



# A Leitura

Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

ISSN 1984-1035

A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v.4, n.6, p. 1-112, maio 2011

Belém / Pará  
2011

A imagem que ilustra a capa deste volume de A Leitura é o detalhe de uma das colunas pertencentes ao prédio que hoje abriga o Tribunal de Justiça do Estado do Pará – o antigo Instituto Lauro Sodré, datado do fim do século XIX, inteiramente restaurado e ampliado no ano de 2006, na gestão do então presidente do TJPA, Des.º Milton Augusto de Brito Nobre, com vistas a abrigar aquele poder. Abaixo, a foto da qual o detalhe foi retirado, autoria de Elza Lima.



A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.  
\_\_\_\_Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – . Belém: ESM-PA, 2008 – .  
v. ; 28 cm. a

Semestral

ISSN 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

# Sumário

EDITORIAL .....	5
ENTREVISTA .....	6
Desembargadora Raimunda Gomes Noronha	
REPORTAGEM	
O Caso do Igarapé do Burrinho.....	11
ARTIGOS	
Formação e orientação de pretendentes à adoção: dialogando sobre adoção .....	30
Rosana Maria Souza de Barros.	
Ações afirmativas para povos indígenas no ensino superior: a experiência no Estado do Pará.....	38
José Claudio Monteiro de Brito Filho	
Algumas considerações acerca do cumprimento das sentenças estrangeiras no Brasil.....	46
Margarida Maria Ferreira de Carvalho	
Criação judicial do direito e ativismo judicial no contexto do novo constitucionalismo .....	54
Inocêncio Mártires Coelho	
A proteção da pessoa humana e a recentralização humanista do direito internacional .....	74
Adherbal Meira Mattos	
O plano diretor do município como instrumento de acessibilidade para pessoas com necessidades especiais: aporte para o exercício do direito à educação e aos meios de transporte.....	84
Raimundo Wilson Gama Raiol	
RELATO	
Educação a distância: a experiência da ESM-PA .....	95
POEMA.....	101
O assalto	
João de Jesus Paes Loureiro	
RESENHAS	
A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade .....	106
Luiz Octavio Rabelo Neto	
O mito da propriedade: os impostos e a justiça .....	108
Paulo de Tarso Dias Klautau Filho	



Concluído o meu mandato como Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (biênio 2009-2010), recebi o honroso convite da desembargadora Raimunda do Carmo Gomes Noronha, minha sucessora, para assumir a Direção Geral da Escola Superior da Magistratura (ESM). Aceitei o desafio, consciente de que minha precípua missão seria dar prosseguimento ao profícuo trabalho do desembargador Milton Nobre, que ora exerce a elevada função de membro do Conselho Nacional de Justiça e, também, a de Vice-Diretor da ESM. Tenho uma tríplice satisfação no exercício dessa direção: a primeira, porque vou poder contribuir na gestão de minha diletta e querida colega de Câmara, que presidirá com firmeza os destinos do nosso Tribunal nos próximos dois anos; a segunda, porque tenho ao meu lado a inteligência e a força de trabalho do Vice-Diretor; por derradeiro, pela possibilidade de desenvolver uma atividade correlata com a docência superior, o que faço há vários anos.

Este é o meu primeiro Editorial para a revista A LEITURA, periódico que tem por finalidade difundir o conhecimento científico na área jurídica. Não bastasse a entrevista com a desembargadora Presidente do Tribunal e a reportagem da jornalista Marly Quadros sobre um crime que abalou Belém na década de 60 do século passado, conhecido como “O crime do Igarapé do Burrinho” – que pode ter sido o primeiro caso de pedofilia julgado em nosso Estado –, esta edição está recheada de excelentes escritos a revelar a erudição de seus autores, professores reconhecidos na Academia, que, com brilhantismo, brindam-nos com os seguintes temas: “Formação e orientação de pretendentes à adoção: dialogando sobre adoção”, de Rosana Maria Souza de Barros; “Ações afirmativas para povos indígenas no ensino superior: a experiência no Estado do Pará”, de José Cláudio Monteiro de Brito Filho; “Algumas considerações acerca do cumprimento das sentenças estrangeiras no Brasil”, de Margarida Maria Ferreira de Carvalho; “Criação judicial do Direito e ativismo judicial no contexto do novo constitucionalismo”, de Inocêncio Mártires Coelho; “A proteção da pessoa humana e a recentralização humanista do Direito Internacional”, de Adherbal Meira Mattos; “O plano diretor do município como instrumento de acessibilidade para pessoas com necessidades especiais: aporte para o exercício do direito à educação e aos meios de transporte”, de Raimundo Wilson Gama Raiol. E, mais, a poesia de João de Jesus Paes Loureiro.

Estou plenamente gratificado, sobretudo pelo volume de informações desta edição. Assim, nada mais resta a dizer do que desejar uma boa leitura a todos.

BOA LEITURA!

**Desembargador RÔMULO NUNES**  
Diretor Geral da ESM-PA

## Editorial





# Entrevista

Desembargadora Raimunda Gomes Noronha\*

Por Linomar Bahia

Coordenador de Imprensa  
do TJE-PA.

A desembargadora Raimunda do Carmo Gomes Noronha assumiu a presidência do Tribunal de Justiça do Estado no primeiro dia de fevereiro último para o biênio 2011-2012. Em seu discurso de posse, a magistrada destacou que, “em síntese, a palavra de ordem é a parceria permanente, adornada com os princípios de lealdade à Instituição, dos quais não abdicarei”. Afirmou estar “convicta de que a responsabilidade para a concretização de metas mais ambiciosas para o Judiciário paraense não é só nossa. E, nesse sentido, haverei de procurá-los (Poderes Executivo e Legislativo e o Conselho Nacional de Justiça- CNJ) para que, juntos, possamos avançar mais e mais no aperfeiçoamento de nossa Instituição e no cumprimento de nossa missão. Assim como desejo convocar cada juiz, servidor e serventuário para que reforcem, ainda mais, os seus compromissos com o Poder Judiciário e com a sociedade a que devem servir com excelência, assumindo, conosco, cada tarefa que envolva a modernização, a eficiência, a agilização, a transparência, cada quesito que transforme para melhorar a imagem da Justiça junto à população [...]”.

Nesta entrevista, a Desembargadora Raimunda Noronha fala sobre a experiência que traz para o TJPA e as metas que estabeleceu para a gestão no biênio iniciado em fevereiro último.



“São prioritárias todas as ações que contribuam para tornar a Justiça cada vez mais próxima e mais acessível às pessoas”.

A Leitura: Há quanto tempo a senhora está na Magistratura?

**Des. Raimunda Gomes Noronha:** Estou caminhando para os 33 anos na magistratura, depois dos primeiros passos de servidora pública como professora normalista em 1963. Com a graduação em direito em 1969 pela Universidade Federal do Pará (UFPA), exerci a pretoria dos termos judiciários de Prainha, Portel e Colares; posteriormente, a promotoria de Justiça no Ministério Público, mediante concurso em 1977. Tornei-me juíza de Direito, igualmente por concurso público, em 1978.

A.L.: Qual a experiência que traz para a Presidência do TJE-PA?

**D.R.G.N.:** A experiência acumulada ao longo de minha atuação como julgadora, que se estendeu ao segundo grau, correspondente ao desembargo, a partir de 2000, ano em que fui promovida, por merecimento, para integrar o colegiado do Tribunal de Justiça do Estado.

\*Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA).

A.L.: Quais as funções que tem desempenhado ao longo de sua atuação como magistrada?

**D.R.G.N.:** Exerci a presidência do Tribunal Regional Eleitoral (TRE) no biênio 2007-2008, período em que também desempenhei a função de secretária do Colégio de Presidentes dos TREs. No biênio passado, desempenhei a função de Vice-Presidente do TJE-PA, como parceira do então Presidente, meu dileto colega e amigo Rômulo Nunes.

A.L.: Que ações fundamentais pretende desenvolver durante o biênio de sua gestão?

**D.R.G.N.:** Ao assumir a Presidência do Poder Judiciário, estabeleci as metas que pretendo cumprir durante o biênio de minha gestão. Dentre elas posso destacar aquelas de maior repercussão na prestação dos serviços da Justiça aos que a eles recorrem, como concluir a implantação do sistema de gestão judicial por meio da informatização dos procedimentos, com base no gerenciamento do programa denominado Libra, buscando a agilização na tramitação processual, bem como iniciar a implantação do processo administrativo digital.

A.L.: Em sua posse, a senhora falou em parceria com os outros Poderes. Em que consistiria?



**D.R.G.N.:** Nesse particular, quero destacar a implantação do projeto “Parceiros da Justiça” para ações conjuntas das instituições que compõem esse sistema – Tribunal de Justiça, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), órgãos de segurança pública e outras entidades que se relacionem com os procedimentos necessários. Também darei atenção especial à implantação de

núcleos de mediação e conciliação comunitária e no âmbito dos conflitos fundiários, dentro do princípio de que conciliar é a melhor solução, pois todos saem ganhando.

A.L.: Já tivemos Fóruns depredados e incendiados. Como essas ações podem ser prevenidas?

**D.R.G.N.:** As comunidades precisam entender que elas são as maiores prejudicadas com os atos de vandalismo contra as dependências da Justiça. As atividades forenses são transferidas para locais distantes ou para instalações improvisadas, o que compromete a realização de audiências e as decisões. Também é preciso preservar a integridade de juízes, serventuários e jurisdicionados. Por isso, incluí nas minhas metas a necessidade da conclusão de um programa de segurança já em andamento, destinado a proteger o patrimônio público de ações de vândalos e assegurar a tranquilidade de servidores e de partes que frequentam as dependências do Judiciário. Posso, ainda, alinhar outras metas de gestão, nas quais se inclui o prosseguimento da construção, da reforma e da ampliação de imóveis do Poder Judiciário onde se fizerem necessárias, a gestão de custos para potencializar a produtividade e os recursos orçamentários, a expansão dos Juizados Especiais digitais e o gerenciamento informatizado dos recursos humanos.

A.L.: Quais as prioridades que considera necessárias às atividades do Judiciário no Estado?

**D.R.G.N.:** São prioritárias todas as ações que contribuam para tornar a Justiça cada vez mais próxima e mais acessível às pessoas. Nisso se inclui a instalação de comarcas, desde que as disponibilidades financeiras e os recursos humanos permitam, bem como a continuada adequação dos Fóruns já existentes às novas realidades e ao conseqüente volume de demandas que se apresentem. Ao mesmo tempo, continuar provendo as áreas-fim do Judiciário das ferramentas da informática para propiciar a celeridade processual que melhor atenda aos interesses das partes e é desejo do Judiciário; ao mesmo tempo, é necessário ampliar o quadro de juízes e

de servidores. Já está em andamento um novo concurso para juízes, no qual serão ofertadas 42 vagas. Os Fóruns Cível e Criminal já emitem certidões de antecedentes via Internet, somente sendo emitidas presencialmente as de homônimos ou de pessoas que não tenham acesso a computadores. Estamos convocando servidores concursados de nível médio e superior para o suporte operacional das Varas.



Nestes dois primeiros meses de gestão, já promovi, entre diversas ações, dois encontros: o primeiro com os cerca de 60 juizes das comarcas da Região Metropolitana de Belém, realizado em Ananindeua; o segundo, em Paragominas, com outros cerca de 50 juizes das comarcas de quatro Regiões Judiciárias do interior. Os encontros prosseguirão nos próximos meses até que eu ouça dos próprios magistrados as necessidades e prioridades que correspondem às peculiaridades de cada jurisdição. Esses encontros são realizados sempre aos sábados, para que não interfiram no trabalho da Justiça nos dias de expediente normal.

Também foi instituída a terceira Vara especializada em crimes de violência familiar e doméstica contra a mulher na capital, nos termos da Lei Maria da Penha, situando o Pará em segundo lugar entre os TJs do país, com seis Varas específicas, depois apenas do Rio de Janeiro, que tem seis Varas. Temos três em Belém e outras três em Santarém, Altamira e Marabá.

A.L.: Como será possível superar as deficiências que dificultam a agilidade e a eficácia da prestação jurisdicional?

**D.R.G.N.:** A agilidade e a eficácia da prestação jurisdicional não dependem apenas do Poder Judiciário, que tem cumprido a parte que lhe diz respeito, na modernização dos sistemas operacionais, na fixação de produtividade de juizes, na realização de mutirões nas esferas cível e criminal, na qualificação dos recursos humanos e na melhoria das estruturas físicas. Vale lembrar, contudo, que os magistrados apenas são aplicadores das leis existentes, em parceria com o Ministério Público e a advocacia, seja particular, seja pública, por intermédio da Defensoria, respeitando o contraditório e o direito de ampla defesa, mas, igualmente, tendo de atender aos recursos e a outras ações que a legislação abriga. Códigos e leis precisam ser também modernizados, na forma como está sendo proposta ao Congresso Nacional.

A.L.: O que o Judiciário pode fazer, naquilo que lhe compete, para minorar a superpopulação carcerária e reduzir a criminalidade?

**D.R.G.N.:** A exemplo da agilidade e da eficácia na jurisdição, o Tribunal de Justiça tem avançado significativamente. Já dispomos no Pará de sistema de videoconferência nas comarcas de Belém, Santarém e Marabá, onde estão as maiores casas penais do Estado. Isso faculta a realização a distância de audiências de instrução processual, evitando o deslocamento de acusados e testemunhas, com a consequente economia de tempo, de dinheiro e a preservação da integridade das partes. Também têm sido realizados mutirões carcerários e estimulada a aplicação das penas e medidas alternativas em que se insere o programa

“Começar de Novo”, aliás, instituído nacionalmente a partir do projeto da Justiça paraense denominado “Aguapé”, iniciado na gestão da desembargadora Nazaré Gouveia quando juíza e, depois, seguido pelo juiz Cláudio Rendeiro como titular da Vara. O mais depende de uma série de fatores que fogem à nossa competência jurisdicional, inclusive a falta de políticas públicas que contribuam para reduzir a violência que superlota as cadeias.

A.L.: Qual a mensagem da Presidente do Tribunal de Justiça do Estado para os operadores do Direito e a sociedade paraense?



**D.R.G.N.:** Uma mensagem de confiança na Justiça. O Tribunal de Justiça do Estado ocupa lugar de prestígio entre os seus congêneres do país. Ao longo de seus 136 anos, tem sido administrado e contado com a atuação de magistrados de reconhecido saber e exemplos de serenidade e equilíbrio nas decisões, dignificando o Judiciário e as melhores tradições do Pará. O volume crescente no ajuizamento de ações nas diversas esferas da nossa Justiça também corresponde à credibilidade dos jurisdicionados, particularmente nos Juizados Especiais, que têm merecido investimentos específicos, principalmente nas esferas do consumo, trânsito e idosos.





# Reportagem

Série " Crimes que abalaram o Pará"

# O CASO DO IGARAPÉ DO BURRINHO

O crime que abalou a cidade de Belém nos idos dos anos 1960 pode ter sido um dos primeiros casos de pedofilia levados a julgamento na capital paraense.

Marly Quadros  
Jornalista

Quando ainda nem se ouvia falar na palavra “pedofilia”, Belém pode ter registrado, ainda nos anos 1960, o primeiro caso do gênero tornado público e levado a julgamento no Pará. O ano era 1964 e o assassinato entrou para a história da Justiça paraense como “O crime do Igarapé do Burrinho”. Humberto Vital da Silva, viúvo, 22 anos, vigia do Hospital da Beneficente Portuguesa, depois de violentar a menina M. A. R. G., de apenas oito anos, estrangulou-a, deixando o corpo jogado às margens do local ermo, conhecido na época como o “Igarapé do Burrinho”, no bairro da Sacramenta. O Igarapé era utilizado praticamente só como área de lazer por jovens, nos finais de semana, e diariamente, por mulheres que ali lavavam roupas. Como não havia moradias próximas, acabou se tornando o

cenário propício para a morte da pequena vítima.

M. desapareceu no dia 10 de abril daquele ano e desde



Felício Pontes, Desembargador aposentado, delegado à época, conseguiu a confissão do assassino, causando grande comoção.

que a mãe da garota registrou a ocorrência na Primeira Delegacia da capital, Humberto Vital foi apontado como suspeito, já que havia saído para dar um “passeio” com a menina no mesmo dia. O desaparecimento se transformou em assassinato brutal no dia 21 de abril, quando moradores da Sacramenta localizaram o cadáver

de uma menina em adiantado estado de putrefação. Devido ao nível de decomposição em que se encontrava o corpo, inicialmente, somente foi possível identificar ser de uma menina pelos restos de um vestido e uma calcinha encontrados no local.

Os vestígios, no entanto, logo indicaram que o corpo era de M. A. R. G. Começou então uma nova cruzada, para descobrir quem havia sido o autor do “monstruoso assassinato”, como foi descrito na época pelos jornais locais.

Somente no dia 14 de maio, os investigadores, chefiados pelo então delegado Felício Pontes Júnior, hoje desembargador aposentado, conseguiram obter a confissão de Humberto Vital, o suspeito que já havia sido interrogado várias vezes, mas que sempre negava a autoria do crime, e de forma bastante convincente.

## O CASO

Como é comum nos casos de pedofilia, o assassino já conhecia sua vítima e possivelmente a cobiçou durante algum tempo. As primeiras notícias sobre o caso afirmaram que Humberto namorava a tia da menina e, segundo a mãe de M., sempre demonstrou “uma grande amizade” pela criança. Depois do crime, ele ainda continuou a frequentar a residência de sua vítima e, inclusive, comprometeu-se em ajudar a família a descobrir o paradeiro da menor. Durante mais de um mês ele foi interrogado sistematicamente, sempre repetindo a mesma história, que havia estado com a criança no dia do crime, mas que não era o responsável pela morte dela.

