentido de que o prazo razoável ou o processo sem dilações indevidas deve ser apreciado em cada caso concreto, sob a orientação de critérios objetivos:

El derecho a um proceso sin dilaciones indebidas, que no se identifica com el mero incumplimiento de los plazos procesales, incorpora em su enunciado um concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto há de ser alcanzado, según tiene repetido este Tribunal, mediante la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes com su enunciado genérico. Estos factores – há afirmado este Tribunal siguiendo de cerca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos(...)

De outra banda, como bem anotado por aquele autor:

Por derradeiro, falar em fixação do prazo dá margem a entendimentos inadmissíveis de que o direito fundamental previsto na Constituição e nos documentos internacionais

não seriam auto-aplicáveis e deveria ficar ao aguardo da boa vontade do legislador, sendo certo que se trata de norma com aplicação imediata que deve ser efetivada pelo Judiciário

Reafirma-se, assim, que o direito à duração razoável do processo, ante a impossibilidade positivista de expressão literal de todas as situações processuais e fáticas para definição em uma regra geral e abstrata do que seja “razoável duração”, deve ser precisado no caso concreto pelo Poder Judiciário no exercício de sua atividade típica (jurisdição), garantindo os direitos fundamentais, definindo e interpretando o alcance deste novo direito fundamental, o que, entretanto, não afasta a dificuldade de definição do que seja razoável duração do processo.

Este também é o entendimento de Samuel Miranda Arruda²¹ ao dizer que:

a noção de razoabilidade – ínsita ao próprio direito fundamental – é necessariamente aberta, de forma a possibilitar uma concretização ponderada, à luz dos casos particulares que se apresentam” e complementar que “é impossível e contrário à natureza do direito, fixar rigidamente minuciosas tabelas temporais de razoabilidade que a mensurem genericamente em uma dada quantidade de anos ou meses.

A diversidade das situações procedimentais e comportamentais das partes e da autoridade judiciária que podem ocorrer em cada processo demonstra a impropriedade da utilização de critérios rígidos e a priori estabelecidos, especialmente prazos temporais fixos, para comprovação da violação da razoável duração do processo.

Veja-se, de antemão, que, segundo nos informa André Luiz Nicolitt²², tanto os Tribunais Constitucionais dos Países europeus como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos adotaram o

²¹ **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo.** Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p.375

²² NICOLITT, André Luiz. obra cit. p.23

²⁰ NICOLITT, André Luiz. Op. cit. 2006. p.34

entendimento de que o mero descumprimento dos prazos não configura por si só violação à garantia fundamental do processo em tempo razoável.

Entretanto, assevera o autor que não se pode olvidar que os prazos processuais são referências das quais os juízes não podem se descuidar, sob pena de, o fazendo injustificadamente ensejar a violação do direito à duração razoável do processo:

A doutrina tem efetuado a distinção entre atrasos leves decorrentes de descumprimento dos prazos processuais e graves descumprimentos dos prazos que configurariam efetiva dilatação indevida atentatória contra o direito fundamental. No que tange à formulação no direito brasileiro, a toda evidência não se pode, da mesma forma, confundir a duração razoável do processo com cumprimento de prazo processual, bem ora os prazos sejam fatores relevantes para aferição de eventual violação do preceito constitucional.

Verifica-se, assim, que a doutrina tem se debruçado incansavelmente sobre a problemática da efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo, entretanto poucos doutrinadores sistematizaram critérios para aferição da razoabilidade do prazo.

André Luiz Nicolitt²³ utiliza-se dos critérios sedimentados pelos Tribunais Constitucionais de Países Europeus e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, observando os seguintes aspectos: 1- complexidade da causa; 2- a conduta dos litigantes; 3- o contexto em que se desenvolveu o processo; 4- a atuação das autoridades judiciais e 5- a importância do litígio para os demandantes.

Entretanto, permanece a indeterminação e dificuldade de definição do direito fundamental à duração razoável do processo, o que redundará na própria dificuldade de efetivação do direito, em que pese a literalidade do disposto no § 1º do art. 5º da Constituição Federal (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm apli-

cação imediata”), mesmo porque este dispositivo traz em seu cerne o atributo da eficácia da norma.

4. CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA A EFETIVAÇÃO DA GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Sob o prisma do neoconstitucionalismo, não há falar em eficácia limitada de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, é o que lecionam Dimitri Demoulis e Leonardo Martins²⁴ citados por Denise Teixeira de Oliveira²⁵:

todos os direitos e garantias fundamentais, isto é todas as disposições que definem direitos e garantias individuais, sociais e políticas independentemente do capítulo ou título da Constituição que os proclama são direta e imediatamente vinculantes (efeito imediato dos direitos fundamentais).

Esta norma prescreve, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais vinculam todas as autoridades do estado, incluindo o Poder Legislativo. (...) Em segundo lugar, a referida norma determina que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais.

Partindo-se da premissa de que efetividade da norma identifica-se com a realização no mundo dos fatos de algo preexistente no mundo das aspirações, ou seja, a materialização dos preceitos legais, a atuação prática da norma modificando o mundo fenomênico, pergunta-se, é possível a concretização do direito à duração razoável do processo?

Konrad Hesse²⁶ afirma que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”. A pretensão de eficácia de determi-

²³ NICOLITT, André Luiz. Op. cit. 2006. p.76

²⁴ DEMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007. p.104

²⁵ OLIVEIRA, Denise Teixeira. Op. cit. 2007. p.83.

²⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p 14-15

nada norma depende das condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, além do “substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decididamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”.

Quanto ao “substrato espiritual”, decerto que o novo direito fundamental à duração razoável do processo está investido de autoridade social a legitimá-lo como tal pelo reconhecimento de que a demora na tramitação processual representa um grave problema para o exercício da jurisdição, na medida em que esta tem por objetivo a pacificação social e, se a decisão não for proferida em tempo hábil ter-se-á o perecimento do direito.

Então, se a efetividade representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, do dever-ser normativo e o ser da realidade social, é necessário que se conheçam as condições atuais e, ante a razoabilidade, haja adequação do direito a estas, para se obter a efetivação do direito à razoável duração do processo como espelho da realidade social e suas condições atuais.

Em nosso atual contexto sócio-econômico-político não se vislumbram condições naturais, técnicas, econômicas e sociais aptas à efetivação do direito em discussão. A realidade fática está a demonstrar que a inclusão do direito fundamental à razoável duração do processo no texto constitucional não teve o condão, por si só, de tornar céleres os processos judiciais.

Assim, ante a constatação de que a inclusão da razoável duração do processo no texto constitucional não garantiu a celeridade dos processos judiciais, percebe-se que pelo menos as circunstâncias técnicas, econômicas e sociais, na atualidade, são compatíveis com o atual grau de efetivação do direito, no campo do dever-ser, na medida em que a norma em estudo dispõe no ordenamento jurídico de tutelas adequadas para as-

segurar a sua efetivação, notadamente o mandado de segurança, para assegurar a concretização do direito fundamental líquido e certo, como também os procedimentos administrativos afetos às Corregedorias de Justiça (representações, reclamações e pedidos de providências).

Entretanto, essas medidas, sistemicamente, só funcionam paliativamente, para o caso concreto, sem alteração da realidade global de morosidade processual, ao contrário, geram mais litigiosidade e, conseqüentemente, mais demora na tramitação dos feitos.

Neste mesmo sentido, dentro da teoria geral dos direitos fundamentais, determinados direitos, além de consagrados constitucionalmente, são também “judiciálizáveis”, utilizando-se a expressão de Denise Teixeira de Oliveira²⁷, ou seja, passíveis de receber uma tutela judicial efetiva. É o caso do direito à razoável duração do processo. Isto porque estando o processo inserido nos serviços judiciários, a má prestação destes dá ensejo à responsabilização do Estado, logo, este poderá ser acionado para a reparação do dano, em face de sua responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF). Entretanto esta solução incorre na mesma problemática das tutelas anteriores, ou seja, o aumento do número de demandas, com a conseqüente demora na tramitação dos feitos.

Quanto às limitações circunstanciais e condições naturais, técnicas, econômicas e sociais de nossa época, balizadoras da efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo, verifica-se que as condições técnicas, ante a necessidade social de alteração do quadro de morosidade processual, são objeto de obcecado estudo e trabalho para alteração legislativa visando a tão almejada celeridade processual, mas as experiências postas em prática demonstram que a alteração legislativa, em que pese trazer avanços à efetivação da garantia (como por exemplo súmula

²⁷ OLIVEIRA, Denise Teixeira. Op. cit. 2007. p.87

vinculante, julgamento uniforme de recursos repetitivos, ações repetitivas, carta precatória eletrônica, comunicações via *e-mail*, gravação por áudio e vídeo de audiências, vídeo audiências, etc.) não é o suficiente, a exemplo do rito sumariíssimo instituído com a lei dos juizados especiais em que, apesar da simplicidade dos procedimentos, os órgãos judiciais encontram-se abarrotados de ações/procedimentos, sem possibilidade de atender ao princípio da celeridade, o que está sendo confirmado com a inovação legislativa do “processo eletrônico” que, sem dúvida, importa avanço tecnológico ao processo, enquanto novo meio de materialização dos atos processuais, mas que permanece sem alcançar o desiderato de dar vazão a crescente demanda judicial.

Ainda sobre as condições técnicas, agora sob o enfoque do Poder encarregado da atividade jurisdicional, verifica-se que passamos pelo que se denominou de “revolução silenciosa” do Judiciário, através da qual a Instituição não só procura se aperfeiçoar administrativamente, contando agora com um órgão central de controle da atuação administrativa (Conselho Nacional de Justiça), com condições de monitorar e planejar o funcionamento de todos os órgãos judiciais, traçando metas e diretrizes de atuação, o que sem dúvida contribuirá para o alcance do princípio da eficiência administrativa e, em consequência, mudança, ou estabelecimento de novo paradigma para as condições técnicas a influir diretamente no direito à razoável duração do processo.

Da mesma forma, as circunstâncias econômicas, identificando-se estas com a possibilidade do Estado garantir meios e recursos necessários ao bom funcionamento da Justiça, aí incluído o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e os demais órgãos do sistema de segurança, afetos à concretização da Justiça, para dar vazão à litigiosidade que vem marcando a sociedade brasileira principalmente em decorrência da reabertura democrática do País e crescimento do grau de conscientização de cidadania, não são

favoráveis ao cumprimento do direito à razoável duração do processo, ante o desaparelhamento do Estado para cumprimento de seus outros deveres básicos, tais como a saúde, a educação e a segurança, dentre outros.

Deve ser anotado que o próprio dispositivo sob comento traz em seu bojo que a todos são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Entenda-se por meios não só as alterações legislativas necessárias, como também a estruturação e aparelhamento dos órgãos que compõem o sistema de justiça e segurança.

Neste caso, para garantir os meios necessários ter-se-á a concorrência de direitos fundamentais a exigir decisão política, antes de jurídica, sobre quais direitos fundamentais deverão prevalecer sobre outros ante o princípio da reserva do possível, a limitar a atuação estatal.

No que concerne às circunstâncias sociais, em que pese a pretensão do inconsciente coletivo a legitimar a autoridade da proposição normativa de dar celeridade processual, encontra-se presente em nossa sociedade a cultura da procrastinação pelas partes dos feitos judiciais, observando-se, não raramente, o abuso do direito de defesa e a má-fé processual, o que, notoriamente retarda a marcha processual.

Além disso, os Governos, em linhas gerais apresentam argumentos como o acúmulo do trabalho, a falta de juízes, a legislação deficiente, o comportamento das partes, problemas estruturais e conjunturais para justificar a demora na tramitação processual.

Diante disso pode-se afirmar que o direito fundamental sob exame possui em seu conteúdo promessas factualmente realizáveis, observando-se o princípio da razoabilidade já inserido em seu conceito, ou seja, que se admita, com a racionalidade intrínseca à razoabilidade, as limitações circunstanciais e condições naturais, técnicas, econômicas e sociais de nossa época.

Neste ponto é bom que se repise que a razoabilidade, inerente ao conceito do direito em foco, impõe a dependência de sua forma de efetivação às condições descritas anteriormente por Konrad Hesse (naturais, técnicas, econômicas e sociais), na medida em que são estas circunstâncias que farão o direito aplicado variar com o tempo, espaço e época.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a eficácia imediata conferida ao artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88 (art. 5º, § 1º da CF/88) deve o referido princípio ser observado e fomentado pelos Poderes Públicos e seu conteúdo ser utilizado como parâmetro para interpretação das demais normas infraconstitucionais, notadamente as normas processuais.

A efetividade do direito à razoável duração do processo está intrinsecamente relacionada às limitações circunstanciais e condições naturais, técnicas, econômicas e sociais de nossa época. São estas condições e limitações que determinarão o que seja razoável duração do processo. Por elas é que se estabelecerão os parâmetros para aferição do que é aceitável em termos de duração processual, enquanto direito fundamental, dentro de nossa realidade social contemporânea, em concorrência com os demais direitos fundamentais.

Na medida em que as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais forem mais favoráveis, decerto que diminuirá a duração do processo, ou seja, o fortalecimento do pacto político-social através de ações concretas demonstrando as escolhas democráticas de um povo, alterando os rumos da realidade social, incluindo-se aí as legítimas decisões judiciais, é que estabelecerá, na sua época, a efetividade do direito à razoável duração do processo.

Assim, as novas regras de hermenêutica constitucional e de teoria da constituição, além do pragmatismo do positivismo jurídico, materializado pelo Inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal garantem a eficácia do direito à duração do Processo, mas somente de forma reparadora, pois só corrigem as consequências do descumprimento, seja pela via do mandado de segurança, ou ensejando a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos, já que a efetividade, na medida em que a norma não proporcionou mudança no mundo dos fatos, ainda materializa a irrazoabilidade na duração do processo.

Quanto à verificação da violação da duração razoável do processo, deve ser constatada em cada caso concreto, pois embora possamos nos socorrer de critérios objetivos, como a complexidade da causa, a importância do caso ou as prioridades legais, somente em cada caso é que vai ser possível aferir se houve ou não a violação à razoável duração do processo.

Os critérios adotados pelos Países Europeus e seu Tribunal de Direitos Humanos são referências perfeitamente aplicáveis à sociedade brasileira, parâmetros aptos a avaliar a razoável duração do processo, isto sob o ponto de vista endoprocessual (relatividade do tempo sob a ótica dos atores processuais), ou seja, para apurar a responsabilidade de cada um dos atores do processo, incluídos os serviços auxiliares da justiça.

A duração razoável do processo é, assim, uma promessa realizável, tendo-se em vista serem cristalinas as mudanças das condições técnicas e sociais a favorecer e pressionar as alterações nas condições econômicas, o que facilitará e acelerará uma nova concepção da razoabilidade da duração do processo, promovendo, então, alteração no mundo dos fatos.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo Rodrigues. **Elementos de Direito Processual Civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (v.1).
- ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Reforma do Judiciário**. Coord. TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro. São Paulo: Método, 2005.
- ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos. ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 (v.1).
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito Constitucional no Brasil. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acessado em 20/06/2008, 20:15
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10. ed. São Paulo: Editora Campus, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Disponível em www.panoptica.org, acessado em 20/06/2008, às 20h00min.
- CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant, **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- DELGADO, José Augusto. **Princípios Constitucionais Fundamentais, Estudos em Homenagem a Ives Gandra da Silva Martins**. Coordenador Carlos Mário da Silva Velloso e outros, in Os Postulados e os Princípios na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Lex, 2005.
- DEMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOÊS, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da Instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”. Disponível em <http://1.jus.com.br/doutrina>. Acessado em 09/01/2005, 08:00

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magister, maio/junho 2006.