Sem elementos suficientes para prender Humberto Vital, Felício Pontes lembra que foi uma jogada de sorte que levou a polícia a conseguir a confissão do assassino, no dia 14 de maio de 1964. Mesmo demonstrando bastante frieza a cada interrogatório, o suspeito foi traído pelo remorso e pela emoção quando um dos policiais que trabalhava no caso, o investigador Elzamar Nobre, já falecido, jogou uma peça de roupa da criança na frente de Humberto (teria sido

a calcinha). Tomado pelo susto, Humberto não suportou a pressão e acabou confessando.

Até aquele momento, Humberto Vital estava ainda na condição de investigado, e caso a Polícia não conseguisse provas contra ele, o então delegado Felício Pontes teria que liberá-lo. O crime marcou tanto as pessoas



Felício Pontes se impressionou com a calma e frieza de Humberto Vital ao relatar o crime.

envolvidas na investigação do caso que até hoje, passados 47 anos, o desembargador agora aposentado ainda lembra de detalhes da história.

“Nós começamos a investigar logo que houve o desaparecimento da menina. Eu lembro que escalei entre outros investigadores o Elzamar, que era uma pessoa da minha confiança. Nós chamamos a família da garota e foram eles que direcionaram para o cidadão que foi realmente o assassino. Depois, o corpo da menina já havia sido encontrado. Me lembro bem, a peça de roupa íntima da garota

havia sido pendurada num galho de árvore lá do igarapé e foi levada com todas as precauções para a delegacia. Tudo indicava que a menina tinha sido vítima de crime sexual, apesar de não podermos afirmar com certeza, já que não havia sido feita a perícia técnica. O investigado foi levado para a delegacia, mas não estava preso, porque isso é ilegal. Nós estávamos preocupados porque ele sempre negava o crime, até com uma certa segurança, embora tudo levasse a crer que ele havia sido o autor do terrível assassinato. No decorrer do interrogatório, o Elzamar jogou a calcinha na frente dele, e ele tremeu. E eu disse, ‘olha, nós já sabemos de tudo, confessa agora’”, relembra o então delegado.

## A RECONSTITUIÇÃO

Depois de um longo interrogatório, o criminoso contou em detalhes o que havia feito. Ele lembrou que no dia 10 de abril, quando se dirigia à residência de sua namorada pedalando uma bicicleta, encontrou M. na esquina da Paes de Souza com a José Bonifácio. A menina se dirigia à construção onde o pai, pedreiro e separado de sua mãe, trabalhava, para receber a ajuda financeira

que ele entregava todos os meses. Humberto teria convidado a pequena para um passeio, que foi aceito. Ele então agarrou a criança e a colocou no varão da bicicleta. Depois de passar por diversas ruas, eles fizeram duas paradas: uma na Casa Natal, na Almirante Barroso com a Tavares Bastos, e outra no Bar Sedução, em São Braz, onde ele pagou um lanche para a menina.

Depois de comer, M. foi levada de volta para a bicicleta. Foi quando Humberto resolveu rumar para a Sacramenta. Eles chegaram ao Igarapé no final da tarde, o local estava vazio. Segundo matérias publicadas sobre o assunto, Humberto tirou a roupa da menina e tentou estuprá-la, e como ela reagiu, matou-a por asfixia mecânica, praticou o ato e abandonou o corpo no local. Humberto, então, voltou à rotina e inclusive chegou a integrar o grupo que fazia buscas à pequena desaparecida.

No dia seguinte à confissão, quando os jornais já estampavam a notícia do crime, um grupo de policiais acompanhou aquele que talvez possa ter sido um dos primeiros pedófilos reconhecidos da história do Pará, na reconstituição de todo o trajeto feito por ele e M. até a chegada ao Igarapé do Burrinho.

Durante toda a simulação feita para recompor o passo a passo da tragédia, o acusado sentiu a hostilidade da população e pedia garantias de vida à Polícia, pois a história já havia corrido a cidade e muitas pessoas ameaçavam fazer

justiça com as próprias mãos. E foi o que quase aconteceu em São Braz, uma das paradas de Humberto no caminho do crime.

Quando o grupo chegou até o local, onde ele apontaria o Bar Sedução, os açougueiros e peixeiros que trabalhavam no mercado começaram um foco de revolta. Eles ameaçavam Humberto de linchamento. O tumulto chamou a atenção de populares



O Desembargador Felício Pontes sustenta que o crime foi o 1º caso de pedofilia registrado no Pará.

que passavam pelo local, que fizeram coro com os trabalhadores e, se não fosse a intervenção das autoridades policiais, o vigia teria sido massacrado pela população revoltada.

“Chegamos numa das quitandas do mercado de São Braz e ele mostrou onde havia estado com a menina. Nessa altura dos acontecimentos, os açougueiros

havam deixado o serviço, e quando souberam que estava ali o homem que já era chamado àquela altura de ‘monstro do Igarapé do Burrinho’, vieram afoitos com os seus instrumentos afiadíssimos. Nem sei qual era a intenção, mas a impressão que dava era de que eles queriam retalhar o homem como se retalha um peixe. Eu imediatamente gritei com eles, que não admitia aquilo, que Humberto estava sob minha responsabilidade e tinha a obrigação de zelar por aquele homem, que só a Justiça é que deveria julgar. Eu tinha poucos policiais, imediatamente, o colocamos no jipe e saímos em disparada para o local onde ele indicou que havia acontecido o crime”, relembra Felício Pontes.

Nas quatro horas que marcaram a reconstituição, Humberto Vital da Silva não demonstrou arrependimento. Somente pedia proteção para não ser linchado. Pessoas da família da vítima acompanharam o procedimento policial. O trajeto foi refeito também pelo delegado Felício Pontes, com auxílio do escrivão Lourival Justino, do investigador Elzamar Nobre, entre outros, além de representantes da imprensa.

O delegado lembra que logo depois da reconstituição, para a própria segurança de Humberto Vital, foi solicitada a sua prisão preventiva à Justiça. O assassino foi levado para o único presídio da cidade, o “São José”, e lá ficou recluso até o julgamento, que só aconteceu seis anos depois, no dia 11 de novembro de 1970.

## A FRIEZA

Um traço da personalidade de Humberto Vital ficou marcado na memória de todas as pessoas que acompanharam o desenrolar das investigações do “crime do Igarapé do Burrinho”: o distanciamento que o agressor parecia demonstrar dos fatos que iam sendo pouco a pouco revelados. Tanto que por muito pouco a morte de M. não se transformou num mistério sem solução.

O então delegado Felício Pontes foi um dos que se impressionaram com a calma que Humberto aparentava, mesmo depois de ter confessado. Ele lembra do impacto que a confissão do crime causou.

“Essa conversa foi muito vexatória. Ele contou em detalhes como tirou a roupa da criança e como agiu. Ele era muito calmo. Disse que o Igarapé era um lugar ermo e nunca pensou que fossem descobrir. Foi uma comoção muito grande. Todos os meus companheiros, policiais de mais de 20 anos de carreira, demonstravam perplexidade diante da covardia com que ele agiu. Se nós não tivéssemos a peça de roupa da menina, ia ser mais difícil de caracterizar que havia sido ele, embora todas as evidências carreassem para isso. Mas não tínhamos a prova, que veio com a confissão”.

O desembargador sustenta que o “crime do Igarapé do Burrinho” pode ser considerado o primeiro caso de pedofilia registrado na capital paraense. “Com resultado

morte, acho que este foi o precursor do atual crime de pedofilia. Isso não deixa de ter um viés psicopata, porque os envolvidos nesses casos ficam calmos, parece que nada aconteceu. Eles não entendem a repercussão social do evento criminoso. Humberto confessou que deu vontade nele, desejou a menina. Mas era uma criança que não inspirava desejo sexual em ninguém, uma menina humilde, magrinha, mas isso não importa quando há um desvio sexual”.

## O IMPACTO À SOCIEDADE

A Belém de 1964 era muito diferente da grande metrópole que se conhece hoje, onde crimes da natureza do que foi cometido por Humberto Vital da Silva já se tornaram algo corriqueiro. O país também vivia a tensão política do golpe militar, decretado poucos dias antes da morte de M., no dia 31 de março daquele ano.

Os jornais que circulavam na época, A Província do Pará, A Folha do Norte e O Liberal, dedicavam a maior parte do espaço editorial para a cobertura dos desdobramentos do golpe. Não existiam, como hoje, cadernos exclusivos para a cobertura policial, que ocupava pequeno espaço entre outras notícias, incluindo infrações de trânsito, documentos perdidos e pequenas prisões, a maioria por embriaguez.

Crimes envolvendo morte eram raros, principalmente quando a vítima se tratava de uma criança.



Os jornais descreveram a frieza de Humberto Vital e o ato cometido como “hediondo, bárbaro e monstruoso”.

O caso de M., então, causou grande comoção na sociedade da época. Os jornais descreveram o ato cometido por Humberto Vital como “hediondo, bárbaro e monstruoso”. Ele foi acusado de homicídio qualificado, previsto no artigo 121 do Código Penal, pelo fato de a pequena M. ser menor de idade e não ter condições de se defender de seu agressor.

Para se ter ideia do que o crime significou à época, o desembargador aposentado e ex-delegado Felício Pontes lembra que a cidade era tão pacífica que o maior problema já registrado até então foi a ocorrência, em um só mês, de cinco homicídios. “Isso foi um escândalo. Eu me lembro que sugeri ao secretário

que fizéssemos patrulhas pela cidade. Um radialista chamou de patrulhão, e assim fizemos. Veja bem, hoje, cinco, dez casos estão acontecendo por dia. E naquela época só cinco casos num mês chamavam atenção e exigiam providências das autoridades. Por isso esse crime ficou na memória”.

Outro profissional que acompanhou o caso do Igarapé do Burrinho foi o delegado Armando Mourão que, na época, estava começando a carreira na Polícia. Ele hoje responde pela Delegacia de Mosqueiro e lembra que aquele foi o primeiro crime de grande repercussão com o qual teve contato. “Um desafio pela repercussão. Estupro seguido de assassinato. Foi realmente um crime bárbaro. O que mais me chamou atenção foi a frieza do assassino, a mesma que caracteriza outros pedófilos do dia de hoje. A pedofilia é uma doença. A lei não vê a pedofilia como crime, vê o ato. Acredito que a menina foi morta porque poderia reconhecer seu algoz”, argumenta.

Mourão, assim como outras testemunhas do caso, lembra de detalhes do crime, da pouca idade de M., das roupas penduradas em um galho de árvore à beira do igarapé e que foi o sobrevo de urubus que atraiu a atenção das pessoas para o corpo abandonado no local. “Acharam somente os restos mortais dela e a reconstituição foi um fato marcante na cidade. Mas o que mais me chamou atenção foi a calma, a frieza do assassino”.

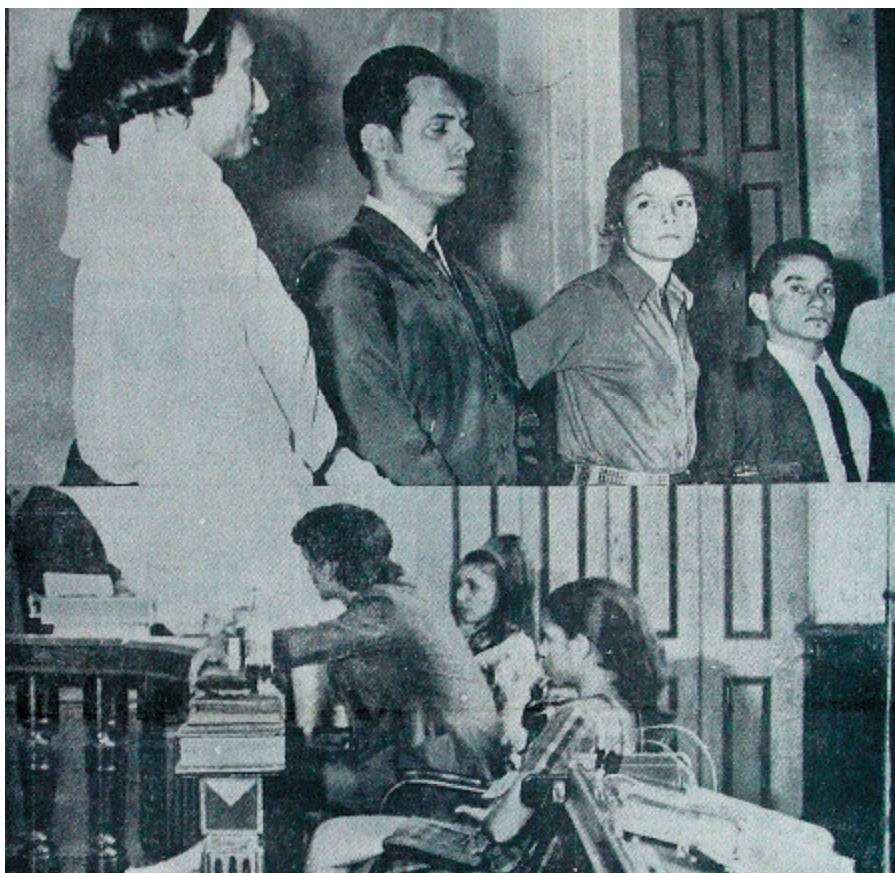
## O JULGAMENTO

Se a notícia do assassinato de M. causou grande impacto na Belém de 1964, o julgamento se transformou num verdadeiro acontecimento em 1970. A sessão foi realizada no prédio da Prefeitura Municipal de Belém e, além dos familiares da vítima e do corpo de jurados, atraiu uma multidão, que acompanhou atentamente durante todo o dia.

O Tribunal do Júri foi presidido pela juíza Maria Lúcia Gomes e atuou na acusação o promotor público Moacir Bernardino Dias, com assistência de Lourival Neves dos Santos. A defesa foi feita pelo advogado Raimundo Viana, segundo as matérias publicadas

pela imprensa após o julgamento, o grande responsável pelo veredicto que se veria ao final.

A Promotoria pública iniciou a acusação lembrando todos os passos dados pelo criminoso, inclusive desmentindo a informação de que ele conhecia a família da vítima. O promotor destacou a calma e a naturalidade com que Humberto reconstituiu o crime. “Temendo que sua vítima gritasse, o réu resolveu matá-la, para assim saciar seus instintos bestiais”, disse. De posse do resultado da reconstituição do crime, o promotor descreveu com detalhes o momento da morte da menina. “Levando a mão direita ao pescoço da menor passou a apertá-lo. Durante 15 minutos



O Júri foi formado por cinco estudantes de Direito e duas funcionárias públicas.



ficou apertando a garganta da criança. A seguir, chamou-a e ela não respondeu. Sacudiu-a. Vendo que estava morta, tripudiu sobre o cadáver. Até então, já havia praticado os crimes de rapto, homicídio e vilipêndio ao cadáver”, relatou Bernardino Dias, que completou: “consumado seu ato repelente, o criminoso ficou contemplando por quase 20 minutos o corpinho de M. Ato contínuo, jogou o cadáver nas águas do Igarapé do Burrinho, completando mais um crime, o de ocultação de cadáver, deixando no local, pendurados em um galho de árvore, o vestido e a calcinha de M.”.

## A DEFESA

Enquanto a acusação reproduziu com detalhes a brutalidade do crime, as circunstâncias em que ocorreu e ressaltou o fato de se tratar de uma criança de apenas oito anos, a defesa tentou humanizar o réu, já batizado de “monstro” pela imprensa e pela população em geral. Raimundo Viana começou sua explanação durante o julgamento ressaltando que a condenação do réu já era antecipada desde a capa do processo, que o nomeava como “Humberto Vital da Silva, o monstro da Sacramenta”. Ele questionou: “Por que monstro? Por que até na capa do processo estava aquele adjetivo humilhante?”

O advogado, então, partiu para a tese de que Humberto Vital não poderia ser considerado imputável e que precisaria, na verdade, de

“tratamento na ciência médica”. Humberto seria “um enfermo mental”. E complementou: “Ele será eternamente um enfermo mental, para quem, não peço a condenação ao cárcere, porém, a medida de segurança, seu internamento em estabelecimento hospitalar especializado sob vigilância”.

Pelo que foi registrado nas matérias publicadas nos três jornais da cidade, Humberto Vital praticamente não falou durante o julgamento. Em seu depoimento apenas disse que não se lembrava de ter cometido o crime e que achava que tudo não passava de uma invenção da família da vítima, que o havia “colocado naquela situação”.

O silêncio do réu provavelmente fazia parte da estratégia da defesa, que sustentava a tese da insanidade mental. O advogado usou todos os adjetivos possíveis para convencer o júri de que Humberto Vital não teve, em nenhum momento, consciência do ato que estava praticando ao matar a pequena M. Chegou a classificá-lo como “um elemento idiota, beócio, ignorante, obtuso, tarado sexual e outras coisas”. Em seguida, ele apresentou laudo médico de cinco psiquiatras que consideraram Humberto Vital não um criminoso comum propenso ao cárcere, mas um “doente” que necessitava de uma medida de segurança, o internamento hospitalar.

Nos laudos constava, inclusive, que o Q.I (coeficiente de inteligência, na sigla em inglês)

do acusado era equivalente ao de uma criança de oito anos e dois meses. Segundo a defesa, sua inteligência não acompanhou o desenvolvimento físico. “Prestem bem atenção senhores do Conselho de Sentença. A enfermidade mental do réu é tão profunda, que a ciência médica de nossa terra a deu como não caracterizada”.

Ele também atacou o inquérito policial que levou à prisão de Humberto, chamando de “uma palhaçada da polícia, uma monstruosidade, uma indignidade” e citou ainda o fato de a irmã da vítima ter sido utilizada na reconstituição do crime.

A acusação rebateu a tese da defesa, afirmando que acreditava que o réu realmente fosse portador de uma enfermidade psicopática, mas que não era um insano mental e que Humberto estava em seu perfeito juízo quando praticou o delito e deveria ser condenado. “A brutalidade do crime seria aumentada consideravelmente com sua absolvição”, afirmou o promotor, que assim como a defesa, apresentou atestados médicos indicando que Humberto Vital era são.

O golpe de mestre da defesa, no entanto, foi argumentar que a melhor medida seria o recolhimento ao Hospital Juliano Moreira, instituição pública para onde eram encaminhados os pacientes com problemas mentais, já que, se o réu viesse a ser condenado, a sentença seria de 20 a 30 anos e, como Humberto era réu primário, teria essa pena reduzida em um terço.

Considerando que ele estava preso desde a época do crime, abril de 1964, dentro de poucos anos ganharia a liberdade, porque sua conduta carcerária era excelente e seria beneficiado pelo livramento condicional. Ele sugeriu até que, caso o hospital psiquiátrico não tivesse segurança para mantê-lo, que ele poderia fazer o tratamento no próprio Presídio São José.

Um dos especialistas que examinou Humberto Vital foi o psiquiatra forense paraense Dorvalino Braga, convocado pela juíza Maria Lúcia para avaliar o estado mental do acusado.

Na época, ele era diretor do "Juliano Moreira". Professor aposentado de psiquiatria e de psicologia médica da Universidade Federal do Pará (UFPA), ele também foi chefe do serviço de psiquiatria forense do Instituto Médico Legal Renato Chaves e afirma que o resultado do julgamento foi coerente com a situação do réu. "Foi uma decisão acertada, porque a juíza deixou claro que não havia uma isenção total e sim parcial, mas já resguardando para o futuro uma permanência dessa incapacidade. Limitando a medida de segurança e exigindo que para suspendê-la houvesse uma nova avaliação psiquiátrica".

Dorvalino explica que o laudo psiquiátrico é essencial em casos como o do crime do Igarapé do Burrinho, pois a responsabilidade penal dos pacientes psiquiátricos tem gradações. "Ela vai da total isenção em estado de psicose



Dorvalino Braga, psiquiatra forense, à época, Diretor do Hospital Juliano Moreira, que chefiara o Serviço de Psiquiatria Forense do IML, foi convocado pela juíza para avaliar o estado mental do acusado.

aguda, ou seja, se o paciente estava em crise e cometeu um crime ele será isento, segundo o artigo 26 do Código Penal. A pena é medida de segurança, a ser estabelecida pelo juiz. Em alguns casos o paciente não é inteiramente incapaz, como é o caso do Humberto. Ele tinha um transtorno da inteligência, ou seja, tinha a inteligência muito rebaixada, que o levava a ter uma gradação, segundo as tabelas de avaliação de inteligência, a um grau comparado a de uma criança de 9, 10 anos. Mesmo assim, não era totalmente imbecil", explica.

O psiquiatra garante, também, que o transtorno psicopático de caráter é irreversível, ou seja, pessoas com distúrbios do gênero podem se transformar num perigo constante para a sociedade. "O que acontece é que na psicopatia

sexual eles podem ter uma certa adequação, quando as condições do meio são favoráveis. Alguns se casam e ficam sossegados, e não projetam o transtorno no comportamento. Mas, nos casos um pouco mais avançados, como é o caso do Humberto, mesmo que ele tenha tido até certa idade um comportamento adequado, mas tão logo surja qualquer um fator condicionante que estimule qualquer ato ilícito ele transgredir das formas mais leves às mais brutais", relata.

O júri, formado por cinco estudantes de direito e duas funcionárias públicas, aceitou a argumentação da defesa e, por cinco votos a dois, imputou a Humberto Vital pena de dez anos de internamento no Hospital Juliano Moreira.



Dez anos de internamento no Hospital Juliano Moreira foi a pena imposta pelo júri ao réu.

os três irmãozinhos da morta. Muitas outras pessoas também gritaram, apupando o corpo de jurados. Os soldados entraram de baioneta na mão e fizeram uma barreira ao redor de Humberto. Lá na rua o povo se aglomerava, vaiando o Júri. Fortemente

### COMOÇÃO

Assim que o resultado do julgamento começou a ser anunciado, uma verdadeira revolta tomou conta da população que estava no entorno do Tribunal do Júri. Populares tentaram invadir o local para linchar o réu e depois os jurados. A cena foi descrita com detalhes pelos jornais da época, como é possível ver em trecho da matéria publicada no dia seguinte pelo jornal A Folha do Norte.

“Toda a sala do Tribunal estremeceu quando a Juíza leu o veredito: Humberto da Silva, matador e esturpador da garotinha M., de oito anos, no chamado ‘crime do Igarapé do Burrinho’, não fora condenado à prisão, mas ao internamento por 10 anos no hospital de alienados, por ser anormal. A decisão foi adotada pelos sete jurados, na maioria, estudantes de direito, depois de seis horas de julgamento, ouvindo defesa e acusação. D. Neusa, mãe da garotinha morta, gritou e caiu desmaiada. Gritaram também



O bárbaro crime foi amplamente divulgado pela imprensa.

# Povo quis linchar 'monstro' absolvido

Um caso muito recente, o do Tribunal do Juri de Belém, e "o caso do Igarapé do Burrinho", de quem falamos em outra edição, desperta e cria curiosidade no povo. O povo quer saber o que aconteceu, quer saber o que aconteceu, quer saber o que aconteceu, quer saber o que aconteceu...

Em junho anterior a fase de julgamento do caso do Igarapé do Burrinho, o povo quis linchar o "monstro" absolvido. O povo quis linchar o "monstro" absolvido. O povo quis linchar o "monstro" absolvido...

Para o povo, o caso do Igarapé do Burrinho, o caso do Igarapé do Burrinho, o caso do Igarapé do Burrinho, o caso do Igarapé do Burrinho...

COMISSÃO. A comissão de "Igarapé do Burrinho" era formada por membros do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

Além disso, o povo quis linchar o "monstro" absolvido. O povo quis linchar o "monstro" absolvido. O povo quis linchar o "monstro" absolvido...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

Um caso muito recente, o do Tribunal do Juri de Belém, e "o caso do Igarapé do Burrinho", de quem falamos em outra edição, desperta e cria curiosidade no povo. O povo quer saber o que aconteceu, quer saber o que aconteceu, quer saber o que aconteceu, quer saber o que aconteceu...

Em junho anterior a fase de julgamento do caso do Igarapé do Burrinho, o povo quis linchar o "monstro" absolvido. O povo quis linchar o "monstro" absolvido. O povo quis linchar o "monstro" absolvido...

Para o povo, o caso do Igarapé do Burrinho, o caso do Igarapé do Burrinho, o caso do Igarapé do Burrinho, o caso do Igarapé do Burrinho...

COMISSÃO. A comissão de "Igarapé do Burrinho" era formada por membros do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

Além disso, o povo quis linchar o "monstro" absolvido. O povo quis linchar o "monstro" absolvido. O povo quis linchar o "monstro" absolvido...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...

RELAZIMOS. Durante a sessão houve um momento de tensão. O presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

COMO FOI O JULGAMENTO. A sessão foi realizada no Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri, o Tribunal do Juri...



A Juíza Maria Lucia Gomes, prolatou sentença correta e avançada a época.



A Juíza Maria Lucia Gomes, no momento de proferir a sentença do Tribunal do Juri, por volta de 1960.



O público lotou grande do Tribunal do Juri, e teve a presença do Conselho de Estado.

**A Província do Pará**

Publicado das Notícias Associadas ASSIS CRISTALBRAND

QUINTA-FEIRA, 12 DE NOVEMBRO DE 1960

**2º** CADERNO



O público lotou grande do Tribunal do Juri, e teve a presença do Conselho de Estado.



O povo não se intimidou com a decisão do Conselho de Estado, e continuou a exigir a absolvição do acusado.

## FIM DA SESSÃO



O povo não se intimidou com a decisão do Conselho de Estado, e continuou a exigir a absolvição do acusado.

COMISSÃO. A comissão de "Igarapé do Burrinho" era formada por membros do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri, o presidente do Tribunal do Juri...

A Presidente do Tribunal do Juri, Desembargadora aposentada, Maria Lucia Gomes, prolatou sentença correta e avançada para a época.



Desembargador Milton Nobre, na época quintanista de Direito, Chefe de Gabinete da Prefeitura de Belém, acionou o Corpo de Bombeiros para conter a população.

para esvaziar a sala. A população então tomou as ruas, num protesto público contra o resultado do caso.

Outra testemunha do julgamento histórico foi o desembargador Milton Nobre que, na época, ainda cursando o quinto ano de Direito, já atuava como chefe de gabinete do então prefeito de Belém, Mauro Porto. Ele explicou que o

juízo ocorreu no prédio da Prefeitura porque à época o Judiciário todo funcionava no Palácio Antônio Lemos. “No térreo funcionavam todas as varas da Justiça, inclusive o salão do Tribunal do Júri”, relembra.

Foi ele, inclusive, quem acionou o Corpo de Bombeiros para conter a população, quando o clima começou a esquentar após o veredito. “Um assessor veio me dizer que havia ameaça de invasão ao prédio. E como o Corpo Municipal de Bombeiros era subordinado ao gabinete do

escortado, num dos maiores dispositivos de segurança já vistos em um julgamento, Humberto deixou o Tribunal, enquanto providenciavam socorro para a mãe de sua pequenina vítima”.

Na verdade, a juíza não conseguiu sequer terminar de ler o veredito, tamanha foi a gritaria que tomou conta do Tribunal do Júri. As mulheres brandiam suas sombrinhas e bolsas no ar. Os jurados tiveram que sair, também escoltados, pelos fundos do prédio. Durante a revolta, a mãe da vítima tentou avançar sobre Humberto e praguejou aos jurados. “Vocês não de ter filhas, para pagar o que acabaram de fazer. Não há justiça nesta terra, meu Deus”. O pai, descontrolado, conclamava a massa à vingança, sendo seguido por um grupo que também queria chegar até os jurados.

A presidente do julgamento teve que pedir força policial





Para o Desembargador Milton Nobre, membro do CNJ, a população não entendeu a sentença, porque ela foi avançada para a época.

a punição que seria dada, tinha que ser aplicada uma medida de segurança. A população achou que ele não estava sendo condenado”.

Hoje integrando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Milton Nobre explica que realmente o réu foi absolvido, porque não cumpriu a pena no presídio, mas foi aplicada uma “medida de segurança” que às vezes tem efeito muito maior que a pena, já que enquanto a pessoa for avaliada sem condições de sair, ela não volta ao convívio da sociedade. “A decisão da juíza e do Tribunal do Júri à época foi corretíssima. O resultado não seria diferente hoje. O que poderia acontecer é a compreensão social

prefeito, eu imediatamente o acionei, uma vez que a sede era mais próxima em relação à da polícia. Duas esquinas depois do Palácio Antônio Lemos estava o Corpo de Bombeiros, que inclusive na época era armado. Um grupo veio para proteger o prédio e as pessoas que estavam dentro, depois então chegou a polícia, para proteger a parte externa da Prefeitura de Belém e o Tribunal do Júri”, conta.

Para o desembargador, a população não entendeu a sentença porque ela foi avançada e a mais correta. “A Dra. Maria Lúcia era uma grande juíza e a população não entendeu que ela não tinha outra decisão a tomar. Se os jurados chegaram à conclusão que os laudos demonstravam que o réu não tinha condições de entender



Um pelotão da PM ocupou o Fórum do Tribunal de Justiça de Belém para impedir que a multidão enraivecida lanchasse Humberto Vital.

já não ser a mesma, porque já é algo comum a medida de segurança nesses casos. Mas na época causou uma certa perplexidade no seio da sociedade, porque não era comum e as novidades geralmente não são compreendidas”, acredita.

## A REALIDADE HOJE

Casos como o crime do Igarapé do Burrinho, que antes eram exceção, no século XXI acabaram tornando-se corriqueiros. Todos os dias, os jornais de todo o país trazem pelo menos uma história parecida. A pedofilia ganhou visibilidade e se transformou num dos flagelos das novas gerações. O problema preocupa tanto a sociedade, que ganhou até uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Senado Federal para investigar os casos mais prementes em todo o país. Já quanto aos resultados da CPI criada no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado do Pará, o relatório entregue no final de 2010 apontou que nos últimos cinco anos, ocorreram 100 mil casos de abuso sexual contra menores no Estado.

Em um ano de funcionamento, a Comissão recebeu 843 denúncias, investigou 148 casos, visitou 47 cidades, ouviu 173 pessoas, pediu a prisão de 26 acusados. De acordo com o relator da comissão, deputado Arnaldo Jordy, os casos de abuso sexual contra crianças e jovens no Pará nos últimos anos são realmente alarmantes. “A



Dorvalino Braga afirma “Foi uma decisão acertada, o resultado do julgamento, foi coerente com a situação do réu”.

primeira conclusão espantosa da CPI foi a extensão, a recorrência desse crime, uma projeção de cerca de 100 mil casos no Estado do Pará. Nós chegamos a levantar mais de 25 mil ocorrências com registro”, afirmou o deputado em entrevistas na época da divulgação do resultado da CPI.

Segundo Jordy, os crimes de pedofilia não fazem distinção de classe social nem de idade. “E também a complexidade, porque pedofilia não é só uma pessoa de média idade se envolvendo com menores de 14, 15, 16 anos. Nós temos 20% dos casos praticados com crianças de zero a cinco anos de idade. Então, você imagina a monstruosidade, a gravidade desse problema”, disse o deputado.

De acordo com a CPI, a maior parte dos pedófilos convive com os abusados. O relatório mostra que 81% dos casos acontecem

nas relações intrafamiliares, que envolvem pai, padrasto, tio, avô e outros parentes. E não há um perfil social específico dos abusadores que podem exercer as funções de políticos, empresários, padres, pastores evangélicos, professores, policiais ou médicos.

O deputado disse que menos de 1% dos casos registrados receberam sentença de condenação. Segundo a CPI, há “uma rede de tráfico de adolescentes disseminada no Estado que as autoridades não têm investigado”. Para os parlamentares, “o Estado ainda não despertou completamente para esse tipo de violência como caso de saúde pública, que necessita ser combatido com medidas urgentes”.

Para o desembargador Felício Pontes, a maioria dos pedófilos de hoje compartilha um comportamento também apresentado por Humberto Vital

em sua época: uma conduta exemplar dentro da cadeia. “Ele não criava problemas. Era frio. Era daqueles que chamaríamos de criminoso nato, os mais difíceis e mais perigosos, porque não dão chance que haja uma punição administrativa nos presídios, eles se comportam bem. Entretanto, não é incomum que esses criminosos, de volta às ruas, tornem a cometer crimes. Lamentavelmente é o instinto. É triste admitir isso, mas é um instinto perverso”. O mesmo lembra o delegado Armando Mourão. “Eu tive a informação de que Humberto era um preso de excelente comportamento no Presídio São José”.

### IMPASSE

O psiquiatra forense Dorvalino Braga acredita que o limiar entre sanidade e insanidade nunca foi e nunca será fácil de se estabelecer. “Ninguém sabe até que ponto vai a loucura e a sanidade. A fronteira que se estabelece é extremamente fugaz, inconsistente, os critérios não são definitivos e nem são convincentes, por isso causam celeumas muito sérias no público, certas decisões

tomadas, às vezes isentando de pena um criminoso perigoso para a sociedade, de alto risco. Por isso é que se recomenda, sempre, que

**Psicopatas sádicos:  
aspectos médico-legais**  
**Dorvalino Frazão Braga**  
**Médico**  
**Psiquiatra Forense**  
**titulado pela Sociedade**  
**Brasileira de Medicina**  
**Legal**  
**Prof. Titular de**  
**Psiquiatria Ex prof. de**  
**Psicologia Médica –**  
**UFPA**  
**Chefe do Serviço de**  
**Psiquiatria Forense do**  
**IML “Renato Chaves”**  
**aposentado.**

casos assim sejam submetidos a uma junta idônea e competente para avaliação desses critérios que norteiam o comportamento

humano. A pedofilia é uma psicopatia com características bem definidas, primeiro porque o autor procura saciar os seus impulsos sexuais patológicos com crianças. É um transtorno do impulso sexual. É um transtorno patológico, não tem explicação”.

Para o médico, uma das causas da proliferação deste tipo de crime é a dissolução dos valores morais da sociedade como um todo. “Esse afrouxamento na educação, essa falta de limites, dentro da família, nas escolas, a despreocupação. Por isso, temos que tomar uma série de medidas preventivas, evitar que o fato aconteça. Uma delas é fazer uma revisão minuciosa de nossos parâmetros da educação, porque o que está se vendo é um desregramento total. Isso é uma disposição facilitadora extraordinária”.

A incidência alarmante de crimes sexuais cometidos com perversidade, envolvendo inclusive crianças, ultrapassa os limites da tolerância. Na condição de psiquiatra forense, cabe-nos oferecer algumas contribuições científicas

para uma melhor compreensão do assunto.

O psiquiatra inglês James Prichard, em 1835, fez a primeira



descrição de “pessoas pouco decentes, que careciam de sentimentos mais elementares e de capacidade de autodomínio”.

Denominou a essa categoria nosológica de moral insanity. A partir de Prichard, outros renomados psiquiatras, tais como Kraepelin, Bleuler, Kurt Scheneider, passaram a estudar esses indivíduos que, sem serem psicóticos ou deficientes intelectuais, comportavam-se de modo anormal na sociedade. Denominou-os de personalidades psicopáticas. Kurt Scheneider os conceitua como variações psíquicas da normalidade, resultantes de distúrbios na estrutura do caráter. São caracteriopatias que se expressam clinicamente com uma conduta em desacordo com as normas éticas, morais e legais da sociedade. Compõem o seu perfil psicológico os seguintes traços: frieza afetiva, irresponsabilidade social, incorrigibilidade e destituição de sentimento de culpa. São pessoas egoístas, narcisistas e sedutoras.