NALINI, José Renato. **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. Organizadores Flávio Luiz Yarsell e Maurício Zanoide de Moraes, in ‘Acesso à dignidade’. São Paulo: DPJ, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NICOLITT, André Luiz. **A Duração Razoável do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Denise Teixeira. O direito fundamental à duração razoável do processo judicial. 2007. Disponível em <http://www.uincap.br/tede>. Acessado em 15/06/2008

OLIVEIRA, Luiz Flávio de. **A Reforma do Poder Judiciário**. Coordenador Jorge Luiz de Almeida, “A Razoável Duração do Processo na Perspectiva dos Direitos Humanos”. Campinas: Millennium, 2006.

OST François. **O tempo do Direito**. Tradução Elcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005

PIERI, Sueli Aparecida de. **A Reforma do Poder Judiciário**. Coordenação Jorge Luiz de Almeida, “Princípio da Celeridade Processual”. Campinas: Millennium, 2006.

PONS, Enrique Garcia. **Responsabilidad Del Estado: La justicia y SUS limites Temporales**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário, artigo “Os dez anos da Constituição Federal e a construção da Democracia no Brasil”**. Konrad-Adenauer-Stiftung, Debates, ano 1999, nº 20. São Paulo, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Juary C. **A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985.

TAKOI, Sérgio Massaru. **Mandado de Segurança para controle dos Atos Jurisdicionais**. São Paulo: Pillares, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**, 21. ed. São Paulo: Leud, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato e TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (v. 1)

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Nepotismo e a Magistratura

César Dias de França Lins*



* Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Marabá.

Desde a polêmica envolvendo a contratação de um casal para os cargos em comissão de assessores do Presidente do STF, a Súmula vinculante nº 13, que proíbe e aponta os casos de nepotismo, não é a mesma.

Isto porque seu alcance precisa ser melhor elucidado pela Corte Suprema a fim de evitar interpretação errônea e/ou teratológica a municipalizar discursos oportunistas e difamatórios, que em nada contribuem para a melhoria do nosso sistema jurídico, muito menos para construção de nossa novel democracia.

A súmula em comento proíbe, em relação aos magistrados, que tenham parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, dentro do próprio Poder Judiciário, v.g; pai, mãe, filho, irmão, sogro, sogra, nora... Este é o chamado nepotismo direto.

Já o nepotismo cruzado é aquele em que ocorre uma troca de favores entre autoridades de Poderes distintos para contratação de seus parentes, simulando situação lícita a fim de evitar o alcance da súmula proibitiva desta conduta.

Assim, resta claro que é necessária a troca efetiva de parentes para a ocorrência desta prática. Uma autoridade do Judiciário recebe um parente de autoridade do executivo, ao mesmo tempo que esta recebe um parente da autoridade do Judiciário. A própria etimologia da palavra exige este modelo!

Todavia, adentrando fundamentadamente nas teses e consequências das denúncias perpetradas pela OAB do Pará contra a Magistratura deste Estado, não se tem como dar validade e credibilidade ao discurso precipitado e irresponsável desta instituição representativa, como se demonstrará adiante. Vejamos.

O CNJ é órgão administrativo do Poder Judiciário, com atribuição disciplinar sobre todos os magistrados, exceto aqueles que compõem o STF.

Destarte, tem o poder-dever de exonerar,

uma vez verificados quaisquer dos casos de nepotismo, os servidores que desenvolvam atividade no Judiciário em cargos comissionados. Por outro giro, o CNJ deve instaurar procedimento administrativo disciplinar (PAD) contra o magistrado apontado nesta condição, para apurar eventual contribuição dolosa para a ocorrência do episódio.

Em conclusão, o CNJ acabará com o nepotismo dentro do Judiciário, retirando o parente do magistrado (nepotismo direto) e, no segundo caso (nepotismo cruzado), o parente da autoridade do outro Poder em exercício comissionado na Justiça. Acaba-se o nepotismo com a ingerência do CNJ no próprio Judiciário, em qualquer uma das suas modalidades.

Todavia, jamais o CNJ poderá mesmo no caso do nepotismo cruzado determinar a saída do parente do magistrado em exercício no outro Poder, seja Executivo ou Legislativo, Ministério Público ou até mesmo Tribunal de Contas. Falta-lhe poder constitucional para tanto!

Isso já demonstra um fato. Não há como se atribuir a prática de nepotismo a magistrados (juízes, desembargadores, ministros), quando alguém que seja seu parente, mesmo até o 3º grau, exerça cargo em comissão ou cargo de confiança em outro Poder ou nos demais entes acima mencionados!

Aprofundando o argumento, explica-se: quando um filho de magistrado efetivamente exerce um cargo em comissão em Poder diverso do seu pai, não havendo reciprocidade de contratação, como poderia decidir o CNJ no caso:

. Determinando ao Magistrado, pai do nomeado, que mande seu filho deixar o cargo em comissão no Poder Executivo?

. Determinando que o próprio filho deixe o cargo?

. Determinando que o gestor do Executivo exonere o filho do magistrado?

No item 1. já se verifica a impossibilidade

da ordem, pois o dever de cumpri-la extrapola o seu destinatário. O pai, que é magistrado, por maior temor reverencial que exerça sobre o filho, poderá ter seu pedido não atendido por ele. Neste caso será punido por tal recusa? Obviamente que não.

No item 2. o filho do magistrado simplesmente irá ignorar a ordem por não sofrer qualquer poder disciplinar do CNJ. Poderá atender de forma voluntária, mas jamais imposta!

No item 3. o governador mandará o CNJ respeitar o princípio do pacto federativo e da separação dos poderes previstos na constituição, caso seja versado em Direito. Do contrário, vai dizer que em seu governo quem manda...

Destarte, se não há possibilidade do CNJ exonerar os parentes do magistrado, não se tratará de caso de nepotismo direto ou cruzado, já que neste último, torna-se necessário ainda, em princípio, a contratação pelo magistrado de parente de autoridade de outro Poder ou afim.

Finalizando este pensamento, para defender ainda mais a tese da necessidade de contratação concomitante e recíproca de parentes, imagine a hipótese de um filho, irmão, pai ou mãe que seja inimigo do magistrado!

Vejamos a hipótese adiante: sabendo da tese esdrúxula sustentada pela OAB, o irmão do magistrado, para prejudicá-lo, vai trabalhar em qualquer cargo em comissão de prefeitura, governo estadual, MP e tantos outros cargos em comissão existentes. Em seguida, vai à página da OAB, blog da perereca e arma a denuncia.

Pronto! O Magistrado vira nepotista, sendo difamado impiedosamente. Sua vida pública nada mais vale.

Visando resolver a celeuma, o magistrado liga para seu irmão e diz: mano, deixa este cargo de assessor da prefeitura de Pererecanápolis, pois o CNJ não quer essa situação. O irmão responde que nada deve a esse tal de NJC, CNJ, BJJ, e que não está nem aí para o seu problema! Como poderá o juiz resolver a situação, se está fora do seu poder de decisão? Cargo em comissão no Poder Executivo, principalmente em prefeitura de interior, não é de difícil

conquista, mormente quando se tem uma boa formação profissional.

E ainda, mesmo nas melhores famílias, o parente do magistrado dirá: que culpa tenho eu se o senhor é magistrado?

O que antes era tido como orgulho (ser parente de magistrado), com esta interpretação escabrosa, acaba por

tornar-se em algo contagioso, pois todo aquele que for parente de um membro da magistratura estará automaticamente condenado a jamais poder exercer cargo em comissão, pois se o fizer, seu parente magistrado será penalizado, difamado, crucificado pela mídia.

O parente do médico, advogado, dentista, deputado, veterinário, de gente sadia, pode. Apenas o parente do magistrado é que não é dado este direito, pois é vítima da “magistraturite”, doença congênita. É ou não é uma praga ser parente de magistrado!

Outro dia escutei de outro colega que não iria demorar para ver filhos de magistrados en-

“

Todavia, jamais o CNJ poderá, mesmo no caso do nepotismo cruzado, determinar a saída do parente do magistrado em exercício no outro Poder, seja Executivo ou Legislativo, Ministério Público ou até mesmo Tribunal de Contas. Falta-lhe poder constitucional para tanto!

”

trando com ação negatória de paternidade na Justiça para se livrar desta pecha, acirrando a crítica de forma humorada à OAB/PA e seu entendimento.

O nepotismo exige ainda a conduta dolosa de tentar ludibriar a ratio legis do conteúdo normativo sumulado, o que cai por terra a acusação desta prática quando um dos parentes das autoridades envolvidas já exercia este cargo comissionado antes da edição da súmula e o da outra assume o cargo tempos depois. Exige-se a vontade de simular situação espúria de forma concomitante de contratação ou sucessivamente em curto espaço de tempo. Caso contrário, evidencia-se que também não é caso de nepotismo cruzado, principalmente almejando a punição da autoridade judiciária. No muito, diante da ocorrência apenas da sua forma objetiva, retira-se o servidor em comissão ligado ao Judiciário, como já explicado, diante da falta de poder disciplinar do CNJ em relação às pesso-

as estranhas ao Judiciário. O magistrado não manda em seus familiares maiores de idade, no muito apenas pede!

Ademais, se o próprio STF chegou a se confundir com a interpretação da súmula do nepotismo, como dito alhures, seria de bom alvitre que a OAB/PA antes de tanto estardalhaço fizesse uma consulta ao CNJ sobre a hipótese objeto da denúncia, evitando toda a celeuma criada com a difamação midiática do Poder Judiciário e de seus magistrados. Mas parece ser peculiar a esta gestão a falta de diálogo.

O CNJ, órgão do Poder Judiciário, constatará que nestes casos não há nepotismo direto ou cruzado, assim como perceberá que apesar de serem magistrados, ainda assim, o poder de decidir sobre a vida de seus filhos maiores, irmãos, esposas, não lhes pertence, sendo deles esta decisão para deixar os cargos comissionados, como foi no momento em que optaram por assumi-los. Magistrado não transige com ninguém, e quem afirmar isto, que prove ou se cale para sempre.

Reflexões acerca da jurisdição constitucional e do casamento homoafetivo

Raimundo Rodrigues Santana*

RESUMO

O presente texto pretende suscitar a discussão acerca da dimensão do poder criador da norma jurídica produzida pelo STF, em vista da interpretação prática do julgado em relação às pessoas que convivem em uniões homoafetivas. Aditivamente, busca estimular o debate acerca do papel conferido ao STF, em sua feição de intérprete privilegiado da Constituição Federal.

ABSTRACT

This text aims to encourage discussion about the size of the creative power of the rule of law produced by the Supreme Court in view of the practical interpretation of the trial in relation to people living in homoafetivas unions. Additively, seeks to stimulate debate about the role given to the Supreme Court in its characteristic privileged interpreter of the Constitution.

1 – A QUESTÃO PROPOSTA

Dada a sua relevância, a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em maio deste ano¹, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que conferiu reconhecimento jurídico à união estável entre pessoas do mesmo sexo, merece fundadas reflexões em seus aspectos jurídicos, sociais e políticos.

*Juiz de Direito do TJE/PA. Mestre e Doutorando em Direitos Humanos e Proteção Ambiental (UFPA). Especialista em Ciência Política (UFPA). Professor de Direito Ambiental e Prática Processual Ambiental. Email: rrrsantana@hotmail.com

¹ Decisão proferida em 05.05.2011.

Com efeito, por mais de um motivo, o resultado do julgamento da Corte Constitucional anima os interesses dos chamados operadores e intérpretes do direito, ao se debruçarem sobre a aplicação prática e a repercussão do sentido daquele julgado nas lides forenses cotidianas.

No entanto, afora o interesse primordialmente jurídico ou para a prática judicial, há também o interesse da sociedade em geral - o qual não está adstrito apenas aos efeitos daquela decisão em relação às pessoas que convivem em estado de homoafetividade. Há, em verdade, viva relevância em saber qual o alcance do exercício normativo do Supremo Tribunal Federal. Afinal, até que ponto a Corte Suprema está autorizada a decidir de maneira normativa, proferindo decisões com a mesma

natureza da abstração e da generalidade que são características típicas das leis? Poderá a Corte Suprema conferir à norma constitucional conteúdo e sentido diverso daquele que, em percepção aparente, sugere a literalidade da própria Carta Magna? Estaria o STF habilitado para aquele tipo de deliberação, considerando que o parlamento não aprovou qualquer legislação nesse sentido?

O presente texto pretende suscitar a discussão – ou ao menos insinuá-la – acerca da dimensão do poder criador da norma jurídica produzida pelo STF, em vista da interpretação prática do julgado antes mencionado em relação à vida das pessoas que convivem em uniões homoafetivas. Aditivamente, as ideias aqui postas buscam estimular o debate acerca do papel conferido ao STF, em sua feição de intérprete (cogentemente) privilegiado da Constituição Federal.

2 – O FATO, O CONTEXTO E OS EFEITOS

As duas ações que justificaram a atuação do STF (ADIN nº 4277 e ADPF nº 132) foram aforadas pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, respectivamente. O relator das ações, Ministro Ayres Britto, votou no sentido de que o artigo 1.723 do Código Civil² deverá interpretado em conformidade com a Constituição Federal, resguardando os princípios da Igualdade (não discriminação do indivíduo) e da Dignidade da Pessoa Humana. Como resultado do julgado, hão de ser afastados quaisquer significados infraconstitucionais que impeçam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar.

² Código Civil. Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Segundo o relator, o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça e cor. Por isso, ninguém poderá ser diminuído ou discriminado em função de sua condição sexual. Nesse sentido, qualquer depreciação da união estável homoafetiva colidirá com o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal. Os demais ministros³ acompanharam o entendimento de Ayres Britto. Assim, em decisão unânime, o STF concluiu pela procedência das ações, instituindo à decisão o efeito *erga omnes*, ou seja, o caráter vinculante (e, portanto, impositivo) para todos os poderes públicos e para a sociedade em geral.

A partir desse julgamento, resta vedada qualquer interpretação do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como uma das modalidades de entidade familiar. Com apoio nesse julgado, compreende-se que os mesmos direitos (e também os deveres) dos companheiros que convivem em uniões estáveis heterossexuais passaram a ser conferidos às pessoas que convivem em uniões homoafetivas.

Convém anotar que, na ADPF nº 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria os fundamentos constitucionais da igualdade, da liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e da dignidade da pessoa humana. Diante dessa questão fática, compete inquirir a extensão dos efeitos dessa decisão, essencialmente em seu aspecto jurídico-político. Por isso, com suporte no entendimento do STF, importa saber se, além dos vários direitos reconhecidos, é possível afirmar que foi instituído em nosso ordenamento, pela via judicial, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

³ Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ellen Gracie, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso.

Em verdade, o alcance da decisão da Corte Constitucional talvez ainda não esteja totalmente balizado. O desenvolvimento das relações sociais, por certo, incidirá sobre todo o tecido social, maturando essa temática em diversas frentes. Contudo, não parece que subsistam dúvidas acerca de alguns aspectos da vida privada que serão diretamente afetados doravante, conformando um conjunto de direitos subjetivos aptos à reivindicação. Via de consequência, isso significa que vários deveres também foram instituídos.

Relativamente aos efeitos imediatos da decisão, é de anotar que os conviventes homoafetivos, tal como se dá com os heteroafetivos, estão habilitados a exercer um caderno de direitos, que incluem desde os direitos sucessórios, passando pela partilha de bens em regime de comunhão parcial (sem prejuízo de outras eventuais estipulações contratuais) e chegando até a postulação de pensão alimentícia, caso sobrevenha dissolução da sociedade conjugal e consoante os parâmetros do binômio necessidade-possibilidade.