Com respeito a sua causalidade há controvérsias. A Psiquiatria Clássica atribui condicionantes fatores disposicionais inatos. A Psicanálise

valoriza os fatores psicossociais, em especial os familiares, conflitos, frustrações de necessidades básicas de afeto, segurança e respeito.

Por ser de certa forma recente, o termo pedofilia não é citado diretamente na legislação brasileira. Atualmente, os casos do gênero são enquadrados no crime de “estupro de vulnerável” previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro. A pena prevista para este tipo de crime é de oito a 15 anos de reclusão. Além disso, a prática está inserida entre os crimes considerados hediondos: homicídio; latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; estupro, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e genocídio.

Dentre as diversas psicopatias abordaremos exclusivamente as anormalidades da conduta sexual, denominadas, também, de

aberrações ou perversões sexuais. É característica dos desvios da conduta sexual o comportamento padronizado, repetitivo e impulsivo.

É variado e extravagante o elenco das sexopatias: sadismo, masoquismo, fetichismo, pedofilia, voyeurismo, exibicionismo, necrofilia, vampirismo etc. Abordaremos especialmente o sadismo, pelo seu frequente envolvimento com a criminalidade. O sadismo é o desvio sexual no qual a excitação erótica e o orgasmo são obtidos enquanto o indivíduo assiste ou realiza atos de crueldade com o parceiro. Para experimentar excitação, o sádico humilha, fere, agride, chegando até a assassinar o parceiro. Os atos sádicos vão da agressão moral, física, até ao estrangulamento, estupro, esquartejamento com a remoção dos órgãos sexuais que, em alguns casos, é devorado pelo psicopata (canibalismo) ou serve de fetiche. Há alguns anos, em Altamira, no sul do Pará, numerosos jovens foram emasculados por um sádico desse tipo.

Esses crimes são meticulosos, premeditados, iniciando-se por hábil sedução (promessa de dinheiro, presentes etc.), perpetrados em lugares ermos, preferentemente em matas,

seguidos de incêndios e ocultação dos cadáveres das vítimas. São crimes executados com extrema crueldade e frieza, que causam violenta indignação ao público.

Em 1972, funcionamos como perito no momentoso caso do Monstro do Morumbi, psicopata sadonecrófilo, que estrangulou três mulheres, mantendo relações sexuais com seus cadáveres. Ao ser preso, confessou friamente ter estrangulado 13 mulheres em São Paulo, onde residia.

Recentemente, Belém foi palco de um serial killer, psicopata pedófilo que estrangulou e estuprou três crianças nas matas da Ceasa, felizmente preso no momento que tentava vitimar outro jovem.

Krafft-Ebing, eminente psiquiatra forense alemão, já havia reconhecido a importância da relação entre voluptuosidade e crueldade, fazendo farta exposição clínica a respeito. Chama a atenção para a dependência do prazer erótico com prazer de matar. Reporta-se ao mito indu de Siva e Durga, no qual os sacrifícios humanos eram acompanhados de rituais voluptuosos, que culminavam com a morte das vítimas.

A literatura forense refere notáveis casos de homicidas portadores de variadas psicopatias: Jack, o estuprador, o vampiro de Dusseldorf, nos quais se mesclaram o sadismo, a necrofilia, a pedofilia, o vampirismo, todos exibindo a face oculta e hedionda do homem.

A situação médico-legal dos psicopatas é delicada. Quando o agente criminoso é portador de doença mental (psicose), está incluído no artigo 26 do Código Penal Brasileiro. Os psicopatas, todavia, situam-se na categoria dos “semi-loucos” fronteiriços, faixa limiar entre o normal e o patológico.

É tarefa difícil estabelecer fronteiras nítidas entre a saúde e a doença mental. Os critérios adotados são imprecisos e artificiais. Para entender a essa faixa limiar a Ciência Penal criou o conceito de responsabilidade atenuada, que não isenta nem pune, porém, faculta ao juiz a redução da pena. Constitui a figura jurídica do parágrafo único do art. 26 do C.P.B., a seguir transcrito: “A pena pode ser reduzida de 1 a 2/3, se o agente, em virtude de perturbações da saúde mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento”. A inclusão dos psicopatas no parágrafo único justifica-se, pois, não obstante eles conservarem íntegra a capacidade de discernimento (*libertas judicii*), a capacidade de determinação (*libertas concili*) encontra-se comprometida. Já vimos acima, que os psicopatas sexuais praticam crimes sob o efeito de impulsos patológicos incoercíveis. Neles, a presença do parceiro aciona uma impulsão irresistível, levando-os ao auge da excitação sexual e a praticar os mais violentos e cruéis homicídios.

Caracterizada a responsabilidade atenuada dos psicopatas, é dever do perito alertar o juiz para o elevado grau de periculosidade e incorrigibilidade desse tipo de criminoso. Nesse caso, o juiz decreta a medida de segurança, que deverá ser cumprida por tempo indeterminado, considerando serem esses indivíduos incompatíveis de convivência social. A medida deverá ser cumprida em manicômios judiciários ou a sua falta, em unidades de segurança de hospitais psiquiátricos.

Aproveito o ensejo para alertar as famílias para que exerçam permanente vigilância com seus filhos, recomendando-lhes que evitem o contato com pessoas estranhas nas ruas, praças, áreas de lazer, internet e à saída de escolas, que são locais preferidos pelos psicopatas sexuais à espreita de suas vítimas.

Aconselhamos que a direção dos colégios afixem cartazes esclarecedores sobre o assunto, protegendo seus alunos desses perigosos criminosos.

A partir de 2007, os Conselhos Estaduais da Criança e do Adolescente, em parceria com a Secretaria Nacional de Direitos Humanos, lançaram uma ampla campanha para coibir a prática de crimes contra menores, por denúncias anônimas feitas pelo telefone 100. Em todo o país este número serve para receber as denúncias de abusos de toda a ordem - e os sexuais são a maioria dos casos.



A LEI  
CAPÍTULO II DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL  
(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Corrupção de menores

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)







# Artigos



Rosana Maria Souza de Barros

Formação e orientação de pretendentes à adoção: dialogando sobre adoção

#### Resumo

Este artigo relata o trabalho denominado "Dialogando sobre Adoção", desenvolvido com pretendentes à adoção pela equipe interdisciplinar da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Belém e pelo Grupo de Estudo e Apoio à Adoção de Belém Renascer, em parceria com a Escola Superior da Magistratura, com o objetivo de refletir sobre sua importância e seus resultados, e assim subsidiar a construção de novas experiências no Estado do Pará.

#### Palavras-chave

Adoção. Família. Criança e adolescente.

#### Abstract

This paper reports the study named "Discussing Adoption", involving the applicants for adoption and developed by the interdisciplinary team of the 1st. Jurisdiction of Infancy and Youth from the district of Belém and by the Belém Renascer Adoption Support and Study Group in, in partnership with the Superior School of Magistrates, with the purpose of reflecting over the importance of adoption and its results, thus fostering the construction of new experiences in the State of Pará.

#### Key words

Adoption. Family. Child and adolescent.

# Formação e orientação de pretendentes à adoção: dialogando sobre adoção

Formation and orientation of applicants for adoption: discussing adoption

*Família, família  
Não é só sangue que irmana  
Família é como se chama  
A gente que a gente ama*

Plínio Oliveira

## Introdução

Este artigo objetiva relatar o trabalho interdisciplinar com pretendentes à adoção, denominado “Formação e Orientação de Pretendentes à Adoção: Dialogando sobre Adoção”, desenvolvido por profissionais de Serviço Social, Psicologia e Pedagogia da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Belém e pelo Grupo de Estudo e Apoio à Adoção de Belém Renascer, em parceria com a Escola Superior da Magistratura. Percorre-se, de maneira breve, a trajetória desse trabalho, desde sua implantação, e tecem-se reflexões sobre seus balizadores sociojurídicos, seu desenvolvimento e seus resultados.

Esse trabalho com pretendentes à adoção é realizado desde 2007. Tem o intuito de fundamentar, orientar e estimular reflexões com pretendentes à adoção, a fim de influenciar de maneira positiva a qualidade das relações parentais estabelecidas por meio da adoção.

Pretende-se, ainda, estimular a reflexão sobre a possibilidade da adoção de crianças maiores de dois anos, de grupos de irmãos, inter-raciais, de crianças com necessidades especiais, as chamadas adoções necessárias.

É importante ressaltar que esse trabalho não tem a pretensão de constituir-se em uma fórmula fechada de

Rosana Maria Souza de Barros\*

\*Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Assistente Social da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Belém e da Coordenadoria Estadual da Infância e Juventude do Pará. Ministrante do Curso de Formação e Orientação de Pretendentes à Adoção. E-mail: rosarabarro2008@yahoo.com.br

caminho para a adoção, pois considera que o aprendizado de fato representa um processo, que se dá de forma dinâmica e a longo prazo.

## Balizadores sociojurídicos

O trabalho de orientação de pretendentes à adoção tem como fundamento metodológico a reflexão e a troca de experiências entre os participantes, com o propósito de impulsionar a compreensão da necessidade do exercício contínuo de reflexões e o acúmulo de conhecimento sobre a maternidade e paternidade por meio da adoção.

Não tem a aspiração de preparar, no estrito sentido da palavra, o candidato à adoção; pretende, antes, suscitar o entendimento, por meio de subsídios teóricos e de experiências de pais adotivos, da importância de informar-se e dialogar sobre as especificidades da adoção, contribuindo para que a constituição familiar por meio da adoção concretize-se em uma experiência com características essencialmente positivas para todos os envolvidos.

O trabalho visa ainda a difundir a concepção de adoção como processo afetivo e legal pelo qual uma criança – ou um adolescente – passa a ser filho de uma pessoa ou de um casal que não a gerou (CECIF, 2001, p. 21).

Segundo essa concepção, a criança é considerada como sujeito de direitos, sendo atendida em sua necessidade de viver em família, não somente no aspecto afetivo, mas também no jurídico, concedendo-lhe a adoção direitos legais, inclusive sucessórios.

Partiu-se da concepção de que as famílias são originárias de relações socialmente construídas, que expressam um determinado contexto social, cultural econômico e político, sendo, portanto, passíveis de transformações em sua configuração e sociabilidade (INCAO, 1996).

Considera-se que a constituição familiar por meio da paternidade e da maternidade requer a apreensão de importantes aspectos, como a responsabilidade dos pais no processo de desenvolvimento dos filhos, da família como espaço de proteção, sem deixar de levar em conta seus conflitos e suas diversas configurações, como aponta Szymanski (2002, p. 9-10):

[...] compreende-se como família, uma associação de pessoas que escolhe conviver por razões afetivas e assume um compromisso de cuidado mútuo e, se houver, com crianças, adolescentes e adultos. Essa consideração abrange um grande número de possibilidades que, há séculos, já vêm sendo vividas pela humanidade, a despeito das definições "oficiais" de grupo familiar [...]. Kaslow cita nove tipos de composição familiar que podem ser considerados "família": 1) família nuclear, incluindo duas gerações, com filhos biológicos; 2) famílias extensas, incluindo três ou quatro gerações; 3) famílias adotivas temporárias (Foster); 4) famílias adotivas, que podem ser bi-raciais ou multiculturais; 5) casais; 6) famílias monoparentais, chefiadas por pai ou mãe; 7) casais homossexuais com ou sem crianças; 8) famílias reconstituídas depois do divórcio; 9) várias pessoas vivendo juntas, sem laços legais, mas com forte compromisso mútuo [...].

Ponderou-se, ainda, que o exercício da maternidade e da paternidade pela via da adoção possui singularidades importantes, que devem ser consideradas, a fim de subsidiar as ações e decisões dos pretendentes à adoção, no processo educativo de seus filhos, contribuindo para a desconstrução de mitos e preconceitos que ainda norteiam a adoção (WEBER, 1999). Dentre as singularidades da adoção, destaca-se o fato de que, quando se adota uma criança, por menor que ela seja, adota-se um ser com uma história de vida, muitas

vezes marcada por privações materiais, negligências, abandono, longos períodos em instituições de acolhimento. Esses fatores, se forem ignorados pelos pretendentes pais adotivos, podem influir de maneira negativa na qualidade da relação parental que se estabelece pela via da adoção. A criança ou o adolescente que se tornam adotandos precisam ser acolhidos com sua história e suas demandas, precisam ser amados, protegidos, atendidos em suas necessidades afetivas e materiais, transformados em filhos por sua nova família (CAMARGO, 2006).

Outra particularidade que se destaca é o estabelecimento do diálogo com a criança sobre sua adoção e sua origem, importante para a constituição de uma relação parental saudável, com base no afeto e na confiança (SCHETTINI FILHO, 1999), o que pode proporcionar visibilidade às famílias adotivas e contribuir para a extinção de preconceitos referentes à adoção, como o que considera a filiação adotiva como de segunda linha. Weber (1999, p. 132) recomenda:

[...] Sem dúvida, a facilidade com que uma criança aceita a sua condição está relacionada diretamente com a maneira com que os pais aceitam e sentem a questão. Os pais mostram aceitação ao falar sobre a adoção naturalmente, sem medo, vergonha ou culpa. O mais importante é construir os pilares para uma relação de cumplicidade, de ternura e amor.

Ainda como embasamento para a realização desse trabalho, considerou-se a ausência de políticas públicas, tanto do Poder Executivo, quanto do Poder Judiciário, que atendessem à necessidade de preparação dos postulantes à adoção. Como afirma Camargo (2006, p. 72), "o Brasil carece de políticas públicas voltadas à adoção, que oportunizem a preparação dos casais e famílias postulantes".

Assim, com esse trabalho, tem-se ainda a pretensão de contribuir para a transformação da cultura vigente da adoção, centrada apenas nos interesses dos adotantes, tendo como premissa "uma criança para uma família". A partir de uma nova cultura, ou seja, "uma família para uma criança", passa-se a considerar a criança e o adolescente também como sujeitos dessa relação, com direito à convivência familiar, seja qual for sua idade, sua situação de saúde, sua etnia, tendo ou não irmãos (FREIRE, 2001).



No âmbito jurídico, o curso para pretendentes à adoção teve como fundamento o que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em especial seus artigos 19 a 52, que tratam do direito à convivência familiar e comunitária, da família natural e substituta, em particular da adoção.

Desse modo, partiu-se da concepção de adoção como uma das alternativas para assegurar o direito de crianças e adolescentes (que perderam, de forma definitiva, ou nunca tiveram a proteção de sua família de origem) de conviverem em família. Nessa relação, a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, em situação peculiar de desenvolvimento, devendo ser considerados em suas singularidades e necessidades.

Em 2009, com a Lei nº 12.010 (que alterou alguns artigos da Lei nº 8.069 e acrescentou outros ao Estatuto da Criança e do Adolescente), esse tipo de trabalho, que já vinha sendo realizado desde 2007 em Belém, passou a constituir-se em requisito legal para a habilitação para a adoção, o que lhe atribuiu legitimidade jurídica, conforme o que estabelece o artigo 50, § 3º, do ECA:

A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar (BRASIL, 1990).

### Procedimentos preliminares para a implantação do trabalho

O Grupo de Estudo e Apoio à Adoção de Belém Renascer, considerando as expectativas, os temores, mitos e preconceitos que se expressavam nos discursos dos postulantes à adoção, frequentadores das oficinas mensais realizadas pelo Renascer, vislumbrou a possibilidade de desenvolver um trabalho sistematizado de orientação e preparação à adoção, a fim de estimular a reflexão e a vivência dessa forma de maternidade e paternidade de maneira mais segura e positiva, visando ainda a contribuir para estimular a efetivação das adoções inter-raciais, de crianças maiores de dois anos, de grupos de irmãos e

de crianças com necessidades especiais, denominadas adoções necessárias.

Outro fator relevante que levou o Renascer a propor a implantação desse trabalho com pretendentes à adoção foi o conhecimento das experiências de grupos de apoio à adoção de diversos estados, que se caracterizavam por uma aceitação muito positiva pelos participantes, contribuindo para a mudança da cultura da adoção até então predominante, focada no atendimento exclusivo dos interesses e necessidades dos pretendentes à adoção (SCHREINER, 2004).

A primeira etapa para a consolidação desse trabalho foi a materialização, em 2006, da proposta em projeto, no qual se estabeleceram as diretrizes, os objetivos, a metodologia, além das temáticas a serem abordadas. Em seguida, ainda no mesmo ano, o Renascer apresentou o projeto à equipe interdisciplinar e ao Juiz de Direito da 1ª Vara da Infância e Juventude. Após a análise da proposta de trabalho e considerando-a de singular importância para a construção de uma nova cultura da adoção, centrada nos interesses das crianças e dos adolescentes, o Juiz de Direito da 1ª Vara da Infância e Juventude encaminhou o projeto à Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, solicitando providências para implementar o trabalho proposto.

Em 2007, foi assinado o convênio de parceria triplíce: 1ª Vara da Infância e Juventude, Grupo de Estudo e Apoio à Adoção de Belém Renascer e Escola Superior da Magistratura. Nesse Convênio, ficou estabelecido que o trabalho de orientação e reflexão com pretendentes à adoção seria realizado pela equipe interdisciplinar da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Belém e por voluntários do Grupo de Estudo e Apoio à Adoção de Belém Renascer, em parceria com a Escola Superior da Magistratura – que se responsabilizou por toda a infraestrutura, como espaço físico, equipamentos e emissão de certificado de participação.

Destaca-se que, no início, embora já houvesse alguns trabalhos dessa natureza realizados no Brasil, ainda não constituíam um pré-requisito legal à adoção, ainda que o movimento de Grupos de Apoio à Adoção já promovesse mobilizações sociais para implantar ações sistematizadas de orientação, reflexão e estímulo às adoções necessárias.

Nessa implantação do trabalho de orientação de pretendentes à adoção, por meio de curso, destaca-se a ação dos magistrados Desembargador Milton Nobre, à época presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, e Doutor José Maria Teixeira do Rosário, Juiz titular da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Belém, que acolheram a proposta e ofereceram condições objetivas para sua execução.

O trabalho de formação e orientação de pretendentes à adoção: construindo novas possibilidades

Esse trabalho, como anteriormente mencionado, tem como pressuposto o estímulo à reflexão e à troca de experiências, com o objetivo de provocar a compreensão da necessidade de se buscar cotidianamente acumular conhecimento sobre as singularidades da constituição familiar por meio da adoção.

Dessa forma, adota-se uma metodologia baseada na exposição dialogada, em dinâmicas de grupo, áudios, vídeos, no estudo em grupo, em debates e na troca de experiências.

Nas primeiras versões, pais adotivos eram convidados a dar um depoimento, a relatar suas histórias de adoção, o que suscitava grande interesse por parte dos participantes. No entanto, a dificuldade para encontrar pessoas disponíveis para compartilhar sua história de adoção em todas as turmas fez com que substituíssemos o depoimento presencial pelo depoimento em vídeo, o que também tem sido um importante instrumento de reflexão.

Na proposta inicial, estava prevista uma carga horária de oito horas. Posteriormente, passou-se para dez horas, em decorrência das temáticas abordadas e da solicitação dos participantes. A princípio, a meta era atingir no mínimo dez e no máximo vinte participantes em cada edição. Com o aumento da demanda, o número máximo de participantes passou a ser de trinta pessoas por turma.

O cronograma com as datas dos cursos é planejado semestralmente, havendo inscrições prévias.

Os temas abordados são:

#### **No primeiro dia:**

1- Família, espaço de proteção, cuidado e conflito e suas diferentes configurações.

2- Adoção em seus aspectos jurídicos, sociais e psicológicos, abordando-se ainda a motivação para a adoção e suas possíveis influências na adoção.

3- O diálogo com a criança, os familiares e amigos sobre a adoção, refletindo-se sobre a importância da construção da concepção de filiação, de maternidade e paternidade além da consanguinidade, como parte do processo de formação e educação do adotando.

4- Apresentação do Grupo Apoio à Adoção.

5- Reflexão sobre mitos e preconceitos relacionados à adoção.

#### **No segundo dia:**

1- Apresentação da realidade das crianças e adolescentes acolhidos (quem são, quantos são, quanto tempo permanecem abrigados, quais as motivações do acolhimento) em âmbito nacional e local.

2- Perfil dos pretendentes à adoção (quantos são e qual o perfil da criança que desejam adotar).

3- Adoções necessárias (adoções de crianças maiores de três anos, inter-raciais, de grupos de irmãos e de crianças com necessidades especiais) e suas particularidades.

4 - Devolução de crianças e suas implicações.

No decorrer do curso, tem sido recorrente o fato de essas questões darem origem a reflexões sobre outros temas afins aos abordados no curso, o que tem enriquecido o debate e favorecido o acúmulo de conhecimento.

Ainda no último dia, o grupo é convidado a registrar por escrito sua avaliação sobre o trabalho realizado, assinalando os pontos que considera positivos e negativos, e dando sugestões. A identificação do participante no formulário de avaliação é opcional, a fim de que fique à vontade para expressar suas críticas.

Considera-se que a metodologia do curso propicia a participação efetiva dos presentes, bem como reflexões até então ainda não realizadas, fato verbalizado pelos próprios participantes e registrado nos formulários de avaliação – resultado que atesta a singular importância desse trabalho, como se depreende dos comentários feitos nas avaliações:

O curso é muito bom pois esclareceu muitos aspectos da adoção (avaliação realizada em 2007).

Gostei das explicações, dos diálogos e da maneira como fomos tratados (avaliação realizada em 2008).

Retirada de dúvidas, novas informações, quebra de preconceitos, abertura de novos horizontes (avaliação realizada em 2008).

O curso foi muito bem distribuído, os temas foram muito bem colocados e a vivência com pais por adoção trouxe a realidade desse tema (avaliação realizada em 2009).

O curso esclareceu pontos duvidosos sobre adoção (avaliação realizada em 2010).

A clareza com que foram abordados os temas. A equipe é excelente. Material esclarecedor (avaliação realizada em 2010).

Essas avaliações também nos apontam dificuldades a serem superadas, como, a carga horária, a princípio considerada pequena, e que, embora já dilatada, ainda é tida por alguns como insuficiente, além de outros aspectos registrados:

Poderia proporcionar mais momentos de reflexão principalmente na questão da adoção tardia (avaliação realizada em 2007).

Controlar melhor o tempo de fala dos participantes para que todos tenham oportunidade de expor suas idéias e opiniões (avaliação realizada em 2008).

Seria bom trazer mais pessoas que tenham passado por esse processo de adoção para falar e contar seus testemunhos (avaliação realizada em 2009).

Mais dinâmicas. Uma carga horária maior (avaliação realizada em 2010).

A realização desse curso, associada a outros fatores – a presença cada vez mais frequente do tema adoção na mídia, abordado de maneira positiva, o trabalho sistematizado e contínuo desenvolvido pelo Grupo de Estudo e Apoio à Adoção de Belém Renascer, as diversas publicações literárias, além de pesquisas científicas sobre essa temática, o trabalho de articulação e de divulgação do movimento nacional de grupos de apoio à adoção e de outras organizações (na esfera tanto pública como privada) que desenvolvem ações destinadas a garantir o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária –, têm contribuído significativamente para a adoção de crianças de outras faixas etárias, além daquela até então de preferência

nacional: bebê até dois anos de idade. Dessa forma, constata-se em Belém a existência de pretendentes à adoção de crianças com três anos de idade e, embora de forma tímida, também de crianças maiores de três anos de idade, como se constata no quadro abaixo, apresentado no curso para pretendentes à adoção:

Até 1 ano	Até 2 anos	Até 3 anos	Até 4 anos	Até 5 anos	Até 6 anos	Até 7 anos
21	20	09	07	05	01	03

Fonte: 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Belém.

Observa-se que, no total de 66 famílias inscritas no período de 2006 a março de 2011 – que ainda aguardam receber crianças por meio do Cadastro de Adoção da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Belém –, embora ainda seja predominante a preferência pela adoção de crianças com até dois anos de idade, já há o registro de 16 pretendentes disponíveis para adotar crianças com mais de três anos, o que indica uma mudança na realidade anterior a esse período, em que era muito difícil, se não impossível, realizar a adoção de uma criança com mais de dois anos de idade.

Outro resultado relevante: no período de abril de 2007 a março de 2011, participaram desse curso 225 pessoas que, embora não se possa afirmar que estejam preparadas, no sentido amplo dessa palavra, para o exercício da maternidade e da paternidade por meio da adoção, obtiveram, incontestavelmente, subsídios teóricos e de caráter empírico, com base nas experiências de outros pais adotivos sobre essa modalidade de constituição de filiação. É indiscutível a importância desses subsídios para a orientação de seu processo de construção de vínculos afetivos parentais em suas famílias, independentemente da consanguinidade.

Ainda como resultado relevante aponta-se o fato de o curso dar aos pais adotivos elementos teóricos que permitem refletir sobre a importância do estabelecimento do diálogo com seus filhos sobre sua origem e adoção, de maneira continuada, como parte integrante de seu processo educativo e de formação. Isso pode contribuir para a consolidação da concepção de maternidade, de paternidade e de filiação também dissociada

da consanguinidade, legitimando a constituição familiar por meio da adoção, não somente juridicamente, mas, ao mesmo tempo, socialmente. Além disso, contribui para possibilitar ao filho adotivo o exercício de seu direito de conhecer suas origens biológicas e sua história de adoção de maneira tranquila e segura, direito estabelecido no artigo 48 do ECA.

## Considerações

Como já mencionado, todo o trabalho de formação e orientação de pretendentes à adoção foi construído levando-se em conta o dinamismo das relações sociais, considerando-se a adoção também como expressão do contexto social, econômico, cultural e político em que está inserida, portanto sempre passível de construções e reconstruções em suas configurações.

Embora não se tenha a pretensão de que esse trabalho, por si mesmo, provoque profundas transformações, crê-se que sempre pode constituir uma importante contribuição, aliada a outros fatores, para a mudança da cultura de adoção, ainda predominante, segundo a qual a criança não é vista como sujeito de direitos, ou é pouco considerada.

Dessa forma, acredita-se que esse trabalho tem desempenhado seu papel de forma positiva, oferecendo subsídios teóricos e experiências de adoção aos pretendentes à adoção, o que tende a contribuir para reflexões e decisões com alicerces mais consistentes, no processo de constituição de família por meio da adoção.

## Referências

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília: Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal, 1995. 75 p.

BRASIL. Lei n. 12.010, de 03 de Agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 04 ago. 2009. Seção 1, p. 1. Texto retificado: 02 set. 2009. Seção 1, p. 1.

CAMARGO, Mário Lázaro. **Adoção tardia**: mitos, medos e expectativas. Bauru, SP: Edusc, 2006. 219 p. (Cadernos de divulgação cultural: 89)

FREIRE, Fernando (Org.) **Abandono e adoção III**: contribuições para uma cultura da adoção. Curitiba: Terra dos Homens: Vicentina, 2001. 349 p.

CECIF. CENTRO DE CAPACITAÇÃO E INCENTIVO À FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS, VOLUNTÁRIOS E ORGANIZAÇÕES QUE DESENVOLVEM TRABALHO DE APOIO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR (Org.). 101 perguntas e respostas sobre adoção. São Paulo, CECIF, 2001. 126 p.

INCAO, Maria Ângela d'. **Sentimentos modernos e família**. São Paulo: Brasiliense, 1996. 158 p.

SCHETTINI FILHO, Luiz. **Adoção**: origem, segredo, revelação. Recife: Bagaço, 1999.

SCHREINER, Gabriela. **Por uma cultura da adoção para a criança?**: grupos associações e iniciativas de apoio à adoção. São Paulo: Consciência Social Editora, 2004. 133 p.

SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. **Revista de Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, v. 23, n. 71, p. 9-25, set. 2002.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Laços de ternura**: pesquisas e histórias de adoção. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 1999. 233 p.





José Claudio Monteiro de Brito Filho

Ações afirmativas para povos indígenas no ensino superior: a experiência no estado do Pará

#### Resumo

Texto que discute, a partir dos pressupostos de justiça, adequação e eficiência, extraídos a partir de ensinamentos de Ronald Dworkin, medidas de ação afirmativa em favor de integrantes dos Povos Indígenas, adotadas no Estado do Pará pela Universidade Federal do Pará e pela Universidade do Estado do Pará.

#### Abstract

Based on the teachings of Ronald Dworkin and the presuppositions of justice, adequacy and efficiency they comprise, this text discusses the policies of affirmative action in favor of members of indigenous populations, taken in the State of Pará by the Federal University of Pará and the University of the State of Pará.

#### Palavras-chave

Ações afirmativas. Povos indígenas. Ensino superior no Estado do Pará.

#### Key words

Affirmative actions. Indigenous peoples. Academic education in the State of Pará.

# Ações afirmativas para povos indígenas no ensino superior: a experiência no Estado do Pará

Affirmative actions for indigenous peoples in the academic level: the experience in the State of Pará

José Claudio Monteiro de Brito Filho\*

\*Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). E-mail: jclaudiobritofiglio@gmail.com.

## Generalidades

Desde 2006, temos publicado, em diversos momentos, textos que discutem o uso da ação afirmativa como meio de inclusão social e, até, de correção de desigualdades, para isso tentando utilizar os fundamentos e critérios adotados pelo filósofo liberal americano Ronald Dworkin.

Àquele momento já existia, no Pará, relativamente ao ensino superior, a Resolução nº 3.361, de 5 de agosto de 2005, do Conselho Superior de Ensino e Pesquisa (CONSEP)<sup>1</sup> da Universidade Federal do Pará (UFPA), criando cota, na graduação, para alunos egressos da escola pública e, dentro desta, uma nova cota, para negros.

Essa medida, todavia, só veio a ser aplicada no processo seletivo que se completou no início de 2008. No primeiro texto, então, na discussão a respeito de ações afirmativas, limitamo-nos a fixar os fundamentos e os critérios para sua utilização (BRITO FILHO, 2006).

A Resolução nº 3.361/2005 deixamos para discutir no texto seguinte, quando registramos que a medida deixara de lado alguns grupos vulneráveis merecedores de um estímulo em separado para o acesso ao ensino superior. Um desses grupos foi o dos integrantes dos Povos Indígenas que, não obstante já tivessem

um ingresso diferenciado no Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, ficaram excluídos do direito de ingressar de forma diferenciada, na graduação em geral.

O terceiro texto, publicado em 2010, mas escrito em 2009, tratou exatamente das ações afirmativas em favor dos integrantes dos Povos Indígenas, quando discutimos a justiça e o cabimento dessas medidas para os indígenas e registramos as diversas experiências já existentes no País, além do fato de que essa não era uma realidade, ainda, no Pará, embora já houvesse iniciativa do sentido de instituir cotas nesse sentido na UFPA (BRITO FILHO, 2010).

Entre o momento em que esse terceiro texto foi escrito, e o da sua publicação, a realidade foi alterada.

Diversas medidas que favorecem o ingresso diferenciado de integrantes dos Povos Indígenas, na Universidade Federal do Pará e na Universidade do Estado do Pará (UEPA), foram instituídas.

Agora, em texto que precisa ser curto, trataremos rapidamente de duas delas. Deixaremos de lado, logo adiantamos, uma terceira (não obstante seja muito importante), que nasceu em 2009 com o Curso de

<sup>1</sup> Hoje CONSEPE, como será visto mais adiante.

Licenciatura e Bacharelado em Etnodesenvolvimento, voltado exclusivamente para povos tradicionais e indígenas, e que é ministrado no Campus de Altamira, da Universidade Federal do Pará.

É que não há espaço para discutir as três medidas, nem mesmo, até, como registrado acima, para uma discussão profunda a respeito das que serão expostas. Ainda assim, esperamos que o breve relato seja suficiente para registrar a importância que políticas dessa natureza têm para a construção de uma sociedade mais justa e que promova o bem de todos, bem como para reafirmar a necessidade de que isso ocorra dentro de critérios que façam com que essas medidas tenham sucesso.

#### Elementos de sustentação das medidas de ação afirmativa

Para começar, é preciso lembrar algumas questões a respeito das ações afirmativas.

Como dito no início, entendemos que a leitura dos textos de Dworkin a respeito das ações afirmativas remete à ideia de que é preciso que medidas dessa natureza consigam satisfazer alguns critérios para a sua validade, que seriam, em nossas palavras, a justiça, a adequação e a eficiência<sup>2</sup>.

Resumindo, medidas de ação afirmativa são medidas que se revestem de justiça, mas, esta só é alcançada, ao final, se a medida for o instrumento necessário para a correção de situação de exclusão e, eventualmente, de desigualdades, e da mesma forma, se for estabelecida de forma que tenha aptidão para ter êxito.

Esses critérios, pensamos, são a chave para a correta criação e aplicação das medidas de ação afirmativa no Brasil.

Não que Dworkin, ao trabalhar a teoria que, ao fim e ao cabo, dá sustentação às suas ideias a respeito das ações afirmativas, a teoria da igualdade de recursos, o que pode ser visto na obra *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, especialmente na

1ª parte, que trata da teoria no plano teórico<sup>3</sup>, pense em sociedade como a brasileira. Não, Dworkin tem em mente uma sociedade desenvolvida, baseada em uma economia de mercado.

Da mesma forma, quando Dworkin, em diversas obras, já indicadas, discute o uso das medidas de ação afirmativa, pensa o autor em instituições de ensino superior que possuem condições de ingresso bem diversificadas, diferentemente das brasileiras, em que o ingresso ocorre por meio do processo seletivo tradicional, que leva em conta somente o mérito, sem considerar situações particulares de indivíduos ou de grupos.

Por fim, também não se pode esquecer que o pensamento liberal de Dworkin, ainda que de um liberal igualitário, ou de um liberal Kantiano<sup>4</sup>, não pode ser simplesmente utilizado, sem maiores questionamentos, em sociedade como a brasileira, que tem no Estado sua principal mola propulsora.

Ainda assim, acreditamos que o pensamento de Dworkin é bom ponto de partida para a discussão a respeito de um conjunto normativo que deve ser, e vem sendo, adotado no Brasil, como forma de corrigir hipóteses de exclusão social e desigualdades.

Para isso, é óbvio, adaptações precisam ser feitas, no sentido de ajustar o pensamento do filósofo à nossa realidade jurídico-social, principalmente.

Não é tão difícil, pois, até ao contrário dos Estados Unidos da América, em que toda a discussão precisa passar pela necessidade de preservar uma visão predominante do indivíduo, temos já consolidada no Brasil a possibilidade de elaborar construções que visem à igualdade de recursos baseadas na ideia das coletividades e dos grupos.

Trabalhar na perspectiva de beneficiar coletividades determinadas ou indeterminadas no Brasil, protegendo interesses coletivos ou difusos, não é uma experiência que, para nós, seja inusitada, pois a legislação já ampara esse tipo de iniciativa.

De igual forma, ao contrário do filósofo americano, que precisa fazer razoável contorcionismo para

2 Ver, a respeito, três obras do autor, já publicadas em português: (DWORKIN, 2000, p. 437-494, 2002, p. 343-369, 2005, p. 543-607).