No âmbito previdenciário e fiscal, a Previdência Social e a Receita Federal, de certa forma, já haviam se antecipado à decisão judicial, reconhecendo, respectivamente, o direito à pensão por morte e a inclusão do companheiro como dependente para fins de abatimento do Importo de Renda. A decisão do STF, portanto, conferirá maior suporte jurídico a tais iniciativas.

Ainda como consequência da decisão, a Administração Pública em geral não poderá se esquivar de reconhecer ao servidor em situação de convivência homoafetiva, todos os direitos inerentes aos funcionários públicos - obviamente os direitos que digam respeito à relação parental do servidor -, como a licença para cuidar de filhos que, eventualmente, forem adotados em conjunto com o convivente.

Aliás, no que concerne à adoção, o direito

à reivindicação conjunta pelos pares em convivência homoafetiva, é dos efeitos mais salientes da decisão do STF - e o mesmo raciocínio é válido para a adoção por um dos conviventes do filho do outro. É que, na medida em que foi reconhecida a união estável homoafetiva, não poderá haver negativa desse tipo de adoção, sob o simplório pretexto da inexistência da relação parental. Registre-se, que sequer poderá haver discriminação por parte dos juízes, no momento de decidir se o adotando deverá ser destinado a um casal heterossexual ou homossexual, porquanto essa condição, tão-somente, não deva ser posta como prevalecente ou primordial para fins decisórios, já que a situação deverá ser apreciada sob o prisma da condição fático-jurídica dos postulantes diante de cada caso concreto.

No entanto, em alguns ambientes da vida privada, a decisão do STF poderá promover fortes mudanças de comportamento. É o que sucederá, por exemplo, com os planos de saúde, com as escolas ou faculdades que concedem descontos em mensalidades aos familiares de seus empregados e professores. Também serão destinatários da decisão alguns setores que, antes, denotavam certa resistência, como as empresas que oferecem vantagens extensivas aos parentes de seus empregados e, especialmente, os clubes sociais e esportivos, os quais serão obrigados a aceitar o companheiro homoafetivo como dependente do sócio para todos os fins.

É de notar, ainda, que até mesmo no âmbito dos registros públicos, haverá inflexões. Os cartorários e tabeliães deverão promover os registros dos futuros contratos de convivência homoafetiva e dos registros de adoção sem opor quaisquer restrições que sejam inaplicáveis aos casais heterossexuais e sem impor condições que sejam inexigíveis esses casais.

E o casamento civil? Também está inserido dentre os direitos albergados pela decisão do STF?

3 – UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO CIVIL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. A UNIÃO CIVIL DECORRENTE DA DECISÃO DO STF

Uma das questões mais candentes na atuação do STF, ao apreciar o direito ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, sem dúvida, se refere à possibilidade de conversão dessas uniões em casamento civil, tal como se dá com as uniões estáveis heterossexuais. Aqui, defende-se a ideia segunda a qual a Corte Suprema instituiu por via oblíqua o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, mesmo que a intenção inicial de todos ou de algum dos ministros não fosse essa.

Efetivamente, um dos vetores da decisão do STF está fundado no direito ao tratamento igualitário e, portanto, não discriminatório entre as pessoas. É factível, assim, que a motivação predominante da decisão situa as pessoas em condições de igualdade relativamente a certos direitos e deveres. Nessa linha de raciocínio, guardadas as diferenças inerentes à individualidade de cada pessoa, descabem quaisquer distinções de tratamento infundadas ou que não sirvam para promover a dignidade das pessoas e o bem comum.

Deste modo, é plenamente factível advogar a tese da possibilidade de conversão de uniões estáveis homoafetivas em casamento civil, com as mesmas exigências e requisitos previstos para os casais heterossexuais, na forma do art. 1.726 do Código Civil⁴, inclusive com a alteração inclusiva do nome do cônjuge, se esta for do interesse dos nubentes.

Não é demais assentir com a ideia segundo a qual o sentido jurídico empregado à instituição familiar adquiriu um novo *status* jurídico, desde

a Constituição Federal em vigor. A família como entidade jurídica é dotada de tutela de constitucional, consoante a dicção do art. 226 da CF. Entretanto, o que mais chama à atenção é o fato de que essa entidade assumiu um novo conteúdo, um novo formato na sociedade contemporânea, de maneira que

“Essa circunstância implica em ver (e reconhecer) as relações homoafetivas estáveis como um dos modelos de uma nova conformação familiar, a qual cresce substancialmente em nosso país, na medida em que as pessoas assumem com maior frequência as suas individualidades, identidades e preferências em relação às coisas inerentes às suas vidas privadas”⁵.

A par disso, não é de bom alvitre estipular restrições ou reduções de sentido à interpretação do alcance da decisão do STF. O julgado se prestou a exorcizar, na ambiência jurídica, uma das formas mais explícitas de discriminação. Por essa ótica, se a decisão se incumbiu de afastar uma modalidade de discriminação – a que vedava o reconhecimento da união estável homoafetiva – é óbvio que o mesmo julgado não poderá veicular outras distinções jurídicas infundadas.

De fato, ao instituir no mundo jurídico - em definitivo - a união homoafetiva como uma entidade familiar, o Supremo Tribunal alavancou para o mundo dos direitos subjetivos aos pares (casais) em convivência homoafetiva, todos os direitos conferidos aos casais heterossexuais. Por isso, não haverá dois tipos de união estável, uma para homossexuais e outra para heterossexuais, ao menos no tocante aos direitos e deveres jurídicos dos conviventes. Dessa forma, se uma das características da união estável é a possibilidade de sua conversão em casamento, consoante a previsão do art. 1.726 do Código Civil,

⁴ Código Civil. Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

⁵ SANTANA, Raimundo Rodrigues. Considerações sobre as relações homoafetivas e a adoção. Disponível em: www.tjepa.jus.br/juizes

obviamente que as pessoas que conviverem em união estável homoafetiva também poderão, a seu critério, converter tais relações conjugais em casamento civil.

Nesse contexto, impende esclarecer que talvez a própria noção de casamento necessite de uma percepção social diferente. Os aspectos contratuais e privatistas inerentes a essa importante instituição social, ao que parece, deverão assumir feições mais nítidas, em detrimento de uma aura institucional que é uma das marcas do casamento civil.

No entanto, essa abordagem há de ser empreendida à luz dos direitos subjetivos ínsitos à vida privada das pessoas, de sorte que a natureza sacra do casamento deverá ser resguardada para as instituições religiosas, as quais exercerão o seu legítimo direito de rejeitar ou aceitar o casamento religioso entre pares em convivência homoafetiva, conforme os ditames e os dogmas de cada entidade religiosa. É certo, porém, que nenhuma igreja poderá ser coarctada a celebrar cerimônias de casamento entre pares em união homoafetiva, porquanto isso poderá ferir a autonomia da entidade. Ademais, ninguém é obrigado a congregar em uma instituição que rejeite as suas opções na vida privada e tampouco tem o direito de exigir que uma instituição religiosa aceite a sua condição pessoal.

No que se refere às obrigações ou ônus derivado do julgado, um dos mais interessantes diz respeito às vedações da legislação eleitoral, no tocante ao exercício ou à postulação ao exercício de cargos públicos, que também deverão ser aplicáveis aos conviventes homoafetivos.

Em suma, a decisão da Corte Constitucional, ao reconhecer o direito às uniões homoafetivas, afetou uma gama indeterminada de pessoas e de instituições – por ser dotada de eficácia *erga omnes* - e possui efeito vinculante em relação aos órgãos públicos, judicantes ou não, e à sociedade como um todo. Portanto, uma decisão

de feição tão amplo não poderá ser interpretada de modo restrito. Não se trata de um direito parcial, pela metade. Cuida-se de uma decisão que encerrou uma forte inovação no ordenamento jurídico interno, não apenas por seu conteúdo, mas, sobretudo, porque denota o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, que, ao interpretar a Constituição Federal, exerceu fortemente a sua função normativa.

4 – O PROTAGONISMO DO STF

O julgado sob comento deixa um legado que vai muito além dos efeitos jurídicos e práticos concernentes às pessoas que convivem em relações homoafetivas. A Corte Constitucional não apenas interpretou a Carta Federal, mas o fez de maneira a conferir ao próprio texto constitucional um conteúdo diverso daquele literalmente expresso. Afinal, o §3º do art. 226 da CF⁶ diz, com todas as letras, que a união estável é entidade familiar formada por homem e mulher.

Nessas circunstâncias, a inconstitucionalidade invocada pelos autores das ações não estava propriamente contida na norma infraconstitucional, na medida em que a dicção literal da Carta Federal, ao tratar das uniões estáveis, também não faz referência às relações homoafetivas, de modo que o art. 1.723 do Código Civil tão-somente reproduz o comando do texto constitucional.

Efetivamente, os ministros do Supremo Tribunal, querendo ou não, declararam a inconstitucionalidade de um trecho (§3º do art. 226) da própria Constituição Federal. Por isso, depois de 05 de maio de 2011, a CF deverá a ser lida com a adição do teor da decisão proferida. Portanto,

⁶ Constituição Federal. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

desde aquela data, em face da irrecorribilidade da decisão do STF, a Constituição Federal não contém apenas o seu texto literal. Contém integralmente o seu texto, por óbvio, mas também o teor da decisão que conferiu uma interpretação diferente da literalidade do §3º do art. 226, já que os ministros não poderão subtrair as palavras nele contidas.

No exercício do seu poder de guardião da Carta Federal, o Supremo Tribunal, ao decidir interpretá-la de modo diferente da literalidade do seu texto, adentrou na arena dos poderes jurídicos e políticos normalmente reservados ao parlamento. Afinal, quando o Poder Legislativo quer alterar a Constituição Federal, submete-se ao itinerário protocolar das emendas constitucionais, o qual, dentre outras as exigências, requer quórum qualificado e votação nas duas casas do Congresso Nacional.

Importa dizer, a bem da verdade, que a decisão do STF encerra uma legítima aspiração de parte da sociedade, embora desagrade outra parcela da população, contrária ao reconhecimento de direitos às pessoas que convivem em uniões homoafetivas, especialmente ao casamento civil. Para adiante desse enfoque, no entanto, cabe denotar que o julgado do STF deu mais um passo na longa jornada civilizacional que a sociedade brasileira trilha, em busca da sedimentação dos direitos fundamentais em todas as escalas de valores, o que inclui a rechaça à discriminação da pessoa por conta de sua condição sexual.

Dentre as exigências contidas na tarefa de interpretação do texto constitucional, a cargo da Corte Suprema, uma implica no fato de que aquele órgão judicante deverá, continuamente, exercer a sua capacidade de vislumbrar no texto da Carta Federal aquilo que está, aparentemente, incutido apenas no plano do ideal, encetado na forma de políticas e diretrizes constitucionais. Dessa forma, o texto não será visto apenas pelo seu sentido literal, mas sempre em cotejo com o

restante do seu conteúdo constitucional, de maneira que a Constituição Federal conforme uma carta jurídica e política harmônica em si mesma e, necessariamente, representativa de toda a sociedade.

É nessa linha de ideia que a decisão do STF foi saudada com entusiasmo por vozes de considerável ressonância intelectual, apontando que

“No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, por força da Constituição de 1988, tem papel central na definição do interesse público. Sua última manifestação, o reconhecimento legal da união civil – para fins de casamento e de constituição de famílias – entre casais homoafetivos é um passo notável para a fixação de uma cultura pública democrática entre nós. Fizeram os juízes o que não puderam ou quiseram os partidos e seus parlamentares”⁷.

Ao se referir à interpretação de textos, com destacada margem de acerto, Uberto Eco⁸ recorda que entre a intenção do autor (por vezes difícil de descobrir ou mesmo irrelevante saber) e a intenção do intérprete (que, não raro, analisa um texto até que este se ajuste aos seus propósitos), há a intenção do próprio texto. Perscrutar essa intenção implica em mover um complexo trabalho hermenêutico, que rejeita os casuísmos e a subversão do sentido comumente aceito para certos conceitos e definições. E nem sempre isso será uma tarefa fácil.

O Supremo Tribunal Federal, por certo, deverá permanentemente buscar dar autenticidade jurídica e política à Carta Federal, não sendo descabido que, em alguma medida, a Corte Suprema possa conferir um sentido diverso a certas passagens do texto que, em sua literalidade, estejam em descompasso com o

⁷ LESSA, Renato. Cultura pública. *Ciência Hoje*, n 282, vol. 47, junho 2011, p. 80.

⁸ ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*: tradução MF.; revisão da tradução e texto final Monica Sthael. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 29.

ordenamento constitucional considerando em seu conjunto. Trata-se da denominada *interpretação conforme*, a qual evita “a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde que naturalmente haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição”⁹. O que sucedeu, na prática, foi que o STF ajustou o sentido dado ao §3º do art. 226 da Constituição Federal.

Contudo, é razoável afirmar que esse exercício interpretativo do texto constitucional deva ser dotado de limites, sob pena de, em algumas circunstâncias, os ministros do STF - e os juízes em geral - mitigarem as funções e as vocações do parlamento a ponto de torná-las supérfluas ou insignificantes.

Do ponto de vista teórico, essa questão não é recente, pois desde a atuação protagonista da Suprema Corte dos EUA, no final do século XIX e ao longo do século XX, persiste o debate acerca do papel republicano do poder jurisdicional, notadamente quando a face normativa da jurisdição afeta as opções políticas e legislativas dos demais poderes¹⁰. A questão do ativismo judicial ainda resta irresolvida do ponto de vista teórico, mas, sobretudo do ponto de vista prático. Desse modo, ainda vale a pena syndicar sobre a força normativa de juízes e tribunais em vista de uma atuação que afaste a apatia e a submissão do poder jurisdicional diante dos demais poderes e, concomitantemente, não dê asas ao subjetivismo que se revestirá em um ativismo incontido e incontrolável.

A respeito dessa atuação ativista ou proativa, Lenio Streck assinala que “... não será o juiz, com base na sua particular concepção de mundo, que fará correções morais de leis defei-

tuosas ...”¹¹. Há de ser bem refletida, portanto, qualquer intervenção jurisdicional que, obliquamente, faça papel do legislador, inserindo normas no ordenamento em sentido diametralmente oposto ao da opção do parlamento. Entretanto, o mesmo autor adverte que “essa crítica ao ativismo [...] não implica a submissão do Judiciário à qualquer legislação que fira a Constituição, entendida no seu todo principiológico. Legislativos irresponsáveis – que aprovem leis de conveniência – merecerão a censura da jurisdição constitucional”¹².

Entre uma coisa e outra, ou seja, entre o ativismo e a parcimônia, por vezes, existe uma linha tênue que separa o subjetivismo da atuação jurisdicional e a necessária objetividade que deve ser aplicada na leitura do ordenamento jurídico.

Portanto, esse debate ainda está posto na ordem do dia. Enfrentar o dilema entre uma jurisdição passiva e uma submissa requer pensar em uma nova jurisdição, que esteja aberta para o seu próprio refazimento, em um permanente processo de autoconstrução em vista da conformação de sua verdadeira identidade republicana.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao decidir pelo reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva o Supremo Tribunal Federal conferiu uma nova feição a um dos institutos mais tradicionais de nossa sociedade, o casamento. A decisão emprestou a esse instituto um caráter muito mais abrangente, no se refere às pessoas habilitadas a casar. É que, ao reconhecer as uniões estáveis homoafetivas, irremediavelmente, o nosso

⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores. 2007, p. 518.

¹⁰ Conferir a respeito, dentre outros, CARDOZO, Benjamin N. A natureza do processo judicial; tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 102.

¹² Idem, p. 103.

ordenamento admitiu a possibilidade de sua conversão em casamento civil. Alterou, de forma irremediável, uma das tradições mais arraigadas de nossa organização social.