3 Indicada na nota anterior.

4 Como o denomina Vita (1993, p.14).



extrair da Emenda 14 da Constituição Americana uma igualdade que seja mais do que a igualdade formal, temos na Constituição Brasileira disposição que ampara qualquer iniciativa que leve à igualdade material, que é o artigo 3º, inciso IV, que impõe a promoção do bem de todos como um dos objetivos fundamentais da República.

Temos, então, maiores vantagens e, pensamos, nenhum impedimento para o uso das ideias do autor, sendo o ambiente brasileiro adequado para a adoção de medidas da natureza das discutidas, e, infelizmente, propício, pois, abstraída a hipocrisia de alguns, este é um País em que, deve ser reconhecido, há inúmeras situações de desigualdade e, tanto quanto, de exclusão, com integrantes de diversos grupos sendo afastados dos mínimos e indispensáveis recursos por variados motivos, dentre eles sua cor e sua etnia.

Um desses grupos é o dos Povos Indígenas, excluídos da participação na sociedade brasileira e, mais ainda, impedidos até de proteger sua própria cultura e seu modo de vida – de cada um dos Povos -, pelo pouco poder político de que dispõem, sendo uma das razões de seu acesso precário à educação.

Ensino superior para indígenas e ação afirmativa: situação no Estado do Pará

Por essa razão — o acesso precário à educação —, e entendendo que nesse caso os critérios extraídos de Dworkin estão presentes, temos defendido o uso das ações afirmativas no ensino superior para indígenas.

No terceiro texto escrito por nós a respeito, e mencionado no item 1, afirmamos:

As ações afirmativas para integrantes dos Povos Indígenas constituem forma de compensar a relação de desequilíbrio que esses povos mantêm com os demais integrantes da sociedade brasileira, especialmente na questão do ensino.

Permitirão essas medidas, também, diminuir o grau de dependência a que estão relegados, a partir das políticas que hoje são para eles traçadas, permitindo que se fortaleçam e preservem seu modo de viver e sua cultura.

As medidas, no entanto, além de serem justas e adequadas, devem ser pensadas também de forma a permitir sua utilização com sucesso. Isso quer dizer, então, criar políticas que:

1. Sejam voltadas para todas as etnias, e não apenas para aquelas mais favorecidas;

2. Garantam que todos os indígenas poderão delas participar, especialmente aqueles que se dispõem a dedicar o conhecimento adquirido aos integrantes da comunidade indígena a que pertencem.

Para isso, deve haver um ingresso diferenciado, e que leve em consideração as dificuldades, em maior ou menor grau, que os indígenas têm no acesso à educação fundamental e média.

Deve haver a criação, também, de condições objetivas para a permanência nos cursos, com apoio específico em matéria de bens e recursos humanos, sob pena de o ingresso ser invalidado pela dificuldade ou impossibilidade de permanência na instituição de ensino (BRITO FILHO, 2010, p. 107).

Aquele momento, como dito mais acima, não havia ainda, no Estado do Pará, hipóteses de ação afirmativa para indígenas no ensino superior, salvo na pós-graduação em sentido estrito em Direito, na UFPA.

A situação mudou, e atualmente temos três hipóteses de ação afirmativa para indígenas no ensino superior. Duas delas, como afirmado desde o item 1, serão por nós expostas.

A primeira foi adotada na UFPA por meio da Resolução nº 3.689, de 22 de junho de 2009, do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE), que aprovou a reserva de duas vagas, por acréscimo, nos cursos de graduação da referida Universidade, mediante seleção diferenciada.

É uma medida importante em termos de ações afirmativas para indígenas no ensino superior, pois abre um largo espectro para a ocupação de espaços, no âmbito da Universidade Federal do Pará.

É que são duas vagas por curso, independentemente de suas exigências e do grau de dificuldade para o seu acesso, o que oferece um variado leque de opções para os indígenas, especialmente em áreas vitais para a manutenção e/ou elevação da qualidade de vida de suas comunidades, como a de saúde, por exemplo, e isso em todos os campi da UFPA, ou seja, em Belém e em todas as demais localidades em que estiver estabelecida a Universidade.

E esse acesso ocorre por meio de uma seleção diferenciada, em processo seletivo especial, quando

são consideradas as potencialidades dos candidatos indígenas, e sendo a concorrência estabelecida apenas entre eles.

Há problemas, todavia.

É que, por ter sido aprovada sem obediência à proposta original, não contempla a Resolução fontes de financiamento para a manutenção dos estudantes, que são obrigados a morar fora de suas aldeias sem apoio financeiro, o que gera uma série de dificuldades e, possivelmente, implicará evasão<sup>5</sup>.

Da mesma forma, como também não foi aprovada a parte da proposta que previa a criação de comissões para realizar o ajuste dos indígenas às exigências dos diversos cursos, é de se esperar dificuldades também no acompanhamento, pelos alunos, dessas exigências programáticas<sup>6</sup>.

A segunda medida de ação afirmativa, por sua vez, foi pactuada no dia 18 de dezembro de 2009, nos autos do processo nº 00187-2005-013-08-00-7, uma ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) na 8ª Região contra o Estado do Pará, com o propósito de regularizar a situação do quadro de pessoal do ente público, e em que houve acordo para a exclusão gradual dos trabalhadores admitidos irregularmente, comumente denominados, no serviço público estadual paraense, de servidores “temporários”, não obstante sua admissão não tenha seguido as regras válidas para a admissão desse tipo de servidor.

É que um dos problemas encontrados no momento de cumprir o pactuado no processo acima referido foi o relativo aos “temporários” que lecionam nas unidades de educação nas aldeias indígenas mantidas ainda pela Secretaria Estadual de Educação do Pará.

De um lado, deparou-se o MPT com situação de total irregularidade no tocante a pessoal nessas unidades; de outro lado, verificou que todo o processo

educacional estava baseado nesses servidores irregulares, ou seja, excluí-los de imediato significava simplesmente encerrar as atividades dessas unidades.

Para piorar, verificou que de pouco adiantaria realizar, de imediato, concurso público para o preenchimento de todos os cargos nessas unidades, pois alguns teriam de ser preenchidos por indígenas — não necessariamente todos, em todas as aldeias —, e estes não tinham formação suficiente para lecionar em todas as séries, talvez nem nas fundamentais.

Chegou-se à conclusão então de que, no caso da educação indígena, seria preciso realizar um acordo em separado, atendendo às peculiaridades desse segmento. Seria preciso, também, ampliar o leque dos acordantes, pois havia questões que iam além da atuação do MPT e das possibilidades da administração direta do Estado do Pará.

Convidou-se então a participar das discussões a Procuradoria da República no Estado do Pará (PR/PA), pois é o Ministério Público Federal que cuida, no âmbito do Ministério Público, das questões gerais relativas aos Povos Indígenas, e a Universidade do Estado do Pará (UEPA), instituição de ensino superior estadual capaz de realizar a educação indígena superior. Ambos concordaram em participar.

Realizadas as reuniões necessárias, foi ajustado o seguinte:

- 1) O Estado do Pará compromete-se, até o dia 31 de dezembro de 2011, a criar os cargos públicos de professor indígena de nível médio necessários para a educação indígena nas escolas mantidas nas aldeias das etnias Tembê, KyiKatêjê e Parkatêjê, bem como, até esta data, realizar concurso público para o preenchimento dos cargos necessários, dispensando os 32 professores indígenas em situação irregular, denominados “temporários”.
- 2) Compromete-se ainda, juntamente com a Universidade do Estado do Pará – UEPA, responsável pela execução, e a partir do primeiro período do ano letivo de 2012, a oferecer o Curso de Licenciatura Intercultural para integrantes de todas as etnias indígenas do Estado do Pará, com um número mínimo de 90

5 Em reunião realizada em julho de 2010, entre a Fundação Ford e os integrantes do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, e em que estavam presentes alunos indígenas da graduação beneficiados com a medida implantada pela Resolução 3689/2010-CONSEPE, foi relatado por esses estudantes, especialmente da etnia Tembê, as dificuldades de permanência em Belém, eles que são de aldeias da região Nordeste do Estado do Pará.

6 Na mesma reunião indicada na nota acima houve relatos, por diversos estudantes, das dificuldades de compreensão de textos e das exposições orais. Na verdade, essas dificuldades eram por nós esperadas, daí a proposta prever comissões para o chamado nivelamento, o que foi desconsiderado.

integrantes, divididos em duas turmas, e que iniciarão o curso no primeiro período do ano letivo de 2012, com a finalidade de permitir o ensino nas escolas indígenas até a última série do ensino médio.

- 3) Compromete-se por fim a Secretaria de Estado de Educação do Pará (SEDUC) a criar, até 31 de dezembro de 2015, os cargos de professor indígena de nível superior, e com requisitos que permitam aos formados no curso de licenciatura intercultural participar do concurso respectivo, bem como, até 30 de junho de 2016, a realizar concurso público para o preenchimento dos cargos necessários para professor indígena de nível superior, em todas as escolas indígenas de sua responsabilidade.
- 4) Os projetos de lei para criação dos cargos referidos nos itens 1 e 3 deverão ser enviados à Assembleia Legislativa do Estado do Pará até o final do 1º semestre do ano de 2010.
- 5) Mantém as partes as condições da conciliação original e de seus aditivos, até as multas fixadas pelo descumprimento das obrigações.
- 6) Além disso, nenhum ato que implique descumprimento das obrigações aqui estabelecidas, ou que signifique desconstituir os atos já praticados até agora, especialmente os listados mais acima, será praticado pelo Estado do Pará, ou por qualquer agente público, sendo considerado nulo de pleno direito, sujeitando o Estado do Pará ao pagamento de multa no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por ato, sem prejuízo da execução, total ou parcial, da conciliação.

A respeito do acordo, cabe explicar duas questões. Primeiro, o prazo concedido para a realização do concurso público foi necessário para que os indígenas possam concluir a formação de nível médio no magistério, pois até isto está em curso.

Segundo, aproveitando que se estava a resolver a questão de escolas específicas de determinadas etnias, mas, considerando a concordância dos dirigentes da UEPA e da Secretaria Estadual de Educação com a necessidade de resolver o problema geral da educação indígena no Estado do Pará, logrou-se criar um

curso de licenciatura intercultural para os integrantes de todas as etnias indígenas no Estado do Pará, o que criará condições para solucionar, ao menos em parte, os problemas das escolas indígenas de todas as etnias.

Como verificamos, a medida pactuada pela UEPA é diferente da estabelecida na UFPA em diversos aspectos. Tem ela, por exemplo, um objetivo definido: formar profissionais que possam atuar nas escolas de educação indígena no Estado do Pará. De outra banda, não implicará a alocação de vagas nos cursos e turmas já existentes, pois o que será criado será uma licenciatura específica, com público próprio.

Ainda assim, quando implantada significará espaço importante para a formação dos indígenas, sendo uma ação importante para corrigir a situação de abandono que as escolas indígenas sofrem no Estado do Pará.

## Conclusão

Essa nova situação, decorrente de ações que foram pensadas, e em parte implementadas, visando a corrigir a exclusão dos povos indígenas por conta de seu não acesso ao ensino superior, revela um panorama totalmente diferente do encontrado em 2008, quando publicamos texto em que discutimos a primeira experiência da Universidade Federal do Pará em relação às ações afirmativas.

Como visto, temos, tanto em nível federal, na UFPA, como em nível estadual, na UEPA, neste último caso ainda aguardando implementação, medidas de ação afirmativa que pretendem alterar a situação dos integrantes dos Povos Indígenas no Estado do Pará.

O que irá resultar dessas medidas ainda é uma incógnita. Enquanto na UEPA ainda se aguarda para 2012 a implementação da licenciatura intercultural, na UFPA, em caráter geral, há problemas decorrentes de uma implementação pela metade, como vimos, sem levar em consideração a necessidade de criar meios de nivelamento para os estudantes indígenas, ou a necessidade de oferecer bolsas ou outra forma de incentivo que permita a manutenção do indígena fora de sua comunidade.

As duas situações são preocupantes. De um lado a expectativa de ver o acordo judicial ser cumprido

pela SEDUC e pela UEPA. De outro, ver a medida implementada na UFPA resultar exitosa, com a efetiva formação dos indígenas, sem altas taxas de abandono.

É que de nada adianta alocar recursos — escassos, ressalte-se — em favor de integrantes de grupos determinados, se essa iniciativa não produzir os efeitos esperados.

Como deduzido a partir de Dworkin, a justiça é pressuposto para a adoção de medidas de ação afirmativa, mas não orienta somente a sua adoção, ou seja, ela é ponto de partida, mas, também, ponto de chegada.

Medidas que têm potencial para gerar nenhum efeito, ou efeitos muito reduzidos, não são justas, pois demandam recursos públicos, e recursos escassos — repetimos —, que devem ser utilizados com adequação e eficiência.

A solução não é, todavia, como defendem alguns, não implementar. A solução é adotar as medidas, pois são necessárias, mas quando isso puder ser conveniente para reduzir situações de exclusão e, eventualmente, de desigualdade, e de forma que produzam os efeitos desejados. Esse o desafio, daqui em diante, para os gestores públicos.

## Referências

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Ação afirmativa: primeira análise da medida adotada pela Universidade Federal do Pará para os cursos de graduação. **A Leitura – Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**, Belém, v. 1, n. 1, p. 40-48, nov., 2008.

\_\_\_\_\_. Ações afirmativas: fundamentos e critérios para sua utilização. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará**, Belém, v. 50, n. 98, p. 7-16, 2006.

\_\_\_\_\_. Povos indígenas, ensino superior e ação afirmativa In: MATTOS NETO, Antonio José de (Org.). **Estado democrático de direito e direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95-107.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p. (Coleção justiça e direito).

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p. (Coleção justiça e direito).

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. xxv, 689 p. (Coleção justiça e direito).

VITA, Álvaro de. **Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. 131 p.





Margarida Maria Ferreira de Carvalho

## Algumas considerações acerca do cumprimento das sentenças estrangeiras no Brasil

### Resumo

No presente artigo, tecem-se algumas considerações sobre o processo de homologação de sentença estrangeira no Brasil. Nele reflete-se sobre as questões doutrinárias relativas à disciplina da matéria, com base na legislação constitucional e processual que a regulamenta, bem como nas inovações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 e pela Resolução n.º 09/04 do Superior Tribunal de Justiça. Sugerem-se ainda algumas mudanças procedimentais tendo em vista a economicidade e a agilização do processo homologatório, que dependem de reflexão e de alguns ajustes.

### Abstract

This paper makes considerations over the process of homologation of Foreigner Judgement in Brazil. It enables reflection of doctrinary issues related to the matter, based on the constitutional and procedural legislation which dictates its norms, as well as over the innovations brought by the Constitutional Ammendment no. 45/2004 and by Resolution no. 09/04 of the Supreme Court of Justice. Some procedural changes, which depend on analysis and adjustments, are also suggested in face of the need for economy and celerity of the homologation processes.

### Palavras-chave

Sentença estrangeira. Homologação. Procedimento. Direito internacional privado.

### Key words

Foreigner Judgement. Homologation. Procedure. International Private Law.

# Algumas considerações acerca do cumprimento das sentenças estrangeiras no Brasil

Some considerations over the foreigner judgement confirmation in Brazil

Margarida Maria Ferreira de Carvalho\*

\*Procuradora do Estado. Professora Adjunto IV de Direito Internacional da Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestranda em Direito Internacional pela Universidad Autónoma de Asunción – Programa Mercosul. E-mail: margarida.carvalho@pge.pa.gov.br.

## Introdução

O cumprimento das sentenças estrangeiras no Brasil é uma das questões processuais mais interessantes do direito internacional privado ou do chamado direito processual civil internacional.

Com efeito, a questão começa e termina com indagações, sem que se tenha o consenso necessário na doutrina e na jurisprudência, capaz de pacificar essa importante matéria, que faz parte da rotina de muitos juízes, juristas, advogados, professores e alunos.

A questão mais antiga, que gerou discussões polêmicas e inconclusivas, referia-se à circunstância de que nem todas as sentenças estrangeiras, para ter efeitos no Brasil, precisariam ser homologadas, e isso graças à regra constante do parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que assim dispõe: “ Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas”.

Ora, diante da letra da lei, qual ou quais sentenças estrangeiras necessitariam de homologação, que são sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas e se esse dispositivo da LICC poderia persistir diante do estatuído no artigo 483 do Código de Processo Civil (CPC), que estabelece que a sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia

no Brasil, senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A celeuma parecia pacificada, visto que a citada norma por certo teria sido revogada pelo CPC, considerando-se que a Lei de Introdução ao Código Civil é de 1942, portanto, anterior ao CPC de 1973, e assim se teria, em princípio, chegado a uma conclusão irrefutável. Porém, houve discordância quanto a essa premissa, pois, para alguns, a lei processual pátria traça regras gerais sobre o tema, e a LICC traça as regras especiais. Este último diploma legal seria ainda a norma competente para tratar da especificidade da matéria, e o CPC, apenas da generalidade da matéria.

Nessa linha de raciocínio, teria aplicação a regra estatuída no artigo 15, parágrafo único, da LICC, por força do disposto no parágrafo 2º do artigo 2º do mesmo diploma legal. A dispensa então atingiria apenas as sentenças estrangeiras proferidas em casos de jurisdição voluntária, já que apenas nessa categoria poderíamos encontrar as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas, como aquelas que reconhecessem o estado civil, o status funcional das pessoas, a qualidade de empregados ou empregadores, o reconhecimento da paternidade, entre outras.