Essa decisão é de importância capital para o entendimento da sociedade brasileira contemporânea, na medida em que ela atribuiu um leque de direitos e obrigações a milhares de pessoas, ao Estado e à sociedade em geral - todos envolvidos como destinatários desse novo comando normativo. Quanto a esse aspecto, a decisão do STF foi salutar, moderna e ousada. Aditou um valor concreto à ideia de igualdade da pessoa perante a lei.

É de notar, todavia, que a forma de inserção desse postulado normativo no nosso ordenamento jurídico, seu deu sem a intervenção do parlamento. Com efeito, a arena legislativa teria um papel importante nesse debate, ao menos no que tange ao conhecimento da sociedade em saber como as diferentes tendências políticas partidárias – na qualidade de representantes formais do povo - se posicionariam sobre temática tão relevante.

A Corte Suprema, portanto, fez o que o parlamento não quis fazer ou não pretendia fazer tão cedo. Abordou de frente uma situação-problema que, até então, era ignorada solenemente pelo Poder Legislativo.

Interessa refletir, a partir desse episódio, até que ponto poderá chegar uma atuação proativa do Poder Judiciário, conformando normas diante da inércia do legislador. Com outras palavras, importa averiguar, com apoio no julgado, se o STF poderá enfrentar outras matérias sem a intervenção do parlamento, como a questão do aborto, por exemplo.

Por fim, também merece reflexão o fato de que a decisão conferiu um novo sentido para uma expressa e literal disposição do texto constitucional. Desse modo, está aberta a possibilidade de outras partes do texto constitucional sofre-

rem modificações de sentido, sem alteração da sua literalidade. O que doravante sucederá, portanto, dependerá não apenas do juízo formado pelos ministros que compõem a Corte Constitucional, mas, sobretudo de como a sociedade, em geral, e os operadores do direito, em particular, acolherão os modelos de interpretação adotados pelo STF.

6 – REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

CARDOZO, Benjamin N. A natureza do processo judicial; tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras. 2006.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*; tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

ECO, Umberto. Interpretação e superinterpretação: tradução MF.; revisão da tradução e texto final Monica Sthael. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

LESSA, Renato. Cultura pública. *Ciência Hoje*, n 282, vol. 47, junho 2011.

SANTANA, Raimundo Rodrigues. Considerações sobre as relações homoafetivas e a adoção. Disponível em www.tjepa.jus.br/juizes/RAIMUNDO_RODRIGUES-SANTANA

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

A criança e o adolescente como sujeitos de direitos: um breve resgate histórico

José Maria Teixeira do Rosário *

RESUMO

Neste artigo é apresentada a trajetória dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil, relacionando as fases históricas de seu desenvolvimento e as doutrinas jurídicas que substanciam as leis adotadas em cada época. Inicialmente é destacada a evolução da família como fator preponderante na construção da trajetória dos direitos de infantes e jovens. Em seguida trata de cada uma das doutrinas, ou seja, Direito do Menor, Situação Irregular e Proteção Integral, esta última em vigor no Brasil por meio do Art.227 da CF e da lei 8.069/90- Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

PALAVRAS-CHAVES: Criança e Adolescente. Doutrina do Menor. Doutrina da Situação Irregular. Doutrina da Proteção Integral.

ABSTRACT

This paper presents the trajectory of the rights of children and adolescents in Brazil, linking the historical phases of its development and the legal doctrines that substantiate the laws adopted in each period. Is initially highlighted the evolution of the family as a major factor in the construction of the trajectory of the rights of infants and young people. Then comes to each of the doctrines, ie, children rights, irregular and full protection, the latter in force in Brazil by means of Art.227 of the Constitution and the law 8.069/90- the Child and Adolescent which recognizes children and adolescents as subjects of rights.

KEYWORDS: Child and adolescent. Doctrine of the minor. Doctrine of irregular situation. Doctrine of full protection.

¹ * Desembargador do Tribunal de Justiça do Pará

INTRODUÇÃO

Buscar na história a trajetória dos direitos de crianças e adolescentes é mostrar como essa construção atravessou os tempos tendo como marca preponderante o desinteresse quanto a sua proteção. Em relação às civilizações da idade antiga, por exemplo, crianças e adolescentes não eram vistos como sujeitos de direito, mas sim objeto de relações jurídicas. Inexistia preocupação com os infantes quanto à proteção dos seus direitos fundamentais, não era reconhecido o princípio da dignidade humana e o poder familiar era exercido sem qualquer limite. Os pais exerciam o direito absoluto de propriedade em relação aos seus filhos. Dentro dessa ótica, era-lhes conferido o poder de decidir, inclusive, sobre a vida e a morte destes.¹

O Estado não possuía políticas para dar assistência às crianças. A família, por seu turno, era numerosa, haja vista que inexistia a preocupação com o controle de natalidade. As crianças desde suas tenras idades já trabalhavam para ajudar as suas famílias, não tinham acesso às escolas e o analfabetismo era uma marca registrada.

Em séculos passados inexistia a separação entre crianças e adolescentes. Todos eram reconhecidos como “menores”, sem nenhuma proteção para que lhes fossem garantidos os direitos inerentes à pessoa humana, especificamente a dignidade humana, direito personalíssimo intrínseco de todo o ser humano.

Os infantes não possuíam seus espaços em sua própria família. Os interesses de crianças e adolescentes eram postergados, pois não eram

vistos como possuidores de direito personalíssimo, como seres humanos individualizados; existia uma lacuna no relacionamento entre pais e filhos, tanto é que não havia participação das crianças nas mesas de refeições com os seus próprios pais, e, quando isso acontecia, não se oportunizava que tivessem diálogo com seus pais.

Crianças e adolescentes, antes do século XX, eram vistos tão somente como sujeitos de obrigação. Passavam despercebidos, sendo coisificados, isto é, tratados como instrumento para a obtenção das satisfações dos adultos, apenas como sujeitos passivos.

A preocupação de colocar os direitos de crianças e de adolescentes nas agendas dos países detentores do capitalismo, em razão das consequências advindas das grandes guerras mundiais, quando crianças ficaram a mercê da sorte sem a companhia de seus pais, fez surgir os documentos internacionais que nortearam as Constituições dos países signatários desses documentos.

No âmbito do Brasil a despreocupação com os direitos fundamentais da criança e do adolescente fez com que se instituísse legislação referente ao trato com a população infanto-juvenil que a considerava em **situação irregular**, não fazendo diferença entre aqueles em estado de pobreza e os que cometiam atos infracionais, todos eram tratados de maneira igual em situações jurídico-sociais totalmente diferentes.

Tanto o Código de Mello Matos de 1927 quanto o Código de Menores de 1979 não reconheciam crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, mas sim meros objetos da intervenção do Estado que agia em prol de seus próprios interesses. Assim, o juiz, agindo em nome do Estado e da lei, tinha poderes quase que “ditatoriais”.

A perspectiva de mudança começou a ser vislumbrada a partir da aprovação do Artigo 227

¹ *Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos*. Kátia Regina Ferreira Lobo Andradde Maciel coord. Et al, in *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. Andréa Rodrigues Amin. *Apud* COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, Revista dos Tribunais, 2003, p. 3.

na Constituição Federal de 1988, o qual foi regulamentado no ano de 1990 pela Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Em se tratando do direito de crianças e adolescentes é fundamental que se faça referências à família, *locus* privilegiado de construção de relações e da história.

A “Bíblia”, livro sagrado cultuado pelo catolicismo, remete a família como base na tradição cultural judaico-cristã quando assim vaticina: “O Senhor Deus disse: ‘Não é bom para o homem ficar sozinho. Quero fazer para ele uma ajuda que lhe seja adequada...’”²

É de se convir que embora muitas e variadas tenham sido as formas do agregado familiar, as transformações por que passou, as expressões que assumiu, as demandas sob que se quedou, os interesses que acolheu, o papel maior ou menor que representou, inexistente antropólogo que não observe no impulso gregário do ser humano a origem de sua experiência amorosa regular.

É inconcebível visualizar a família fora do raio do Estado e da Religião. Contudo, a família não só precede ao Estado e a Religião, como é dotada de uma dinâmica que prescinde um e outra, para se constituir e para sobreviver.

Pode-se dizer que foram o poder político e a ordenação do culto que estenderam seus braços sobre a família e a reconduziram para os seus círculos, impondo-lhes regras, redesenhando-lhe o perfil e submetendo-a a um preordenamento transcendental. Transcendental no prosaico sentido de que estivesse sobposta a interesses que transcendam a

seus próprios, ou melhor, interesses que lhes eram externos ou alheios.

A visão de *família* hodiernamente está profundamente permeada não por aquilo que é, em sua essência, senão por aquilo que o sagrado e o político tentaram e tentam dela fazer. É muito do gosto, na condição de amante das ciências jurídicas, distinguir entre o fato e a versão do fato; pois bem, há o fato da família e há a versão da família. O que se denomina direito de família é, na verdade, o direito da versão de família: um construto elaborado sobre a filtragem política e sagrada sob que apreendemos mentalmente a instituição.

É salutar registrar que com a despedida do *ancien regime* é também a despedida da ordem monolítica na qual a família constituía, de forma metafórica, um bizarro *shopping center* de funções. Desde logo, ali residia o organismo provedor de recursos humanos com que se compunham os exércitos e se repunham os contingentes dizimados pelas epidemias. Na realidade, nela se cumpria todo o ciclo econômico que vai da produção ao consumo.

Era no espaço da família que se ensinavam as artes e se aprendiam os ofícios. A criação de escolas, associações, sindicatos, e partidos políticos convoca e leva para o espaço público atividades que se concentravam na família.

De outro lado, a doutrina agostiniana, que considerava a prática do sexo *remedium aegrotis*, “medicina para os fracos”³, entra em colapso. Mais grave ainda: a finalidade procria-

² A Bíblia Tradução Ecumênica. Edições Loyola, Paulinas: São Paulo, Brasil, 1996, p. 13.

³ VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito de Família in Nova Realidade do Direito de Família*: doutrina, jurisprudência, visão interdisciplinar e, noticiário, tomo 2/ coord. Científica Sérgio Couto – Rio de Janeiro: COAD: SC Editora Jurídica, 1999, pp. 52/53. *Apud* AUGUSTINUS, Aurelius. *Opera Omnia, De Genesi ad Litteram* 9, 7, 12. In: MIGNE, J.-P. (acc.). *Patrologia Latina*. T. 34, Paris: Migne, 1865, p. 397.

tiva do matrimônio perde terreno e vai atingir, possivelmente, sua mais perfeita interpretação, já no século XX, graças aos trabalhos de Herbert Doms, Dieter von Hildebrand e Bernhardin Krempel.

Tais teólogos, retomando uma percepção que advém de Hugo de São Vitor (1096-1141), voltaram as costas à visão demonizada do sexo⁴ e souberam, com extraordinária perspicácia, redescobrir o papel fundamental e positivo do impulso erótico e da conjugalidade.

Já no século XVIII produziu-se o mais espetacular fenômeno em toda a história da família: houve a sua passagem de unidade institucional a núcleo de companheirismo, passando deste momento histórico a se desvencilhar da imensa carga de atribuições que se lhe tinham imposto, pois nessa época a família era a unidade social, econômica, política e religiosa, constituindo um verdadeiro Estado dentro do Estado, com as suas próprias autoridades dentro dos limites do lar.

É certo que a família, por perder todas essas atribuições, passou a obter novas funções, como já dizia Maciver, a família, “perdendo função após função, acabou por encontrar a sua própria”, que é de ser *locus* de amor, sonho afeto e companheirismo.⁵ Estes, portanto, são os dons da família, aquilo que se poderiam qualificar como suas prestações específicas.

Evidentemente que a descompressão da família, não se opera sem custos. Sob a estrutura institucionalista, o controle social externo pro-

porcionava garantia contra o exercício arbitrário do poder no interior do grupo. Restituída a si própria, a família passou a ter seu equilíbrio sob condição da capacidade de autocomposição de seus membros. Fragilizados, os laços ganharam em poder de expressão afetiva, contudo, perdeu em capacidade de sustentação, o que faz gerar uma nova dimensão para o problema da violência familiar, de que são vítimas, em preferência, as mulheres e as crianças.

OS ALICERCES DA DOCTRINA DO DIREITO DO MENOR

No período Pré-Republicano, isto é, até a instalação da República em 1889, o Brasil manteve exclusivamente um modelo caritativo-assistencial de atenção à infância, representado por ações em torno do abandono, da exposição e do enfeitamento de crianças que, em regra, tinham como destino a recepção por famílias substitutas e a institucionalização nas Rodas dos Expostos.⁶

As Rodas criadas consoante o modelo de acolhimento infantil, vigente na Europa durante o período colonial brasileiro, foi reproduzido e difundido em larga escala no Brasil. Possivelmente, foi um dos modelos assistenciais que mais tempo permaneceu na história brasileira, registre-se que a primeira Roda dos Expostos foi criada em 1750 e a última encerrada em 1950,

⁴ A sexualidade estava tão fortemente limitada à procriação no pensamento teológico que somente no século XIV e início do século XV se teria começado a admitir como amplamente legítima a cópula entre o marido e sua mulher.

⁵ *Nova realidade do direito de família: doutrina, jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário*, tomo 2/Coord. Sergio Couto. – Rio de Janeiro: COAD: SC Editora Jurídica, 1999, in *Repensando o direito de família*. VILLELA, João Batista, p. 53. *Apud* MACIVER, R. M. *The Elements of Social Science*, 9. Ed., rev., London: Methuen, 1949, p. 154.

⁶ No século XIX é criada a Roda dos Expostos ou dos Enfeitados, que se traduzia como um mecanismo social para minimizar os escândalos causados com nascimento de filhos ilegítimos. A Roda possuía um formato cilíndrico, dividido ao meio por uma divisória. Era fixada no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro, que ficava na parte externa, a criança era depositada e, a seguir, a roda era girada. O expositor puxava uma cordinha com uma sineta para avisar a vigilante ou rodeira que um bebê acabava de ser abandonado. No Brasil tal mecanismo existiu até 1950, sendo o último país a abolí-lo, porém com um grande número de crianças abandonadas, tanto nas ruas como em abrigos.

ou seja, durante duzentos anos consolidou-se como o principal modelo de abrigo infantil (MARCÍLIO, 1999).

Na seara da educação, as práticas pedagógicas instituídas pelos jesuítas no século XVI representadas pelo binômio amor-repressão, que aderiu a educação à imposição de castigos corporais, também perdurou ao longo dos séculos (CHAMBOULEYRON, 1999, SCHUELER, 2000). Apesar de no século XIX as escolas de primeiras letras tenham se difundido pelas comunidades brasileiras, a verdadeira condição da infância era a de absoluta exclusão educacional, ressaltando as crianças nobres que desde essa época recebiam tratamentos diferenciados em um modelo educacional doméstico bastante diversificado.

Não se deve olvidar da escravidão, que deixou marca indelével na história da infância brasileira, mesmo em pleno século das luzes, século XIX, com os avanços no campo das ciências e a vagarosa incorporação dos ideais liberais europeus, a maioria das crianças afro-descendentes foi subjugada, humilhada à condição de absoluta exploração, a maioria das vezes tratadas como “pequenos animaizinhos”, como bem retrata a historiografia inerente ao período. (GÓES, 1999).

Até o final do período imperial brasileiro, inexistiu qualquer interesse em termos práticos quanto à garantia de direito e proteção jurídica à infância. Entretanto, diante desse quadro à época era possível encontrar, nas decisões do império, mulheres reivindicando a liberdade de suas proles e a devolução das crianças subtraídas pelas Rodas dos Expostos.

Com a proclamação da República em 1889, exsurge um interesse jurídico especial pela infância. Face à abolição da escravatura meninos e meninas empobrecidos circulam pelos centros

urbanos das pequenas cidades procurando alternativas de sobrevivência e “perturbando” o sossego das elites locais. Logo, a partir destas circunstâncias o sistema de controle social (penal) é utilizado visando estabelecer um controle jurídico específico sobre a infância.

Embora o Código Criminal do Império de 1830 já disciplinasse a menoridade como uma categoria jurídica, foi com a aprovação do Código Penal da República que a repressão assumiu um caráter político acerca do que se desejava enquanto imagem da infância brasileira, em outras palavras, aquela consagrada como o futuro do país fundado nas concepções básicas do positivismo.

Assegura-se que as idéias positivistas coadjuvadas ao movimento higienista e a todo um novo sistema jurídico foi responsável pela produção do “menor” enquanto objeto normativo, segundo o qual o Estado “visando garantir o futuro do país” deveria tomar medidas especializadas. (VIEIRA, 2005, p. 15).

É nesse contexto que a criminalização, por meio da contravenção, como a vadiagem e prática da capoeira, tornaram-se instrumentos poderosos de controle social das classes populares. Medidas como a criação do Instituto Disciplinar em 1902 para “menores delinquentes” e a ampliação de aprendizagem pelas instituições militares foram medidas de cunho simbólico na nova estrutura institucional que se estabelecia na transição dos séculos XIX-XX.

No início do século XX são criadas diversas iniciativas públicas e privadas de atenção à criança, seja pela influência européia em consequência da descoberta da infância ou ainda pela própria necessidade do Estado em responder a uma constante pressão social de massas de excluídos vistos como obstáculos reais ao ideário positivista da ordem e do progresso. Por conse-

guinte, várias iniciativas isoladas procuravam oferecer medidas de cunho filantrópico e assistencial às crianças, à época já estigmatizadas com o termo “menoridade”.

Observe-se que a produção jurídica no período da Primeira República foi intensificada com uma gama de produção, geralmente de caráter puramente simbólico, mas se tratavam de temas como a assistência à infância desvalida, o controle do espaço público, a institucionalização de crianças, a regulamentação do trabalho, da aprendizagem e da educação em patronatos agrícolas, o abandono e a delinquência.

É bom registrar que o modelo federativo republicano também deixava aos Estados as responsabilidades de políticas nesse campo, que eram tratadas conforme as conveniências locais, mas que falaram somente uma língua no tocante ao controle judicial da menoridade.

A DOUTRINA DO DIREITO DO MENOR

A Doutrina do Direito do Menor teria sua primeira versão organizada com a proposta do primeiro Código de Menores no Brasil, iniciado com a edição do Decreto n.º 5.083, de 01 de dezembro de 1926, manifestando o interesse governamental na elaboração de uma legislação que consolidasse toda a produção normativa inerente à matéria.

Para desempenhar tal função, o então Presidente Washington Luiz atribui ao Juiz de Menores do Rio de Janeiro, José Cândido Albuquerque de Mello Mattos, a responsabilidade de sistematizar uma proposta. Em 12 de outubro de 1927 seria aprovado o primeiro Código de Menores da América Latina. (BRASIL, 1927) Este Código consolidou toda a legislação produzida desde a proclamação da república.

É possível constatar que o Código de Me-

nores representou a realidade européia daquele período, segundo a qual era necessário o estabelecimento de práticas psico-pedagógicas carregadas de um forte conteúdo moralizador, produzindo e reproduzindo uma visão discriminatória e elitista, omitindo de considerar as condições econômicas como fatores essenciais na condição de exclusão. Para supostamente resolver as inconveniências da delinquência, do abandono e da ociosidade, apresentava propostas fundadas nas consequências dos problemas sociais, omitindo-se a respeito da absoluta condição de exploração econômica.

Os institutos e estabelecimentos criados para o internamento de crianças e adolescentes, considerados como menores, eram objetos de críticas pelas autoridades, mas o modelo resistiu até o ano de 1941, quando foi criado o Serviço de Assistência a Menores-SAM, com a finalidade de prestar a proteção social aos menores de idade institucionalizados. (BRASIL, 1941).

Admite-se que a criação do SAM assinala uma mudança importante com a inclusão de uma política de assistência social nos estabelecimentos oficiais que à época estavam sob a jurisdição dos juizados de menores. Salienta-se que a principal característica da política proposta pelo Código de Menores de 1927 era a institucionalização como o instrumento necessário para a solução dos problemas vistos como essenciais à organização social.

A incapacidade do Estado em gerir uma política assistencial até de certa forma mínima, contudo, não o eximia de exercer o papel de repressão, controle e vigilância aos grupos discriminados pelo ideário elitista. Acrescentando, ainda, que estimulou a inserção de crianças no trabalho pelos artifícios da aprendizagem e da profissionalização, pois havia mais a preocupação pelos interesses econômicos do que outras

necessidades referentes às questões sociais.

Até o ano de 1964, o modelo jurídico do Direito do Menor, que em outras palavras foi reduzido ao direito de ação estatal contra crianças e adolescentes, subsistiu às diversas transformações do Estado brasileiro que se manteve inalterado, convivendo com pequenas experiências democráticas como nas Constituições de 1934 e de 1946, assim como modelos autoritários como do Estado Novo de 1937.

Mas, não se pode deixar de considerar que pela retaguarda das concepções menoristas estão as idéias fundamentais do pensamento autoritário. Esse pensamento autoritário no Brasil imperou no período compreendido entre 1930 e 1945, sendo conseqüência da produção política e teórica de intelectuais da época, como Francisco Campos, Oliveira Vianna, Azevedo Amaral, Alceu Amoroso Lima e Plínio Salgado. (MEDEIROS, 1978).

No entanto, a transposição desse modelo centrado no controle jurisdicional sobre a menoridade para o controle repressivo assistencial aconteceria a partir do golpe militar em 1964 com a implantação da Política Nacional do Bem-Estar do Menor e correspondente criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

ADOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR

O Código de Menores, Lei n.º 6.697, de 10 de outubro de 1979, apresentado pela Associação Brasileira de Juízes de Menores, foi aprovado no momento das comemorações referentes ao Ano Internacional da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU). A nova lei instituiu a doutrina da situação irregular no Brasil, da qual os maiores destaques são os juristas Allyrio Cavallieri e Ubaldino Calvento. A proposta tem sua

base nas doutrinas da Organização dos Estados Americanos (OEA) e do Instituto Interamericano del Niño.

Registre-se que “no I Congresso Ibero-Americano de Juízes de Menores, que aconteceu no ano de 1979 na Nicarágua houve aceite por parte dos juristas JOSÉ MANOEL COELHO, JOSÉ PEDRO ACHARD, RAFAEL SAJÓN, PEDRO DAVID e LUIZ MENDIZÁBAL OSES da colocação posta por UBALDINO CALVENTO, civilista argentino e assessor jurídico da OEA, relativa à existência de três escolas voltadas ao estudo do Direito do Menor, as quais são:

1ª - Doutrina da proteção integral – partindo dos direitos das crianças, reconhecidos pela ONU, a lei garantiria a satisfação de todas as necessidades das pessoas de menor idade, nos seus aspectos gerais, incluindo-se os pertinentes à saúde, educação, recreação, profissionalização etc.

2ª - Doutrina do Direito Penal do Menor – somente a partir do momento em que o menor pratique um ato de delinquência interessa ao direito.

3ª - Doutrina intermediária da situação irregular – os menores são sujeitos de direito quando se encontrarem em estado de patologia social, definida legalmente. É a doutrina brasileira. (CAVALLIERI *apud* ALENCAR, Ana, LOPES, Carlos Alberto, 1982, p. 85).

Obviamente que a visão da situação irregular proposta no Código de Menores de 1979, desde o seu nascedouro foi alvo de muitas críticas, em especial a maneira de tratamento que o Código estava dando aos menores de idade, pois que estes deveriam ser tratados como vítimas

de uma sociedade desigual, desumana e muitas vezes cruel. Portanto, deveriam ser preparados profissionalmente e não marcados pelo rótulo fácil de infrator, conforme visão posta pelo Senador José Londoso quando emitiu parecer por ocasião da discussão do Código de Menores (NOGUEIRA, 1998, p. 4).

Apesar das contradições surgidas na própria proposta, pode se observar a permanência dos mitos em torno da profissionalização como minimizante das questões sociais, das perspectivas limitantes de compreensão do “menor” como infrator, e da insistência em cogitar a idéia de que a exclusão social consistia em uma situação social anômala, quando na verdade estava evidente que a regra geral no modelo capitalista era e sempre foi a total exclusão dos infantes.

Desta forma, o Código de Menores foi aprovado com a proposta de estabelecer o disciplinamento jurídico sobre “assistência, proteção e vigilância a menores” considerando-os como aqueles até 18 anos de idade caracterizados como em situação irregular e, excepcionalmente, até os 21 anos nos casos previstos na própria lei.

Na realidade essa fase caracterizou-se pelo caráter tutelar da norma. Foi resultado da profunda indignação moral da sociedade que se rebelou contra o antigo modelo devido à situação de promiscuidade existente nas celas conjuntas. A separação entre adultos e menores de idade foi a vitória de tal período, que, todavia, ao incumbir-se da “missão” de reformar o antigo modelo acabou criando um novo sistema que tinha como alvo proteger os considerados “menores”.

Destaca-se que o problema maior ocorreu na medida em que, para se assegurar essa proteção, foi criada uma política de supressão de garantias, isto é, princípios penais e constitucionais já estabelecidos (como o princípio da legalidade,

por exemplo) foram ignorados, pois a formalidade e inflexibilidade da lei “atrapalhavam” a efetiva tutela de crianças e adolescentes. Nesta perspectiva os menores de idade eram objeto da norma, portanto, da proteção e tutela do Estado, independentemente de qualquer sistema de garantias existentes.

O Juiz era mais que um julgador, ele tinha que representar a figura do bom pai de família, extrapolando sua função judicante, suprimindo as deficiências de faltas de políticas públicas adequadas. O magistrado era o “pai” dos então menores, pois possuía um poder ilimitado de intervenção sobre a família e à criança, com amplo poder discricionário.

Nessa época, o binômio carência/delinquência sustentou a doutrina da situação irregular. Por esse modelo (Código de Mello Matos/1927 e Código de Menores/1979) não havia distinção entre infratores e abandonados, pois todos se encontravam em situação irregular, todos deveriam ser tutelados pelo Estado. Essa falta de distinção gerou a criminalização da pobreza, vez que a criança pobre, por estar em “situação irregular”, era objeto de intervenção estatal da mesma forma que o autor de ato infracional.

Portanto, crianças abandonadas recebiam o mesmo tratamento dos que cometiam atos ilícitos, isto é, eram todos encaminhados às unidades de atendimento da época, as chamadas FEBEMS. Assim, a doutrina da situação irregular não foi universal, pois só pretendia “proteger” aqueles que estivessem em situação de “abandono material ou moral”. Enquanto que as demais crianças bem nascidas e bem assistidas eram excluídas da tutela desse sistema, fato que aumentou a questão da desigualdade social e preconceitos entre as classes. Esse foi o momento no qual foi criada uma associação perversa, segundo a qual “menores desvalidos” significavam a

mesma coisa que “menores delinquentes”. Diante desse modelo chegou-se a um estágio no qual 70% da população brasileira menor de idade estaria em situação irregular.

O Código Penal brasileiro de 1940 estabeleceu a imputabilidade penal em dezoito anos, fundando-se no critério de imaturidade das pessoas com idade inferior. Isto é, devido ao fato do menor de dezoito anos ainda ser imaturo, ficaria sujeito à pedagogia corretiva da legislação penal.

Posteriormente, com as alterações da parte geral do Código Penal, manteve-se a idade de dezoito anos para a imputabilidade penal, alterando-se, contudo, a justificativa, que passou a ser de política criminal, na mesma esteira das maiorias das democracias mundiais.

A cultura tutelar, fundamento da doutrina da proteção irregular incutiu em todos à idéia de que crianças e adolescentes são incapazes e, por isso, insuscetíveis de qualquer responsabilização. Tal condição de incapaz igualava-os à figura do portador de transtornos mentais, tanto que as medidas eram aplicadas por tempo indeterminado, à semelhança das medidas aplicadas aos inimputáveis por incapacidade mental.

O termo “menor” representou de maneira crucial tal fase. Registre-se que essa palavra “menor” ficou estigmatizada pelo fato de ser associada à figura do adolescente que comete ato infracional e à categoria de crianças e adolescentes vítimas de abandono.

Na fase que se inicia com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, é possível destacar que os termos “criança” e “adolescente” marcam significativamente este período da história, pois cultua as garantias fundamentais do ser humano, priorizando o princípio da dignidade humana, e como consequência a garantia absoluta dos direitos das pessoas menores de idade.

DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A Doutrina da Proteção Integral é a doutrina norteadora do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual se configura como resultado de inúmeras lutas pelo direito de crianças e de adolescentes no Brasil a partir da década de 80. Não se trata de lutas isoladas, haja vista os documentos, congressos e convenções internacionais, como por exemplo, a Declaração de Genebra em 1924, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1949, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, o Congresso Pan-americano de 1963, a Convenção Internacional de Direitos Humanos (Pacto de San José) de 1969 e a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989 – este culminou por abarcar todos os direitos fundamentais da criança.

A década de 80 no Brasil foi um período de grandes conquistas para os movimentos sociais pela infância. Estes movimentos dividiam-se em dois grupos: os menoristas e os estatutistas. Os menoristas lutavam pela manutenção do Código de Menores, enquanto os estatutistas lutavam por uma mudança ampla na lei, onde estas mudanças deveriam garantir que crianças e adolescentes passassem a serem sujeitos de direitos e a ser atendidos por uma política de proteção integral.

A primeira vitória dos estatutistas se deu em 05 de outubro de 1988, quando foi promulgada a Constituição Federal. Esta Constituição ficou conhecida como a “Constituição Cidadã” por passar a utilizar um novo modelo de gestão das políticas públicas, onde defende a participação ativa da sociedade civil em vários seguimentos e variados assuntos em todo o país.

Através do artigo 227 *caput* da C.F.B./1988⁷ inicia-se a mudança da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral, trazendo para o cotidiano das ações com o público infanto-juvenil o que recomenda as normativas internacionais. Passava-se, portanto, a garantir a esse segmento da população brasileira, direitos fundamentais de sobrevivência, de desenvolvimento pessoal, social, físico, psicológico, e moral, além de garantir que não seria mais alvo de negligência, maus tratos, violência, exploração e crueldade sem que os autores dessas violações fossem devidamente responsabilizados.

Com base no artigo 227 da CF, forma-se a Comissão de Redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, composta por representantes dos movimentos da sociedade civil, juristas e profissionais da área social dos órgãos governamentais. Dentre estes movimentos destacam-se o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), a Pastoral da Criança e em Belém o Movimento da República do Pequeno Vendedor, todos ligados à igreja católica.

A década de 90 é a década da consolidação da democracia. Em 13 de julho de 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei federal nº 8.069/90, que define pontos básicos e fundamentais para a execução da nova doutrina. Criança passou a ser considerada toda pessoa na faixa de 0 a 12 anos de idade incompletos e adolescentes àquelas pertencentes à faixa de 12 a 18 anos (incompletos). No Estatuto são consideradas como pessoas em

desenvolvimento; eliminou-se a rotulação de “menor”, “infrator”, “carente”, “abandonado” etc, classificando esses segmentos como criança ou adolescente cujos direitos estão ameaçados ou violados ou adolescentes autores de ato infracional.