Não deixa de ser uma opinião válida, embora não tenha o nosso consenso, posto não consagrar nenhum

absurdo ou teratologia, porém ainda assim, no entendimento de alguns, tal raciocínio não se justificaria, pois nesses casos, apesar de proferidas em processo de jurisdição voluntária, as sentenças teriam a natureza de sentença declaratória, precisando, por conseguinte, de homologação para produzir efeitos no Brasil.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, decidindo que sentenças proferidas em procedimentos de jurisdição voluntária teriam de ser homologadas, se conducentes à prática de atos de execução *latu sensu*.

A matéria, como já dissemos, supunha-se pacificada. Eis que surge nova polêmica, com a reforma da Constituição por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 45: ao referir-se à homologação da sentença estrangeira, a EC utilizou-se da expressão “de sentença estrangeira”, e não “das sentenças estrangeiras”, como acontecia nas Constituições anteriores; parecia assim comportar exceção no sentido de que exista a possibilidade de que alguma sentença estrangeira possa ser executada no Brasil e dispensada de homologação.

Alexandre Freitas Câmara (2006, p. 7), discorrendo sobre essa questão, afirma:

Inegavelmente, a mudança de orientação no texto constitucional não é capaz de reprimir o parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil, eis que não existe reprimenda tácita. Nada impede, porém, que aquele dispositivo venha a ser expressamente reprimido por lei. Do mesmo modo, nada impede que venha a ser editada lei que dispense de homologação qualquer outra espécie de sentença estrangeira.

Novamente a discussão recrudescer, demonstrando a complexidade do tema, lançando mais um viés interpretativo a essa seara.

Num segundo momento, meditaremos sobre a competência e o procedimento atualmente consagrado para a homologação das sentenças estrangeiras, qual seja, o constante da alínea “i” do inciso I do artigo 105 da Constituição Brasileira de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/04.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que já se tornou conhecida como “A Reforma do Judiciário”, como se sabe, retirou do Supremo Tribunal Federal a competência originária para o processo de homologação

de sentença estrangeira, que passou para a seara do Superior Tribunal de Justiça (STJ), rompendo com uma tradição do direito brasileiro, que sempre atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para o exame e a homologação da sentença estrangeira.

Tal tradição remonta à Constituição de 1934, a primeira a atribuir à Corte Suprema, assim chamada naquela época, a competência para esse processo, consoante previsão do artigo 76, alínea “g”, repetida nas demais Constituições brasileiras: na de 1937, na forma do artigo 101, I, “f”; na de 1946, com previsão no artigo 101, I, “g”; na de 1967, em seu artigo 114, I, “g”; também na Constituição de 1988, em seu texto original, como deflui de seu artigo 102, I, “h”.

Na atualidade, a matéria enquadra-se no rol das competências originárias do Superior Tribunal de Justiça, em virtude da letra do artigo 105, I, “i”, da Constituição Federal, que assim dispõe: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar originariamente: [...] i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias”.

A razão pela qual a competência teria sido subtraída do STF e alocada ao STJ foi o fato de almejar-se retirar do Supremo Tribunal a competência para decidir sobre questões que não sejam exclusivamente constitucionais. Um movimento liderado por constitucionalistas e processualistas brasileiros tinha por objetivo tornar o STF uma verdadeira Corte Constitucional, alegando ter sido essa a verdadeira intenção do constituinte esboçada na Constituição Brasileira de 1988.

Assim, no particular, por essa ótica, a mudança de competência afigura-se-nos como bastante razoável, se não considerarmos que o Superior Tribunal de Justiça também opera no seu limite, abarrotado de processos. Porém a questão que se deseja levantar, e em torno da qual se unem processualistas e internacionalistas, refere-se não apenas a uma mudança de competência na matéria, mas também a uma completa modificação no figurino do instituto da homologação das sentenças estrangeiras, para destituí-lo da roupagem de um processo especial e apartado da questão principal, que tem de ser resolvido antes do exame desta e por juízes e Cortes diferentes.



Na verdade, também comungo da ideia de que a homologação da sentença estrangeira poderia dar-se de forma incidental e no bojo do processo principal, cabendo ao juiz de primeira instância, detentor da competência para o exame da causa na qual a sentença estrangeira devesse produzir os seus efeitos, a manifestação sobre a possibilidade de sua homologação e eficácia no Brasil.

A esse respeito, podemos citar a opinião favorável de Carmen Tibúrcio (2005, p. 132), que criticou o constituinte derivado por não ter modificado o processo de homologação de sentença estrangeira, permitindo que se desse incidenter tantum no bojo do processo principal, diante do juiz de 1ª instância, que ficaria incumbido de examinar as condições de exequibilidade do provimento estrangeiro no Brasil.

É certo que pode parecer, à primeira vista, uma ousadia a propositura de uma total reviravolta na disciplina da matéria, porém vários motivos justificam-na e estão, por óbvio, a merecer um estudo mais aprofundado com o amadurecimento das desvantagens e sobretudo das vantagens que a mudança poderia trazer, como a celeridade processual, a redução de custos e a compatibilidade do exercício da jurisdição com o conhecimento preliminar da causa estrangeira pelo mesmo juiz que examinaria a causa principal, o que facilitaria sobremaneira a compreensão da matéria em discussão pelo magistrado, beneficiando as partes.

Ressalte-se ainda o fato de evitar-se o exercício desdobrado da jurisdição – na atualidade, primeiramente é necessário propor uma ação de homologação na jurisdição da capital federal e posteriormente providenciar a execução na jurisdição da unidade federada. Além de reduzir delongas, evitar-se-iam os percalços naturais causados pela distância, num país de dimensões continentais como o Brasil, sem falar no ônus de ter de constituir, muitas vezes, advogados diferentes.

Por certo que alguns juízes mostrar-se-iam assustados com essa possibilidade, podendo reagir de forma negativa, alegando que a matéria de homologação da sentença estrangeira é muito peculiar e específica, por integrar o direito internacional privado, ao qual muitos não são afeitos, mormente em alguns Estados brasileiros, onde as questões desse ramo do direito

são raras e o estudo e o aperfeiçoamento profissional não compensam. Nesses locais, justamente a escassez de juízes aumenta ainda mais o trabalho dos já sacrificados e sobrecarregados magistrados de 1ª instância, que atuam como verdadeiros clínicos gerais, principalmente nos interiores. Além disso, no Brasil, a execução de sentenças estrangeiras depois de homologadas sempre foi de competência do juiz federal.

Todas essas questões são realmente relevantes, em meu sentir, porém há um dado compensador, que não pode ser menosprezado no estudo do tema: o fato de a homologação de sentença estrangeira, no sistema jurídico brasileiro, ser feita pelo sistema da delibação, que não comporta, por isso mesmo, o exame do *meritum causae*. Isso simplifica o trabalho do magistrado e não o obriga a conhecer o direito internacional privado, em profundidade, nem suas regras e princípios, como no caso de decisão dos conflitos de leis no espaço – tão comuns em regiões brasileiras de fronteiras, possuidoras de um grande contingente imigratório –, essas, sim, questões típicas de direito internacional privado.

O sistema de recepção de sentenças estrangeiras não obedece a um único padrão, nem a uma regra jurídica universal. Há países que não atribuem valor às decisões alienígenas. Há aqueles que praticam a denominada regra da reciprocidade. Há aqueles que emprestam caráter meramente probatório às decisões estrangeiras. Há ainda aqueles, nos quais se inclui o Brasil, que deferem à sentença estrangeira o mesmo valor e a mesma eficácia da decisão nacional, mediante um exame prévio de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico que a recebe, efetuando-se o chamado juízo de delibação, por meio do qual se atesta o cumprimento de requisitos necessários à nacionalização do provimento judicial, para então, em fase posterior, conferir-lhe a eficácia necessária, visando a seu cumprimento e a sua exequibilidade.

A propósito, a adoção do método da delibação é confirmada pela jurisprudência desde o tempo em que o processo de homologação de sentença estrangeira ainda era de competência originária do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2004, p. 00013).

O Brasil adota esse sistema, e o *meritum causae* de sua justiça ou injustiça que já foi apreciado no país

alienígena do qual provém o *decisum* resta intocável, cabendo ao magistrado brasileiro unicamente apreciar a competência, a observância do contraditório e a adequação do julgado à ordem pública brasileira, atentando para que esse julgado não ofenda a soberania nacional, os bons costumes e os princípios gerais de direito formadores do Sistema Jurídico Nacional.

Essas condições integram o que se chama no direito internacional de “ordem pública”, que está expressamente consagrada como princípio do direito pátrio, no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil (BRASIL, 1942), que assim se expressa: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

No geral e não apenas em sede de homologação de sentença estrangeira, não se aplica a norma alienígena, quando ela viola os princípios fundamentais da ordem jurídica interna ou quando se contrapõe à própria estrutura basilar do Estado e da sociedade que o integra. A noção de ordem pública, numa acepção mais ampla, também abrange a soberania nacional e os bons costumes.

A soberania nacional, como nos ensina Portela (2009, p. 534), “refere-se à autoridade suprema do Estado em seu território e a sua independência”. Nesse sentido, não poderão ser aplicadas normas estrangeiras que afetem essas premissas.

Segundo Neves (2008, p. 217), “os bons costumes são aqueles que se extraem dos preceitos de ordem moral, ligados à honestidade familiar, ao recato do indivíduo e à sua dignidade social, resultantes da aplicação da moral segundo entendem os povos cultos”.

Nesse viés, por óbvio, não são exequíveis no Brasil, de pronto e sem maiores indagações, algumas sentenças estrangeiras, como as que permitem a prisão do devedor por dívida civil ou mesmo a sua redução à condição de escravo ou a mutilação de seu corpo como consequência do não pagamento de seus débitos, sentenças que reconheçam a poligamia ou mesmo algumas sentenças penais que cominam penas cruéis ou desumanas, castigos corporais e psíquicos, entre outras.

Por seu turno, o artigo 15 da mesma Lei de Introdução ao Código Civil dispõe:

Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizada; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1942).

A compatibilização da decisão estrangeira com o sistema jurídico nacional é o cerne da questão relativa à homologação da sentença estrangeira, porém o mérito em si não é objeto de exame, como se pode comprovar com o procedimento de regulação dessa matéria constante da Resolução nº 09 do Superior Tribunal de Justiça, de maio de 2005, que, em seu artigo 5º, estabelece os requisitos para a homologabilidade do *decisum*, repetindo as regras insertas na Lei de Introdução ao Código Civil, já transcritas acima.

Assim, a verificação da ocorrência desses requisitos legais no *decisum* alienígena que se pretende homologar não exige o conhecimento de direito internacional, mas tão somente de regras de direito processual comuns e conhecidas à sociedade pelos magistrados, como a competência, a observância do contraditório, restando única e exclusivamente um resquício de direito internacional – o constante da Lei de Introdução ao Código Civil, que consagra as noções de ordem pública, cuja observância é fundamental e ganha maior realce nesse ramo do direito.

De mais a mais, o processo de homologação segue as regras traçadas nos artigos 8º a 12 da supracitada Resolução, sendo inaugurado por petição da parte interessada na homologação. A contestação do requerido – depois de regularmente citado, por carta de ordem, rogatória ou edital, conforme se encontre domiciliado em território nacional, no estrangeiro ou em local incerto e não sabido, devidamente certificado –, como peculiar no sistema da deliberação, limitar-se-á à impugnação das questões formais como demonstrado, ou seja, dos requisitos necessários à homologação, como a autenticidade dos documentos, o alcance da decisão etc.

Ressalte-se ainda que a sentença estrangeira, para poder vir a ser objeto de homologação, deve ter

transitado em julgado, como dispõe o artigo 15 alínea “e” da LICC e a Súmula nº 420 do STF, que exige a prova do trânsito em julgado para a homologação da sentença estrangeira.

Deve ainda a referida sentença estar autenticada pelo cônsul brasileiro do lugar onde foi proferida e acompanhada de tradução oficial.

Dessa feita, como se pode observar, a matéria tem nuances predominantemente processuais, não exigindo do magistrado de 1ª instância quase nenhum conhecimento de direito internacional privado, o que faz em consequência desmoronar as resistências opostas com esse argumento, valendo pensar na enorme utilidade prática que essa nova sistemática traria para os interessados.

Outro óbice levantado à adoção desse novo modelo de homologação de sentença estrangeira refere-se, como diriam alguns, à importância da matéria, que deve ser tratada por uma Corte Superior. Porém tal argumento é pífio e sem consistência, na medida em que a suposta inexperiência do magistrado de 1ª instância, muitas vezes recém-empossado no cargo, pode ser substituída pela sua atuação responsável e dedicada. Afinal, quantas questões tão sérias ou até bem mais sérias que essas, de extrema gravidade e importância, são decididas pelos juízes, de acordo com as suas competências, sejam ou não experientes? Por que razões então se elegeria essa questão como mais importante que as outras? Apenas por que vem do estrangeiro? Francamente não há razão.

De outra plana, em algumas regiões do Brasil, mais precisamente no Norte, pelo que temos observado, talvez devido à pequena quantidade de imigrantes e ao fato de nossas fronteiras não serem urbanizadas, nem oferecerem os recursos das grandes metrópoles, tem-se ainda a visão equivocada, a meu ver, de que as questões de direito internacional apenas afetam as elites, as grandes empresas multinacionais, o que não é mais verdadeiro na atualidade.

Com a globalização, que trouxe maior intercâmbio entre os países, com a modernização dos meios de transporte e de comunicação, vários e frequentes são os deslocamentos de cidadãos que emigram de seus países para outros em busca de melhores

condições de vida. Sua atuação no exterior, mormente em se tratando de brasileiros, deixa reflexos em nosso País, não somente nas suas famílias, mas na própria comunidade nacional como um todo, valendo notar ainda que nem sempre todos esses brasileiros enriquecem ou permanecem domiciliados no lugar para onde emigraram, necessitando na volta, muitas vezes, de fazer valer em sua Pátria direitos duramente conquistados no exterior.

Esse é, portanto – e, aliás, também –, um dado significativo, que afeta as questões relacionadas ao reconhecimento e à homologação de sentenças estrangeiras.

Por fim, não se pode deixar de reconhecer que, com a mudança de competência no trato da matéria, a visão do Superior Tribunal de Justiça, nesse particular, tem sido de vanguarda. Um exemplo é a concessão da tutela antecipada no curso da ação de homologação de sentença estrangeira – pois a Resolução nº 09 permite expressamente essa hipótese, no seu artigo 4º, parágrafo 3º –, antes não admitida pelo Supremo Tribunal Federal, que afirmava que nenhum efeito podia ter a decisão estrangeira antes da concessão da homologação. Ressalte-se que nessa época não havia regulamentação da matéria, e, na década de 80, nossa Corte Maior negava a tutela antecipada, bastando conferir a Sentença Estrangeira Medida Cautelar (SEMC) nº 3.408, na qual a solicitação de arresto de bens, no bojo de homologação de sentença estrangeira, foi negada.

A partir de 2005, pedidos de antecipação da tutela, em sede de homologação de sentença estrangeira, começaram a ser dirigidos ao STJ. Alguns foram negados, por neles não se vislumbrarem os requisitos processuais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, indispensáveis à viabilidade de toda concessão da medida antecipatória, e não por uma impossibilidade em tese. Alguns casos, porém, foram deferidos, como exemplificamos:

Trata-se de homologação de sentença estrangeira de divórcio proferida na Justiça de Primeira Instância do Estado de Massachusetts, nos Estados Unidos [...] Conforme a Resolução nº 9, de 04/05/2005- STJ é admissível a concessão de tutela de urgência no âmbito da sentença estrangeira. Viabilizada a tutela, observa-se que a hipótese dos autos está dentre aquelas em que se admite a concessão de antecipação de provimento jurisdicional. O caráter alimentar da dívida, por si só, caracteriza a

existência de risco de danos de difícil reparação, máxime, tendo em vista a pendência do julgamento definitivo de homologação. Por outro lado o requerido não contesta a paternidade, o que revela responsabilidade como genitor do menor. Tais as razões expendidas, neste momento provisório vertente, defiro o pedido para antecipar a tutela pleiteada, condenando o requerido a [...], conforme consignado em sentença estrangeira sob análise (BRASIL, 2007, destaques nossos).

[...] A das GR traz à homologação sentença de adoção da menor ASR, proferida pelo Tribunal de Família e Menores da cidade de Bissau, na República da Guiné-Bissau, como pedido de tutela antecipada a fim de que possa matricular sua filha em qualquer escola do território nacional até que seja proferida a sentença de homologação [...]. Por isso, defiro o pedido de tutela de urgência tão somente para permitir que a menor, ASR, seja matriculada em qualquer escola do território nacional até o término desta ação (BRASIL, 2006, destaques nossos).

Sei que a inovação requer amadurecimento e estudos mais profundos; como toda posição inovadora, há de consignar muitas críticas aos seus expositores, porém resalto que é um caminho que se está tentando abrir e que deve ser explorado para formularem-se conclusões.

## Referências

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, 4-9-42**: Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1942. 5 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005. Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 maio, 2005. Seção 1, p. 154; 10 maio, 2005. Seção 1, p. 163 (Republicação).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada 1601. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 ago., 2006. Seção 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Sentença Estrangeira Contestada 746/US. Relator: Ministro Francisco Falcão. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 ago., 2007. Seção 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 420, de 01 de maio de 1964. Não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 jul., 1964, p. 2183; 07 jul., 1964, p. 2199; 08 jul., 1964, p. 2239.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rcl-AgR/1908. Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 24 out 01, **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 dez., 2004, p.00013.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. A Emenda Constitucional 45/2004 e a homologação de sentença estrangeira: primeiras impressões. In: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luis Roberto (Org.). **O Direito Internacional Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dollinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-8.

NEVES, Gustavo Bregalda. **Direito Internacional público e direito internacional privado**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. 273 p.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional público e privado**. Salvador: JusPodivm, 2009. 826 p.

TIBÚRCIO, Carmen. A EC nº 45 e temas de direito internacional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.) **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.121-139.