A nova e específica legislação também normatizou a atuação do Poder Judiciário. As situações que envolvem crianças e adolescentes não estão mais somente sob a decisão do Juiz. Este passa obrigatoriamente a ser assessorado por uma equipe técnica, composta no mínimo de um Assistente Social e um Psicólogo, que estão em igualdade de status científico com o Juiz, uma vez serem todos bacharéis. Assim, as situações que envolvem crianças e adolescentes não são somente vistas do ponto de vista do direito, da justiça, mas também do ponto de vista do psicossocial, não deixando descoberto nenhum nível da vida da criança ou do adolescente. Garante-se a autoridade jurídica em casos típicos do Direito Processual Civil como à guarda, tutela, adoção, investigação de paternidade e maus tratos, e do Direito Processual Penal como os atos infracionais cometidos por adolescentes.

Nos casos de adoção é importante destacar que o Estatuto põe em evidência os interesses do adotando (filho) e estabelece como principal objetivo do processo de adoção assegurar o seu bem estar conforme dispõe o artigo 43: “*A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos*”⁸

Conforme consta no ECA, através do ato de adoção os requerentes conferem ao filho adotado os mesmos direitos dos filhos naturais. Ressaltando-se que uma vez concluído o processo de adoção esta é irrefutável, a não ser em

⁷ 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. (GIANULO, Wilson, 2008, p. 89).

⁸ Brasil, ECA, Art. 43, 1990

caso de maus tratos pelos pais. Nessas situações, assim como ocorreria com os pais biológicos, os pais por adoção perdem o poder familiar e o Estado se responsabiliza pela guarda dos filhos, podendo colocá-los sob a responsabilidade de um parente que tenha condições de acolhê-los ou encaminhando-os a uma instituição de acolhimento até definir sua situação.

Importante também ressaltar que com a promulgação da Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009 (Lei de Adoção), crianças e adolescentes não poderão permanecer mais de dois anos em uma casa de acolhimento, devendo o abrigo ser próximo ao endereço onde a família da criança ou do adolescente mora. Os abrigos deverão encaminhar relatório semestral elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar à autoridade judiciária a qual decidirá sobre a possibilidade de retorno das crianças as suas famílias de origem ou a necessidade de colocação em família substituta. Já as pessoas acima de 18 anos, mesmo sendo solteiras poderão adotar uma criança ou até mesmo um adolescente, porém a única restrição continua sendo que o adotante tenha 16 anos a mais que o adotado.

Essa lei também exige que em casos de adoção internacional adotantes tenham uma preparação prévia e também todo um acompanhamento familiar logo depois de adotar a criança. E ainda, os adotados poderão ser ouvidos pela justiça depois que forem entregues à família substituta. Em casos de irmãos, estes devem ser adotados pela mesma família, com exceção para alguns casos especiais. A adoção internacional ficará sempre em segundo plano, pois será dada preferência para pessoas nacionais e depois para brasileiros que moram no exterior, sendo necessário um período de convivência de no mínimo 30 dias dentro do território nacional. E, além disso, o poder público deverá dar total assistência

para as gestantes ou até mesmo mães que queiram entregar os seus filhos para adoção, sendo que tios, cunhados, primos e parentes próximos poderão fazer uma adoção entre família.

A partir do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, os casos de pobreza, vulnerabilidade social, permanência na rua, vínculo com substâncias tóxicas etc, não são mais unicamente de responsabilidade do Juiz, denominam-se de situações de violação de direitos, passando a ser de competência dos Conselhos Tutelares o encaminhamento e garantia de atendimento, bem como os atos infracionais cometidos por crianças.

O ECA também criou órgãos cujo funcionamento garante a participação da sociedade civil, são eles: Conselho Tutelar, responsável por garantir os Direitos promulgados no ECA para as situações de violação de direitos, formado por Conselheiros Tutelares, representantes da sociedade civil eleitos pelo voto da comunidade; Conselho Nacional e os Estaduais e Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente, estes últimos responsáveis por fiscalizar a efetivação dos direitos inerentes a esse segmento social, juntamente com o Ministério Público (Promotoria da Infância e Juventude).

Outras mudanças também são perceptíveis a partir do ECA, como já foi mencionado acima, caso ocorra alguma situação infracional cometida por criança, esta é encaminhada para o Conselho Tutelar. Quanto aos adolescentes aos quais se atribua autoria de atos infracionais, estes são encaminhados para delegacias especializadas para o atendimento policial correspondente. Depois de aberto, o processo é encaminhado para o Ministério Público que os apresenta em audiência com o Juiz da Infância e Juventude. O ato infracional é avaliado pelo Juiz e sua equipe técnica e então se aplica, con-

forme o caso, as Medidas Sócio-Educativas, previstas no artigo 112⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vale também ressaltar que em qualquer dessas situações, crianças e adolescentes possuem o direito da ampla defesa com todos os recursos a ele inerentes, e aos autores de atos infracionais garante-se também defesa técnica por profissional habilitado (defensores públicos ou advogados).

DISPOSIÇÕES FINAIS.

É indiscutível que se estabeleceu um grande avanço no processo de construção dos direitos da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, até se alcançar o desenvolvimento e o estágio que hoje se vivencia na legislação, isto é, a proteção integral dos direitos fundamentais de infantes e jovens.

Por décadas, crianças e adolescentes foram considerados “menores”, sem direitos, mas muitas obrigações. Não havia como assegurar políticas públicas sociais voltadas aos interesses dos infantes, tanto pela sua condição de “não sujeito” como pela falta de obrigatoriedade e dever legal dos entes públicos.

Diante da pobreza, considerada como um entrave ao desenvolvimento econômico dos países dominantes, a maneira mais confortável aos detentores do poder era tratar suas crianças e adolescentes, vítimas da desigualdade social, como se fossem seres inferiores, “depositando-os” em instituições massificadas, sem lhes oferecer a mínima condição humana.

Com essa política de internamento foram geradas consequências desastrosas ao Estado, ficando caracterizada a incompetência em cuidar de suas crianças e adolescentes que na condição de autores de atos infracionais saíam dessas instituições, por fuga ou desligamento judicial, retornando ao convívio de suas famílias com mais poder de agressividade, pois não recebiam tratamento adequado para o seu desenvolvimento humano.

Com as iniciativas dos documentos internacionais, como por exemplo, a Declaração dos Direitos Humanos, Convenção dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, Pacto de São José da Costa Rica, fez com que os países emergentes, em especial o Brasil, incluíssem em sua Carta Política normas que assegurassem a proteção integral dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

A luta do povo brasileiro, em todos os seguimentos sociais, pela construção de uma legislação que dotasse crianças e adolescentes dos direitos que efetivamente assegurassem sua cidadania, foi decisiva para a inclusão do Artigo 227 na Constituição Brasileira de 1988

Em consequência adveio a Lei n.º 8.068/1990, “Estatuto da Criança e do Adolescente”, que é visto como um subsistema com regras que asseguram a proteção integral aos direitos dos infantes, não somente em caráter de prevenção, como também nas situações em que os adolescentes cometem atos infracionais, garantindo o devido processo legal, isto é, o contraditório e a ampla defesa.

Indo mais além, essa lei infraconstitucional trouxe também regras que garantem a proteção do direito coletivo, difuso, pois se sabe que o Poder Público, lamentavelmente, não cumpre voluntariamente com suas obrigações de ofertar as políticas sociais aos interesses dos infantes,

⁹ I) Advertência; II) Obrigação de reparar o dano; III) Prestação de serviço à comunidade; IV) Liberdade assistida; V) Inserção em regime de semiliberdade; VI) Internação em estabelecimento educacional; VII) Qualquer das medidas do art. 101, I a VI. (ELIAS, Roberto João, 2004, p. 120).

sendo necessário que o Ministério Público, através de Ação Civil Pública, faça com que o juiz obrigue o poder público a efetivar os serviços em favor dos infantes.

Enfatiza-se que além das lacunas acima apontadas, se verifica o mesmo descaso em relação ao atendimento específico e especializado a crianças e adolescentes encontrados em situação de convivência e moradia na rua, aos quais a atenção psicossocial deve ser diferenciada daquela voltada a crianças vítimas de abandono e violência intrafamiliar.

Têm-se clareza de que se de um lado o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou uma nova ordem jurídica e institucional para o trato das questões da criança e do adolescente, estabelecendo limites à ação do Estado, do Juiz, da Polícia, da família, da sociedade, das Entidades de atendimento, e surgiu em meio a uma intensa mobilização, fruto de discussões, fóruns e passeatas promovidos por organizações governamentais e não governamentais, entidades beneficentes e pela população, inclusive meninos de rua; de outro ângulo não tem conseguido se estabelecer efetivamente na sua integralidade, como um novo padrão de garantia de direitos.

Entretanto, é preciso deixar enfatizado que a todos nós, *família, sociedade, comunidade de uma maneira geral e poder público* cabe a correção de toda e qualquer lacuna e desvio para que haja operacionalidade no sistema de garantias de direitos de crianças e adolescentes, afinal, o próprio Estatuto prevê esta possibilidade em seus princípios, pois somente assim, todos agindo conjuntamente,

será possível efetivamente se construir um mundo de direitos em que se respeitem crianças e adolescentes, protegendo-os integralmente e assegurando-lhes, em particular, a dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Ana Valderez A. N., LOPES, Carlos Alberto de Souza, *Código de Menores: Lei 6.697/79, comparações, anotações, histórico*. Brasília, Senado Federal, 1982.

BRASIL. Decreto n.º 3.799, de 05 de novembro de 1941, transforma o instituto sete de setembro em Serviço de Assistência a Menores e dá outras providências. Coleção de Leis do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, v.2. p. 476, c.1, 31 dez. 1927.

IDEM, v. 007, p.361, 31 dez. 1941.

CAMBOULEYRON, Rafael. *Jesuítas e as crianças no Brasil quinhentista*. In: Priore, Mary Del (org.) *História das Crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1999.

FAY DE AZAMBUJA, Maria Regina. *Criança: Sujeito de Direitos*. In Nova Realidade do Direito de Família: doutrina, jurisprudência, versão interdisciplinar e noticiário, tomo 2/ coordenação científica: Sérgio Couto – Rio de Janeiro COAD: SC Editora Jurídica, 1999, pp. 67 a 72.

FANZOLATO, Eduardo Ignácio. *Derecho de familia* – 1ª ed. Córdoba. Advocatus, 2007.

GÓES, José Roberto de, FLORENTINO, Mano-
lo. *Crianças escravas*. In: PRÍORE, Mary Del
(org.). *História das crianças no Brasil*. São Pau-
lo: Contexto, 1999.

MARCÍLIO, Maria Luiza. *A roda dos expostos
e a criança abandonada na História do Brasil,
1726-1950*. In: FREITAS MARCOS, César de
(Org.); *História Social da Infância no Brasil*. 2
ed. São Paulo: Cortez, 1999.

MEDEIROS, Jarbas. *Ideologia Autoritária no
Brasil, 1930/1945*. Rio de Janeiro: FGV, 1978.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança
e do Adolescente Comentado*, 4 ed. São Paulo:
Saraiva, 1998.

PERALTA, Lic. Maria Inês. Et all, *Niñez y Dere-
chos: formación de Promotores de Derechos de
la niñez y adolescência. Uma proposta teórica
– metodológica*, 1.^a edición Argentina. Espacio
Editorial, 2000.

REVISTA DO CAO DA INFÂNCIA/ PRO-
CURADORIA GERAL DE JUSTIÇA. Centro
de Apoio Operacional às Promotorias da Infân-
cia, v. 2., n. 2 (jan/jul) Belém-Pa., 2008.

SHUELER, Alexandra Frota Martinez de, *Os
Jesuítas e a Educação das Crianças – Século
XVI ao XVIII*. In: RIZZINI, Irmã (Org.). *Crian-
ças desvalidas, indígenas e negras no Brasil*. Rio
de Janeiro: USU, 2000.

VIEIRA, Cleverton Elias. *A questão dos limites
na educação infanto-juvenil sob a perspectiva
da doutrina da proteção integral: rompendo
um mito*. Dissertação (Mestrado em Direito).
Curso de Pós-graduação em Direito, Universi-
dade Federal de Santa Catarina, Florianópolis,
2005.

VILLELA, João Baptista. *Repensando o Direito
de Família*. In Nova Realidade do Direito de Fa-
mília: doutrina, jurisprudência, visão interdis-
ciplinar e noticiário, tomo 2/coordenação cientí-
fica Sérgio Couto – Rio de Janeiro: COAD: Sc
Editora Jurídica, 1999.

Tutela jurisdicional efetiva

Maria do Céio Maciel Coutinho ^{1*}

RESUMO

O artigo aborda a tutela jurisdicional efetiva, sobre a perspectiva do amplo acesso a justiça com fundamento no art. 5º da Constituição Federal, traçando paralelos entre a jurisdição e os jurisdicionados e as formas de obter um provimento jurisdicional efetivo, entendendo-se por efetividade a obtenção de um provimento judicial e não necessariamente a satisfação do desejo das partes.

PALAVRAS-CHAVES: Tutela, eficácia, jurisdição, provisão.

ABSTRACT

The paper refers to the effective jurisdictional tutelage, about the perspective of wide-ranging access to justice based on Art. 5 of Federal Constitution, outlining parallels between the jurisdiction and those under jurisdiction and the ways to obtain effective jurisdictional grant, having for effectiveness the acquisition of a legal provision and not necessarily the satisfaction of the party.

KEYWORDS: Tutelage, effectiveness, jurisdiction, provision

¹ * Desembargador do Tribunal de Justiça do Pará, Pós-Graduada em Direito Processual Civil, pelo Cesupa Atua na 1ª Câmara Cível Isolada, no Pleno e nas Câmaras Cíveis Reunidas.

1. INTRODUÇÃO

O homem é um ser social por natureza, o que acaba por criar diversas relações humanas. E, à medida que as relações se intensificam e adquirem complexidade, os conflitos sociais tendem a surgir. O surgimento desses conflitos sociais cria a necessidade de se buscar um meio mais eficaz para regulamentar essas relações e estabelecer a paz social. O Estado chamou para si a responsabilidade de tutelar os conflitos sociais através do direito, que segundo Cintra (2002, p. 19), assegura condições de equilíbrio na coexistência das pessoas singulares e/ou coletivas na vida em sociedade.

Na busca por esse equilíbrio o estado criou vários mecanismos de assegurar ao cidadão a tutela de seus direitos, consagrou na legislação determinados direitos e criou meios processuais dirigidos a finalidade de alcançar a realização efetiva desses direitos consagrados para todas as pessoas.

São vários os mecanismos criados a fim de buscar a efetiva tutela de direitos, processualmente, têm-se, a jurisdição, a ação e o processo como os pilares do direito processual moderno. Desta forma, a Jurisdição é a atividade estatal soberana a qual visa por fim as contendas sociais, ou seja, é à margem de atuação do direito. A ação é o modo de provocação desta atividade. O processo é o instrumento que interliga a ação e a efetiva prestação jurisdicional.

A tutela jurisdicional efetiva é a perfeita satisfação de quem provoca a jurisdição através de um processo judicial, e essa satisfação se dá pelo recebimento de uma prestação jurisdicional, que não necessita ser favorável ao requerente para que seja efetiva, é necessário apenas, que seja dada a contento, em um prazo razoável e de maneira imparcial, de modo que a tutela seja eficaz, para desempenhar o papel a que se destina, qual seja, tutelar relações pondo fim aos conflitos sociais.

Contudo, a tutela jurisdicional esbarra em vários problemas que tendem a impedir sua efetividade, dentre eles a morosidade da justiça, o que decorre na maioria das vezes da incidência sobre o processo do elemento burocrático, dentre as inúmeras causas do atraso, tem-se os intervenientes processuais e a própria atuação inidônea das partes.

Destarte, os aplicadores do direito (magistrados, advogados, ministério público, demais estudiosos do direito processual) vêm procurando diminuir a duração dos processos judiciais. Procuram-se novas formas e técnicas de aceleração e simplificação do procedimento sem, contudo, perder de vista a sua efetividade, da mesma forma que os legisladores buscam facilitar o acesso à justiça para a população de baixa renda e de escasso nível de conhecimento.

O que se busca na realidade é um processo de resultados, sendo indispensável para isso “pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo” (DINAMARCO, 2003, p. 21 e 22), mas para que isto aconteça é imprescindível o acesso à justiça, e que a justiça seja feita com presteza, pois muitas vezes a justiça tarda e por tardar já não honra seu nome.

Moreira (1983, p 77-78), cita o que acredita serem os principais pontos em prol da efetividade da justiça:

“a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, que possam inferir do sistema;

b) esses instrumentos processuais devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagens) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;

c) impende assegurar condições propícias à exata e completa restituição dos fatos relevantes, a fim de que convencimento do julgador corresponda, tanto quando puder, à realidade

d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo é de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;

e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias”.

Nessa esteira, observa-se que a temática da tutela jurisdicional efetiva é muito complexa e, para não perder na extensão e enveredar por toda a área do direito processual, procurar-se-á conduzir este trabalho de forma a identificar os principais entraves a efetividade da tutela jurisdicional.

2. ACESSO À JUSTIÇA

É princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (art. 5º da CF/1988). Durante a época do Estado Liberal, os Estados não se preocupavam com a desigualdade econômica ou social, somente permanecia em juízo aquele que pudesse sustentar os custos de uma ação judicial, portanto o direito de ação era privilégio de poucos.

Com o passar dos tempos, as classes sociais foram se modificando, as pessoas passaram a ter maior acesso a bens de consumo, e o nível de informação da população aumentou, atualmente a informação é transmitida instantaneamente a um número bem maior de pessoas, o próprio conhecimento da população aumentou e em razão disso houve a necessidade de se buscar novos sistemas jurídicos, aptos a garantir aos jurisdicionados a tutela efetiva de seus direitos.

As Constituições modernas além de instituir os direitos fundamentais, conferiram novas aparências aos direitos já existentes, objetivando dessa forma, uma sociedade mais justa e mais igualitária.

Marinoni (2007, p. 188), assegura que: As Constituições do século XX procuraram integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão na sociedade, mediante, inclusive, a realização do direito de ação, que passou a ser focalizado como “direito de acesso a justiça”, tornando-se objeto da preocupação dos mais modernos sistemas jurídicos do século passado.

O acesso à justiça não é simplesmente a eficácia, ou a efetivação ou ainda a adequação do direito material, mas a possibilidade, a oportunidade de se proporcionar a todos, o ingresso à justiça, como uma forma de se discutir o direito postulado, garantindo a participação dos cidadãos na sociedade de maneira uniforme.

Não basta apenas que a Constituição tenha consagrado novos direitos, mas, é imprescindível que sejam criados novos mecanismos, técnicas eficientes, a fim de não ser obstaculizada a prática desses direitos através do uso do direito de ação. Adverte Marinoni (p. 189), que o acesso à justiça deve ser real e não ilusório. enfatizando que o direito de acesso à justiça é o vínculo que uniu o processo civil com a “justiça social”.

Cappelletti e Garth (1988, p. 09), visando encontrar maneiras de popularizar os meios de acesso à justiça que permitissem aos cidadãos buscá-la de forma fácil e com igualdade de condições, asseveram que:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

O acesso à justiça, como meio eficaz de garantir ao jurisdicionado a tutela dos seus direitos, está expressamente consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito*, constituindo-se num direito fundamental, que tem aplicação imediata, através do princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Barroso (1998, p. 141), ao dissertar acerca dos princípios constitucionais, ensina que: Os princípios constitucionais são o conjunto de normas da ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

A partir da definição do que sejam princípios constitucionais, infere-se que sendo estes postulados básicos e de aplicação imediata, não é admissível o desrespeito a eles sob pena de estar se desrespeitando a própria Constituição, portanto, ninguém, nem mesmo o legislador infraconstitucional pode vedar o acesso aos órgãos de justiça, de qualquer indivíduo que se sinta lesado ou ameaçado em seus direitos.

Câmara (2007, p. 91), adverte que, “(...) a questão mais polêmica quanto a esse aspecto, sem sombra de dúvida, é a da constitucionalidade (ou não) das leis que proíbem a concessão de medidas liminares”, e cita como exemplo a Lei nº 8.437/92, dispondo em seu artigo 1º que, “não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal”.

Grande parte da doutrina, bem como o autor acima citado, defende a inconstitucionalidade de normas que vedem a concessão de liminares, posto

que, estariam a afrontar o princípio em comento, uma vez que o acesso à justiça *lato sensu*, compreende todos os meios possíveis ao jurisdicionado de obter a satisfação de seu direito e quando uma lei proíbe a concessão de liminares confronta-se diretamente com um princípio Constitucional, tornando-se um entrave ao acesso à justiça.

Como já dito anteriormente, o acesso à justiça é um princípio Constitucional, de aplicabilidade objetiva, de modo que, em abstrato, a Lei Maior assegura aos cidadãos, de forma igualitária o acesso à justiça, contudo, este direito, ainda não é efetivamente garantido a todos, em razão de diversos fatores que obstaculizam o acesso do cidadão à justiça.

Embora, a sociedade tenha vivenciado diversas mudanças essenciais, na organização das suas classes, preteritamente estanques e hoje dinâmicas, no acesso aos meios de comunicação, anteriormente destinados a poucos e atualmente em massa, e ainda quanto a valorização da educação e a acessibilidade a bens de consumo, ainda, não se vive em uma sociedade uniforme, que permita a todos fazer uso de seus direitos igualitariamente, de modo que, não se pode negar a existência de problemas, para que o cidadão tenha um efetivo acesso à justiça e consequentemente a tutela jurisdicional pleiteada, muito embora o Estado tenha colocado meios para que o cidadão tenha acesso à jurisdição.

Um dos grandes problemas que se pode destacar para que o cidadão tenha acesso à justiça são as despesas com o processo judicial, como honorários advocatícios e despesas com as custas judiciais, que normalmente são altas, entretanto, existem valores diferenciados nos vários Estados da Federação, pois cada um possui uma forma de cobrança de taxas judiciárias, e por mais que não se possa crer, os Estados em que a população tem menor renda *per capita* são os que possuem custas judiciais mais elevadas, enquanto que os Estados do sul são os que possuem custas mais baixas, so-

mam-se ainda as despesas com peritos judiciais, que muitas vezes são exorbitantes, apesar de seus honorários serem fixados pelos magistrados.

Todas essas despesas afastam os jurisdicionados que necessitam defender seus interesses, restringindo o acesso à justiça, não apenas do cidadão que tem seu direito violado ou ameaçado, mas também daquele que precisa se defender em uma demanda, ou seja, o sujeito passivo da ação.

O Constituinte de 1988 se preocupou não apenas em consagrar novos direitos, mas passou também a colocar a disposição dos cidadãos novos mecanismos de acesso a jurisdição, como por exemplo: a criação da Defensoria Pública (art. 5º, LXXIV, da CF).

Houve ainda, modificações na Lei 1.060/50 (Assistência Judiciária aos Necessitados), isentando o cidadão necessitado não apenas do pagamento de honorários advocatícios e de perito, mas das custas judiciais, de despesas com publicações de atos oficiais e recentemente o isentando do pagamento do exame de DNA.

Atualmente, é comum se ver o necessitado nos bancos dos Tribunais de Justiça, quer como autores, quer como réus a espera de uma decisão judicial que lhe seja favorável; a espera de uma coleta de sangue que lhe assegure um exame de DNA; a espera de um alvará judicial que lhe assegure o recebimento de valores que antes lhe eram negados; de um registro de nascimento tardio ou de uma retificação em seu assento de nascimento, a fim de requerer um outro direito qualquer que lhe seja assegurado pelas normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Ademais, o Judiciário está mudando, as portas dos gabinetes de seus juízes foram abertas, chegando mais perto do povo, com novas tecnologias, as sessões dos Tribunais podem ser acompanhadas em tempo real, via internet, porém, ainda falta muito a ser feito, a ser modificado, melhorado, é recorrente ainda, a legação da morosidade do judiciário, como argumento ao entrave do acesso a

justiça pelo cidadão e a tutela jurisdicional efetiva, mas para a discussão da temática é necessário um estudo acerca da jurisdição.

2.1. JURISDIÇÃO

Nos tempos mais remotos os homens se autotutelavam, eles resolviam seus próprios conflitos, através da força e da violência, onde o mais forte se sobrepunha ao mais fraco, entretanto, o Estado sentiu a necessidade de chamar para si a responsabilidade de dar soluções aos conflitos de interesses, objetivando o bem comum e a paz social, surgindo a jurisdição como uma das funções soberanas do Estado, exercida pelo Poder Judiciário, sendo que as demais funções, a administrativa, é exercida pelo Poder Executivo e a legislativa é exercida pelo Poder Legislativo. Pode-se assim afirmar, que o Estado exerce a função jurisdicional substituindo a vontade das partes, porque nos modernos ordenamentos jurídicos a autotutela é proibida.

É através da jurisdição que a lei é aplicada ao caso concreto, com o objetivo de restabelecer a paz entre os litigantes, pacificando e mantendo a paz social, daí poder se afirmar que o Estado impõe a sua vontade.

Inicialmente a jurisdição é inerte. Em regra o juiz deve aguardar a provocação do legítimo interessado, é o chamado princípio da iniciativa, previsto no artigo 2º do CPC, se aplicando a jurisdição voluntária e a contenciosa. A regra, todavia, comporta exceções, pois há casos em que o Estado-juiz, pode de ofício, sem provocação de quem quer que seja, exercer a função jurisdicional, e entre as hipóteses mais relevantes, conforme afirma Câmara (p. 76), se encontra a determinação para que seja aberto o inventário, no caso de não ser requerido no prazo legal pelas pessoas mencionadas nos artigos 987 e 988 do CPC.

A função jurisdicional somente pode ser exercida por quem tenha sido regularmente inves-

tido no cargo e se encontre no legítimo exercício de suas atribuições, implicando em nulidade do processo a inobservância desse princípio. Aos juízes, e somente a eles, é conferido o poder de julgar e de executar suas decisões, não podendo delegar ou transferir a terceiros a função jurisdicional.

O juiz não pode exercer suas funções fora de sua jurisdição, de sua circunscrição jurisdicional. Um juiz de primeiro grau somente pode exercer suas funções dentro dos limites de sua comarca, já um juiz do tribunal tem sua jurisdição em todo o território do Estado, é o chamado princípio da aderência ao território. Outros princípios são citados por outros doutrinadores. Em razão do duplo grau de jurisdição, ela se divide em inferior e superior, significa que o processo depois de julgado pelo juiz singular, poderá ser submetido a um novo julgamento pelo Tribunal.

Para Câmara (p. 67), a Jurisdição é o centro na estrutura do Direito Processual e todos os demais institutos da ciência jurídica giram em torno dela, razão pela qual é considerado um instituto fundamental do Direito Processual. Embora defendida como o centro da estrutura processual do direito, não há consenso quanto ao conceito de jurisdição, sendo que, Câmara (p. 71), cita como teses especialmente relevantes, as de Chiovenda (p. 70), e Carnelutti (1952, p. 71), segundo a teoria do primeiro processualista, a jurisdição tem caráter substitutivo, isto é, o Estado intervém de forma imparcial no conflito, substituindo as partes interessadas, para conhecê-lo, decidi-lo e executá-lo, atuando a vontade concreta do direito objetivo, já para o segundo a jurisdição é uma função de “justa composição da lide”.

Ao exercer a função jurisdicional o Estado se limitaria a declarar direitos preexistentes e na prática a atuar na direção da lei, segundo Batista e Gomes (2000, p. 62), Chiovenda, parte do pressuposto que, no Estado moderno, a confecção das leis, vale dizer, a produção do direito, é monopólio do próprio Estado, e que este considera como sua

função essencial a administração da justiça, e que somente ele tem o poder de aplicar a lei ao caso concreto, poder este que denomina jurisdição.

Para o exercício dessa função de administrar a justiça o Estado organiza órgãos especiais, ou seja, jurisdicionais, sendo que o mais importante entre eles são os juízes especiais, cuja tarefa segundo Câmara apud Chiovenda (p. 70/71), é afirmar e atuar aquela vontade da lei que eles próprios considerem como realmente existente. Em outras palavras, os juízes aplicariam a vontade abstrata da lei à realidade do caso concreto.

Carnelutti (p. 5), adotou a teoria da justa composição da lide. Por essa teoria, só existe jurisdição quando existir um conflito de interesses, isto significa dizer que se alguém tem uma pretensão e outro oferece resistência, vai gerar um conflito que se torna uma lide, portanto para este autor, jurisdição seria uma função de composição de litígios.

Câmara (p. 70), toma por base a teoria de Chiovenda para conceituar a função jurisdicional como, “a função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática”.

Embora a jurisdição seja uma e indivisível em razão da soberania estatal, ela abriga em si várias espécies que podem ser adotadas de acordo com os critérios que se passa a expor.

Considerando a natureza da matéria, a jurisdição pode ser penal: cujo objetivo é dar soluções aos conflitos de natureza penal, ou pode ser civil quando tem como objetivo solucionar conflitos de natureza civil e, dependendo da organização judiciária de cada Estado, pode haver juízes exercendo o poder jurisdicional na esfera civil e comercial, como pode haver juízes que tenham competência para questões exclusivamente penais, bem como pode acontecer de juízes exercerem tanto a jurisdição penal quanto a civil, existe ainda, a jurisdição especial, que são: a trabalhista, a militar e a eleitoral.

Há também, a jurisdição inferior, exercida pelos juízes de primeiro grau, ou juízes singulares e a jurisdição superior exercida pelo órgão superior, ou seja, o órgão que conhece da causa em grau de recurso, entretanto, pode ocorrer que os Tribunais que são órgãos de segundo grau, em caso de competência originária, exerçam o primeiro grau de jurisdição, como no caso de Mandado de Segurança contra ato do Governo do Estado, cuja competência originária é do Tribunal de Justiça. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são considerados de terceiro grau ou de grau extraordinário.

Dower (2007, p. 48), comentando acerca da temática, cita Santos¹, segundo o qual, “há quem distinga a jurisdição quanto a providencia, ou origem, em geral e convencional: aquela seria exercida pelos juízes e tribunais; esta por árbitros por força de convenção ou acordo entre as partes”. Significa dizer que ao Poder Judiciário caberia a função de restaurar um direito violado ou ameaçado, entregando à prestação jurisdicional a parte, mas abriria exceção ao chamado juízo arbitral de compor a lide com relação a direitos patrimoniais disponíveis.

No que pese toda essa classificação de jurisdição, a mais relevante é sem dúvida nenhuma a que classifica a jurisdição em jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária, já que é essa classificação que é adotada pelo Código de Processo Civil ao expor em seu artigo 1º, que: “A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”, tratando o Código no Livro IV, Título I, dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, e tratando da jurisdição voluntária, no Título II.

¹ Moacir Amaral Santos, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 5ª. Ed., vol. I, Saraiva, São Paulo, pág. 68.

Existem doutrinadores que acreditam que a expressão “jurisdição contenciosa” é redundante e que poderia muito bem ser tratada como “jurisdição propriamente dita” ou “jurisdição em si mesma”. Dower (p. 49), afirma que, “a jurisdição contenciosa é exercida através do processo contencioso a fim de que o litígio se resolva imparcialmente”.

Várias correntes tentam explicar a natureza da jurisdição voluntária e entre elas se encontra a que Câmara (p. 80/81), denomina de “teoria clássica”, para essa corrente, que se diga, é majoritária, o juiz não resolve nenhum litígio, não há processo, não existe parte adversária, existindo apenas interessados. É apenas uma medida judicial de caráter administrativa.

Nery Júnior (2007, p. 908), é adepto dessa corrente, para ele, na jurisdição voluntária há interesse privado, com fiscalização pelo poder público através do judiciário, já que há relevância para a sociedade, se formando uma relação jurídica unilateral. Dower (p.51), também é adepto dessa corrente, e afirma que:

De um modo geral a jurisdição voluntária é uma intervenção necessária do Poder Judiciário, nos casos em que há controvérsia de direito, mas existe a necessidade de reconhecer, verificar, autorizar, aprovar, constituir ou modificar situações jurídicas, especialmente para fazer valer perante terceiros.

Para a corrente jurisdicionalista, defendida por autores como Dinamarco² e Greco Filho³, embora não existam conflitos de interesses o juiz exerce sua atividade jurisdicional, aplicando tanto o direito objetivo quanto tutelando o direito subjetivo, e conforme já disse Hélio Tornaghi (1987, p. 89), pode haver processo sem lide o que não pode existir é processo sem pretensão.

² Candido Rangel Dinamarco, A Instrumentalidade do Processo, p. 173.

³ Vicente Greco Filho, Direito Processual Civil Brasileiro, Vol. III, p. 263.

Dessa forma, entende-se que a jurisdição voluntária não possui caráter administrativo, já que não há interesse público a ser tutelado, além do que, na jurisdição voluntária o juiz é provocado através de um processo cuja parte ou partes estão interessadas em que o juiz lhes entregue uma prestação jurisdicional através de uma decisão, de qualquer forma o juiz aplica a lei ao caso concreto.

Ultrapassadas as questões relevantes sobre o conceito e da finalidade da jurisdição, cumpre-se a apreciação do ponto essencial na temática deste trabalho, qual seja a discussão acerca dos entraves à Tutela Jurisdiccional Efetiva.

3. TUTELA JURISDICCIONAL EFETIVA

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, considera todos os brasileiros e estrangeiros residentes em nosso País, iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e lhes assegura a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, para mais adiante, no inciso XXXV do mesmo artigo afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo a todos uma prestação jurisdiccional efetiva, se trata, portanto de um direito fundamental, assegurado por nossa lei maior.

O Estado chamando para si a responsabilidade de dirimir os conflitos, pondo fim a autotutela, garantindo a todos uma prestação jurisdiccional efetiva, chamou também para si a obrigação de disponibilizar meios adequados, tanto materiais, como pessoas capacitadas, a fim de dar cumprimento à ordem constitucional, possibilitando que se faça a cobrança, se exija do Estado-Juiz a adequação do procedimento da forma que mais se aproxime da ordem constitucional da efetividade processual para uma determinada situação.

O Estado prestará não apenas a função jurisdiccional aos que o procuram, mas levando-se em conta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdiccional e em respeito ao princípio do devido processo legal, deverá providenciar meios capazes de agilizar a prestação jurisdiccional tão esperada por todos que o procuram.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, alterou vários dispositivos da Constituição, além de acrescentar o inciso LXXVIII ao artigo 5º, com o objetivo de dar maior efetividade à prestação jurisdiccional, “assegurando a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Segundo Câmara, há doutrinadores que entendem ser inócuo e dispensável o inciso acrescido ao artigo 5º da Constituição Federal, por entenderem que já se encontrava implicitamente inserido no inciso XXXV do artigo 5º, o direito a uma ordem jurídica justa como preceito fundamental, garantindo o livre acesso ao judiciário, além do que, a prestação jurisdiccional efetiva e em tempo razoável já se encontrava também, previsto nos artigos 8º, 14 e 25, 15 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica⁶, de modo

⁴ Artigo 8º -Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁵ Artigo 25 -Proteção judicial -1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

⁶ Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) -Pacto de San José da Costa Rica. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

que, não basta apenas a norma constitucional declarar formalmente que todos têm direito a um processo com razoável duração, para que tudo se resolva, é preciso, é necessário que se promova uma reforma estrutural no sistema judiciário brasileiro.

E no sentido de se promover essa reforma o Ministério da Justiça, através da Secretaria de Reforma do Judiciário, aponta soluções mais efetivas, como a desburocratização, melhor utilização de recursos de informática, capacitação e valorização dos servidores públicos, incentivo a iniciativas de intermediação de conflitos sem a necessidade de ações judiciais, padronização de procedimentos mais racionais e implantação de métodos modernos de gestão.

Não se pode, contudo, negar os avanços ocorridos com a tão falada reforma do judiciário, que iniciou-se não somente com a Emenda Constitucional nº 45/2004⁷⁷, mas, bem antes, quando através da Lei nº. 8.952/94 introduziu-se a tutela antecipatória (art. 273 do CPC), quando instituiu-se a Defensoria Pública, considerando-a como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”, (artigo 134 da CF/1988), e ainda, com a criação dos juizados especiais através da Lei nº 9.099/95, como instrumentos agilizadores da prestação jurisdicional, houve a reforma no que concerne a execução, aos recursos, e entre outras normas infraconstitucionais.

Com a Emenda Constitucional nº. 45/2004, dentre outras medidas, institui-se a exigência de três anos, no mínimo, de atividade jurídica para ingresso na carreira dos membros da magistratura e membros do Ministério Público, as regras para vitaliciamento tornam obrigatória a participação

em cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados, a promoção por merecimento passa a ser de acordo com o desempenho do magistrado, produtividade, presteza no exercício da jurisdição, frequência e aproveitamento dos cursos de aperfeiçoamento.

São recorrentes as discussões acerca da morosidade da justiça, mas essa morosidade não depende apenas do judiciário, daí a grande preocupação em dar uma resposta mais rápida aos jurisdicionados, através de medidas implementadas a partir da reforma do judiciário, Marinoni (p. 193), comenta as críticas ao judiciário no que concerne a morosidade da justiça.

Acusar juízes pela demora da justiça constitui um reducionismo imperdoável, uma vez que a questão da demora passa por uma dimensão muito mais profunda, ou seja, pela própria ideologia que permite que o Poder Judiciário seja o que é, pois, como é intuitivo, nada, absolutamente nada, possui uma determinada configuração sem razão ou motivo algum. Nessa dimensão nenhuma “justiça” é boa ou má, ou efetiva ou inefetiva, já que ela sempre será da “forma” que os detentores dos poderes a desejarem, e, portanto, para alguns, sempre “boa” e “efetiva”.

O autor enfatiza que não é culpa apenas do judiciário a demora na resolução dos processos, uma vez que o juiz é o aplicador da norma, e deve obedecer regras relativas aos procedimentos dentro do processo, afim de garantir o devido processo legal, não podendo se furtar da lisura processual em nome da celeridade, sob pena de eivar o processo de nulidade. De modo que o juiz aplica ao caso concreto a vontade dos próprios jurisdicionados através da norma criada pelos seus representantes.

A própria lei cria o processo e os procedimentos que determinam quais os caminhos que

⁷⁷ Emenda Constitucional Nº. 45, de dezembro de 2004, Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

as partes devem percorrer em busca da tutela jurisdiccional, contudo esses caminhos podem ser ainda mais longos e penosos do que o normal, à medida que as partes são mal representadas no litígio, ou que seus patronos escolhem caminhos tortuosos a seguir.

A lei garante as partes o acesso aos recursos, através do princípio do duplo grau de jurisdição, a fim de tornar passível de reexame uma decisão proferida por um juízo de instância inferior, contudo, por diversas vezes esses instrumentos são manejados de forma protelatória, apenas tentando retardar o ônus da sucumbência que a parte deverá suportar ao final do processo.

Atribui-se a morosidade do judiciário, sobretudo, a justiça comum, por que, com a sua infinidade de recursos é possível agravar, recorrer ou embargar de quase qualquer decisão, mais uma vez é necessário ressaltar que é papel do legislativo impor limites às partes dentro do processo, a fim de assegurar a tutela jurisdiccional efetiva, a fim de que a parte lesada, que perquiri a jurisdição possa presenciar o fim do processo, seja pela procedência ou não da tutela pleiteada, o que não raro deixa de acontecer, em função da atual duração de um processo na justiça comum, há partes que morrem à espera da resolução de uma lide e pior ainda, do que o descontentamento e descrença do jurisdicionado é a impunidade autorizada por sentenças que já não são capazes de alcançar os réus que se cobrem com o manto da prescrição, já que a lide não pode ser eterna, se não pela resolução dos conflitos ela extingue-se pelo decurso do tempo.

Nesse diapasão, vários doutrinadores, dentre eles Marinoni (p. 194), colocam a possibilidade da antecipação da tutela satisfativa, contida no artigo 273, inciso II do CPC,

como punição para o réu que abusa do direito de defesa e a sanção enumerada no artigo 17 do CPC, contra o litigante de má-fé, além das normas contidas no artigo 133 II do CPC, responsabilizando civilmente o magistrado, que retarda injustificadamente a prática de determinados atos que deveria praticar e não o fez em tempo hábil.

4. CONCLUSÃO:

O acesso à ordem jurídica e a efetividade da tutela jurisdiccional passaram a ser encarados como direito e garantia fundamental no sistema jurídico brasileiro que pretende ser moderno e mais igualitário. Contudo, cabe aos aplicadores do direito buscarem nas normas processuais, através do prisma constitucional, os instrumentos adequados à efetivação da tutela jurisdiccional.

A tutela jurisdiccional efetiva implica independência dos tribunais e a implementação pelo legislativo de leis para o efeito de defesa dos direitos e interesses que a lei protege. De maneira que as leis possam ser aplicadas em um prazo razoável e sem um custo demasiado oneroso para as partes, é necessário ainda, que o cidadão que quer ver os seus direitos, liberdades e garantias defendidos tenha-os reconhecido plenamente, não basta que tenha o seu direito reconhecido é necessário que ele seja efetivo.

A morosidade do sistema judicial fez com que se criassem, dentro da própria esfera do Poder Judiciário, mecanismos e institutos capazes de responder ao desafio da efetividade da tutela jurisdiccional tais como a simplificação dos procedimentos processuais, bem como, a busca por meios alternativos de resolução de litígios.

Portanto, a tutela jurisdiccional efetiva, trata-se do direito do jurisdicionado em ter a sua lide resolvida em tempo hábil a tornar a decisão judicial eficaz, e não apenas o direito de ingressar em

juízo, independente de a decisão ser negativa ou positiva para qualquer das partes, é necessário que a jurisdição seja capaz de por fim aos conflitos de forma rápida e eficaz.

A tutela jurisdicional efetiva trata-se da democratização da justiça, ou seja, que todos tenham direito de receber do Estado através do Poder Judiciário, uma prestação imparcial em tempo hábil a pacificar os conflitos, que faça com que o cidadão creia na efetividade da tutela jurisdicional, de maneira que seja mais viável recorrer ao judiciário do que se autotutelar, ou então se estará regredindo aos primórdios, onde o homem resolvia por si próprio os seus conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Ridel, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol. I, 16ª edição, Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1988.
- CINTRA. (2002, p. 19) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, Ed., 2003.
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso básico de direito processual civil**, Teoria Geral, vol. I -4ª ed., São Paulo: Nelpa, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, Teoria geral do processo. Vol. I, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre a efetividade do processo*, Porto Alegre: Ajuris, v. 10, 1983.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: RT, 2006.
- OLIVEIRA, Alexandre Nery de. **Comentários à reforma do Judiciário** (II). Direitos processuais. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1389, 21 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9765>>. Acesso em: 16 jun. 2008.
- SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 5ª ed., vol. I, São Paulo: Saraiva.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo**. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.
- TORNAGUI, Hélio. **A relação processual penal**, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1987.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

- BRASIL. LEI Nº. 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973 - Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo: RT, 2007.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

PARÁ. **Lei nº. 5.008, de 10.12.1981** - Código Judiciário do Estado do Pará. Disponível em <http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/legislacao/atosestadual/lei9.php>. Acesso em: 25/06/ 2008.

PROVIMENTO Nº 005/2002-CGJ, publicado no Diário da Justiça do dia 17/09/2002, disponível em: www.tj.pa.gov.br/tabelacustas/tabelas_custas_judiciais.pdf. Acesso em 24/06/ 2008.

RODRIGUES, Auro de Jesus. **Metodologia Científica**: Completo e Essencial para a Vida Universitária. São Paulo: Avercamp, 2006. SANTA CATARINA, **Lei Complementar nº. 156 de 15 de maio de 1997** – Regimento de custas e emolumentos do Estado de Santa Catarina.

ESTE CDROM CONTÉM O SEGUINTE ACERVO:

- 1) Conjunto de acórdãos selecionados das Revistas de Jurisprudência do TJ-PA nº 101/2006 a 112/2010;
- 2) Provimentos da Corregedoria da Região Metropolitana de Belém, até o Provimento nº 05/2011 de 30/05/11;
- 3) Provimentos da Corregedoria do Interior, até o Provimento nº 03/2011 de 30/05/11;
- 4) Provimentos Conjuntos das Corregedorias do TJ-PA, até o Provimento nº 04/2011 de 08/08/11;
- 5) Provimentos da Corregedoria Geral do TJ-PA, de 1990 até o Provimento nº 12/2002 de 29/11/02;
- 6) Resoluções do TJ-PA, até a Resolução nº 23/2011 de 21/07/11;
- 7) Resoluções do CNJ até a Resolução nº 139/2011 de 16/08/11;

AJUDA

Pesquisando Jurisprudência e Legislação:

Digite os argumentos de pesquisa na caixa de texto apropriada.

Selecione a opção “sensível a caixa” caso queira que o sistema faça diferença entre letras maiúsculas e minúsculas. Por exemplo: Direito / DIREITO / DiReItO, serão consideradas palavras diferentes.

Selecione a opção “apenas palavras inteiras” quando não quiser encontrar parte de palavras. Por exemplo: a pesquisa de “consórcio” não encontrará “litisconsórcio”

Selecione “encontrar todas as palavras” para encontrar documentos que contenham todas as palavras, em qualquer ordem. Por exemplo: SÓCIO EDUCATIVA MEDIDA AÇÃO.

Caso se queira que as palavras sejam encontradas na ordem digitada, deve ser escolhida a opção “encontrar a frase”. Por exemplo: “MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA” ou “AÇÃO SÓCIO EDUCATIVA”. Para palavras compostas, por exemplo “SÓCIO-EDUCATIVA”, experimente usar “SOCIOEDUCATIVA”. Selecionando “encontrar qualquer palavra”, basta que seja encontrada qualquer das palavras pesquisadas, e o documento será considerado válido. Por exemplo: “consórcio pacto contrato”

AJUDA

Pesquisando Legislação:

Quanto ao acervo a ser pesquisado, pode ser feita a pesquisa de documentos em cada um dos sete acervos inicialmente listados, ou ainda:

- 1) Em todos os Provimentos - conjunto de todos os provimentos das corregedorias do TJ-PA;
- 2) Em todas as Resoluções - conjunto de todas as resoluções do TJ-PA e do CNJ;
- 3) Em Provimentos e Resoluções - conjunto de provimentos e resoluções; e
- 4) Em todo CDROM - conjunto de acórdãos do TJ-PA, Provimentos e Resoluções.



DOCTRINA - LEGISLAÇÃO - JURISPRUDÊNCIA
REGISTRO



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

Av. Almirante Barroso, 3089 - Souza
CEP: 66613-710 - Belém - PA - Brasil
Telefone: (91) 3205-3000

www.tjpa.jus.br