Inocência Mártires Coelho

## Criação judicial do direito e ativismo judicial no contexto do novo constitucionalismo

### Resumo

Traz a lume questões relacionadas ao ativismo judicial e à criação judicial do direito. Analisa o novo constitucionalismo e suas características: mais Constituição do que leis; mais juízes do que legisladores; mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; mais concretização do que interpretação. Aponta o significado do novo juiz e do verdadeiro legislador, na seara da criação judicial do direito. Demonstra a importância da jurisprudência como fonte de direito, destacando as súmulas vinculantes. Analisa as perspectivas da criação judicial do direito, no início do terceiro milênio, indagando sobre o critério de verdade legitimador da imposição de crenças particulares à obediência geral, como acontece no que tange aos direitos humanos, tidos como de origem ocidental e, por isso, carentes de normatividade no outro lado do mundo, em um cenário de diversidade de valores e de conflitos interculturais.

### Palavras-chave

Ativismo judicial. Criação judicial. Novo constitucionalismo. Direitos humanos. Conflitos interculturais. Súmula vinculante. Terceiro milênio.

### Abstract

This study raises issues related to the judicial activism and the creation of judiciary laws. It analyses the new constitutionalism and its characteristics: more Constitution than laws; more judges than legislators; more principles than rules; more reasoning than classification; more concrete actions than interpretations. It points to the meaning of the new judge and the true legislator, in the sphere of the the judicial creation of the laws. It demonstrates the importance of jurisprudence as a source of right, remarking the binding judicial precedents. It examines the perspectives of creation of the judiciary laws, in the beginning of the third millenium, questions the legitimator criteria of truth for the imposition of individual beliefs for the purpose of general obedience, as observed within the human rights scope, supposedly emerged in the occidant, therefore, lacking normatization in the other side of the world, in a scenery of value diversity and intercultural conflicts.

### Key words

Judicial activism. Judicial creation. New Constitutionalism. Human Rights. Intercultural Conflicts. Binding Judicial precedent. Third millenium.

# Criação judicial do direito e ativismo judicial no contexto do novo constitucionalismo\*

Judicial creation of laws and activism in the context of the new constitutionalism

Inocência Mártires Coelho\*\*

## Introdução

Assumindo-se que a gramática do tema é a higiene da controvérsia (OTERO Y VALENTIN, 1929, p. 23), o ponto de partida destas reflexões há de ser o prévio esclarecimento do que se entende por ativismo judicial e por criação judicial do direito, dois conceitos que, sendo muito próximos, dão lugar a desentendimentos e controvérsias, o mesmo ocorrendo com os conceitos afins de criação e de interpretação do direito, que, aparentemente contrapostos, a rigor, são interdependentes, pois sem a atividade hermenêutica os enunciados normativos abstratos e gerais, criados pelo legislador, não se aplicam às situações da vida, naturalmente singulares e concretas, com que se defronta o juiz no ato de julgar. A mesma necessidade apresenta-se, obviamente, em relação ao conceito de novo constitucionalismo, que se impõe precisar, até porque é seu contexto que iremos analisar tanto o ativismo judicial quanto a criação judicial do direito.

Pois bem, se tivermos presente o fenômeno contemporâneo do avanço das leis sobre os chamados “espaços livres do direito”, numa “hipertrofia legislativa” que se reflete negativamente sobre a própria segurança jurídica, veremos que mais e mais se incrementa a atividade hermenêutica, a reboque dessas

\*Palestra proferida no II Encontro Jurídico, evento promovido pela Escola Superior da Magistratura (ESM), do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA), no dia 7 de outubro de 2010, em Belém do Pará.

\*\*Doutor em Direito. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

“multidões de leis” e de “furacões normativos”, que a todo instante se abatem sobre nós, por obra e graça de “legisladores motorizados”, que de tanto legislar acabam provocando uma hipostenia legislativa, ou seja, o enfraquecimento da força de lei, tão cara ao Estado de Direito<sup>1</sup>.

Independentemente desses fatores conjunturais, num plano mais sofisticado, de extração filosófica, Reale proclama a existência de uma essencial correlação entre ato normativo e ato interpretativo, elementos que se coimplicam e se integram e que só podem ser separados por abstração, para atender a exigências da pesquisa analítica (REALE, 1968, p. 247; 1978, p. 77 e nota 5).

Noutras palavras, criação, interpretação e aplicação do direito são fenômenos correlatos, que **não podemos separar — senão para efeito de análise — quando estudamos o chamado** ativismo judicial, que outra coisa não é senão a concretização do direito, por juízes e tribunais, em desacordo com o princípio da separação dos poderes em sentido forte, cujo alcance político acha-se

1 Para uma visão geral desse problema, ver, entre outros, Karl Larenz (1978, p. 429); A. E. Pérez Luño (1993, p. 80); José Luis Palma Fernández (1997, p. 13-15); Gustavo Zagrebelsky (1999, p. 39); Gema Marcilla Córdoba (2005, p. 186); e Luis Prieto Sanchís (1998, p. 27).

delineado nestas palavras de Montesquieu (1962, v.1, p. 181), o mais famoso dos seus idealizadores:

A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

À primeira vista, numa interpretação literal desse texto clássico, poder-se-ia dizer que o ativismo judicial, na medida em que implica a criação de normas jurídicas por quem não é legislador, configuraria atividade vedada à magistratura. Uma reflexão mais acurada, no entanto, acabará justificando certo incremento desse **ativismo judicial — inclusive nos sistemas jurídicos de tradição continental —, chegando mesmo a evidenciar** que ele se faz indispensável para realizar a Constituição e tornar efetiva a defesa dos direitos fundamentais em face do legislador (GASCÓN ABELLÁN apud SEGURA ORTEGA, 2006, p. 25, nota 40).

#### Ativismo judicial e criação judicial do direito

Com esse esclarecimento prévio, deve-se entender por ativismo judicial o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que, institucionalmente, incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo tanto litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses), quanto controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Trata-se, portanto, de uma expressão que

está associada à ideia de exorbitância de competência pelo Judiciário, razão por que chamar-se de ativista a um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional, uma espécie de mau comportamento ou de má consciência dos juízes e tribunais acerca do seu papel e dos limites em que devem desempenhá-lo no sistema de separação de poderes do Estado Constitucional de Direito (RAMOS, 2010, p. 129, 138; LEAL, 2010, p. 24).

Críticas à parte, consolam-nos as palavras de Carrió, a nos dizer que em torno da expressão “os juízes criam direito” existe uma polêmica que parece interminável, não se sabendo ao certo se essa briga é apenas uma questão de fato, um desencontro puramente verbal ou, talvez, um desacordo de atitude entre os vários contendores (CARRIÓ, 1994, p. 105-114).

Diversamente do ativismo judicial, que desrespeitaria tais limites, já a criação judicial do Direito seria o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei para o singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que outra coisa não é senão dar a cada um o que é seu, tratando igualmente os iguais e desigualmente dos desiguais, na medida da sua desigualdade.

Nesse sentido, o clássico Jean Cruet (1908, p. 26) afirmou, no começo do século passado, que o juiz, esse “ente inanimado” de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional, uma ideia de resto compartilhada tanto por Henri De Page (1925, v. 1, p. 74-75), para quem a lei é uma fórmula incompleta e tardia, que depende da doutrina e da jurisprudência para encontrar novos caminhos, quanto por Puig Brutau ([1951?], p. 19), ao dizer que o legislador nos dá a sensação de um míope equipado com uma arma poderosa, porque só se decide a atuar quando o objetivo a que se propõe já está traçado por uma série de necessidades acumuladas; e, ainda, por Bruno Heusinger, ao proclamar, em 30 de março de 1968, no seu discurso de despedida da presidência do Tribunal Federal da Alemanha, que o ato de conhecimento do juiz é, simultaneamente,



pensamento e ação, e que vida de juiz é vida ativa, e não vida contemplativa, uma auto-análise tão realista quanto o reconhecimento, por parte de Zaffaroni (1994, p. 109), de que o juiz asséptico, imparcial, objetivo ou incondicionado é uma impossibilidade antropológica.

Assim vistas as coisas, pode-se dizer, em resumo, **que qualquer avaliação crítica — criticar é distinguir — do problema do ativismo judicial implica delimitar-se a fronteira entre criação judicial do direito conforme e criação judicial do direito desconforme com o traçado constitucional da separação dos poderes, fórmula que funciona bem nas situações de clara ultrapassagem dessa fronteira, mas é de escassa ou nenhuma utilidade nos casos em que o próprio texto da Constituição — pela sua abertura semântica — comporta múltiplas leituras que, embora distintas, são igualmente defensáveis ou plausíveis.**

Dáí a observação de Karl Larenz (2005, p. 414), a nos dizer que o jurista considera “plausível” uma resolução quando pelo menos haja bons argumentos que apontem tanto no sentido da sua correção, quanto em sentido oposto.

A sensação de estranheza que nos causam essas palavras **desaparece se tivermos presente — sobretudo em sede de interpretação constitucional — que um conteúdo normativo vinculante não se obtém de um texto normativo marco; que não é possível subordinar-se a interpretação a algo que ela mesma irá produzir; ou, ainda, e finalmente, que sendo indeterminadas as normas constitucionais objeto de exegese, seu significado só se revelará ao final da interpretação, para a qual, por isso mesmo, em sua literalidade, essas normas não podem servir de ponto de partida (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 32, 34).**

Mesmo assim, essa liberdade do intérprete/aplicador do direito, por outro lado, há de ser uma liberdade responsável e autocontrolada, pois não lhe é dado introduzir na lei o que deseja extrair dela, tampouco aproveitar-se da abertura semântica dos textos normativos para neles inserir, fraudulentamente, conteúdos que, de antemão, ele sabe serem incompatíveis com esses enunciados (BETTI, 1975, p. 32-33; LARENZ, 2005, p. 493). Afinal, é de ciência elementar, no âmbito da teoria do conhecimento, que o objeto transcende o

sujeito, o qual, por isso mesmo, deve respeitar a autonomia/alteridade desse objeto, sob pena de inviabilizar o próprio evento cognitivo, na medida em que esse evento **consiste, precisamente, na apreensão — não na criação! — do objeto pelo sujeito do conhecimento, ainda que essa apreensão decorra ou dependa do trabalho do sujeito sobre o objeto que ele intenta conhecer**<sup>2</sup>.

Nesse sentido é o ensinamento de Gadamer (1993, v. 1, p. 335 e 440, 1994, v. 2, p. 123), para quem uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o começo, à alteridade do texto, sem que isso signifique neutralidade ou autodestruição diante dele; que uma verdadeira compreensão exige confronto/interação entre as verdades do intérprete e as verdades do texto; e que, enfim, uma coisa é respeitarmos a alteridade/transcendência do texto e outra, bem diversa, é adotarmos uma postura de “objetividade eunuca”, que a tanto equivale nos postarmos, passivamente, diante do texto sem lhe provocar com alguma pergunta.

No domínio da experiência jurídica, esse modo de ver a relação sujeito/objeto do conhecimento jurídico remonta aos clássicos, como o já citado Henri De Page (1925, v.2, p. 123, 125), para quem o de que se trata é de construir uma teoria adaptada aos fatos, decorrente deles e suficientemente ampla e precisa para ponderar os prós e os contras; uma teoria que seja capaz de estabelecer um critério apto a precisar a esfera de intervenção do juiz e de separá-la daquela outra, imaginada e obscuramente pressentida, na qual o poder criador do juiz ficará interditado, no todo ou em parte, em razão de incompatibilidades objetivas, a serem determinadas; enfim, uma teoria apta a traçar a linha demarcatória entre a autoridade da lei e a liberdade da jurisprudência.

Afinal, como observa esse famoso jurista (PAGE, 1925, p. 334), a controvérsia sobre a autoridade da jurisprudência é tão velha quanto o direito, o que significa dizer que legislador e juiz desde sempre andaram juntos, ora mais próximos, ora mais afastados, o que não tem nada a ver — é bom que se esclareça — com os

2 Sobre a importância do fator subjetivo no processo do conhecimento, ver Adam Schaff (1987, cap. 1, p. 65-98).

regimes autoritários, nos quais os detentores do poder ditam as normas – por isso são (des)qualificados como ditadores – que eles mesmos aplicam ditatorialmente.

Para posterior desenvolvimento, registramos que, em relação aos tribunais constitucionais, essa visão do ativismo judicial como prática ofensiva ao dogma da separação de poderes é rejeitada por juristas de expressão, como é o caso de Mauro Cappelletti (1961, v. 2, n. 3, p. 38), por exemplo, para quem, dada a singular posição institucional de que desfrutam – situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes –, as cortes constitucionais não podem ser enquadradas nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os legislativos, nem muito menos entre os órgãos executivos, porque a elas pertence de fato uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos Poderes tradicionais, antes se projeta de várias formas sobre todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência das normas constitucionais.

Mais expressiva, ainda, no particular, é a posição de Ignácio de Otto (2007, p. 302-303), por exemplo, para quem, em realidade, a atribuição de valor vinculante à jurisprudência é o único modo de se manter a própria separação de poderes, que estaria comprometida caso a interpretação das leis ficasse a cargo do próprio legislador, que as edita, e não do juiz, um terceiro imparcial, que fixa o sentido das normas à luz dos casos e controvérsias, complementando, por essa forma, a tarefa legislativa, sempre incompleta e tardia.

## O novo constitucionalismo

Apesar de algumas divergências – algumas substanciais, outras nem tanto – em conceituar, com precisão, esse movimento de ideias, há uma razoável convergência entre os juristas em dizer que o autodenominado novo constitucionalismo pode caracterizar-se pelos traços gerais indicados a seguir, todos vinculados ou referentes à chamada interpretação especificamente constitucional, ou, se preferirmos, à nova interpretação constitucional, que outra coisa não é senão uma leitura aberta da Constituição em que os intérpretes/aplicadores vão refazendo a Carta Política, a compasso das alterações no prisma

histórico-social de aplicação do seu texto, embora todos tenham o cuidado de afirmar que a sua criatividade não ultrapassa o sentido literal possível dos preceitos constitucionais<sup>3</sup>.

- a) mais Constituição do que leis;
- b) mais juízes do que legisladores;
- c) mais princípios do que regras;
- d) mais ponderação do que subsunção;
- e) mais concretização do que interpretação.

Dado o efeito irradiante da interpretação constitucional por todo o ordenamento jurídico, convém dispensarmos atenção a todos esses aspectos do novo constitucionalismo, até porque eles configuram e/ou sintetizam uma verdadeira mudança de paradigmas ou, mesmo, uma total subversão dos esquemas de pensamento do constitucionalismo tradicional, tal como ele surgiu e se desenvolveu desde o final do século XVIII até praticamente todo o século XX<sup>4</sup>.

Para tanto, começemos pela prevalência da Constituição, que antes se considerava como fonte mediata ou, simplesmente, como fonte das fontes do direito, conferindo-se à lei a função de regular de forma direta, imediata e soberana, todas as relações sociais, e ao legislador, a mais ampla liberdade de conformação, sob o entendimento de que a lei – expressão sempre renovada da vontade geral – era congenitamente legítima e os seus autores, como representantes e/ou tradutores dos anseios do povo, não deveriam submeter-se a controle ou censura estranhos aos parlamentos.

Sob o novo constitucionalismo, a Constituição, que no passado era um simples catálogo de competências e de fórmulas exortativas, preceitos que não vinculavam o legislador – nesse sentido ela era apenas um texto político, sem pretensão de injuntividade –, assume, agora, a função de norma suprema e fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico,

3 Para uma visão sumária dessa temática, inclusive confronto de posições, ver Miguel Carbonell (2007, 2005). Sobre o neo-constitucionalismo no Brasil, ver Luis Roberto Barroso (2009, p. 306-350); Elival da Silva Ramos (2010, p. 279-288); e Carlos Bastide Horbach (2007, v. 96, n. 859, p. 91).

4 Sobre a importância e as funções da interpretação constitucional para a totalidade do ordenamento jurídico, ver Pablo Pérez Tremps (1985, p.120); e Jerzy Wróblewski (1985, p. 93-114).

compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de normatividade própria e imediatamente eficaz – a chamada força normativa da Constituição, a que todos se reportam nos dias atuais (HESSE, 2009, p. 123-146; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1985, p. 35-61). Quanto à Lei, antes soberana, viu-se rebaixada à condição de ato infraconstitucional, sujeitando-se, inclusive, a controle de validade ou legitimidade, formal e material, em face da Constituição, exercido por todos os agentes oficiais da sua interpretação/aplicação, desde os órgãos da jurisdição ordinária, que habitualmente a manejam, até as cortes constitucionais, que estão acima dos demais Poderes e, por isso mesmo, desfrutam de prerrogativas infinitamente maiores do que as que eram reconhecidas ao legislador recém-destroado. É precisamente esse o sentido da expressão mais Constituição do que leis, a evidenciar a supremacia e a aplicabilidade direta da Carta Política e não a existência de muitas constituições, o que seria uma rematada tolice, porque todos sabem que em qualquer Estado de Direito existe só uma Constituição e leis as mais diversas.

Como consequência necessária e imediata dessa supremacia e aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais, tem-se a segunda característica desse novo constitucionalismo – mais juízes do que legisladores –, a sinalizar para o reconhecimento e a importância dos novos juízes como legítimos criadores do direito e não apenas reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, não resolvem os problemas suscitados pela convivência humana. Afinal, como ensina Emilio Betti (1975, p. 28), o intérprete não trabalha com meras suposições, mas apenas com o feito ou o falado, observação a que se pode acrescentar – para justificar e exaltar a criatividade judicial do direito –, o ensinamento de Oliver Wendell Holmes, a nos dizer que proposições gerais não resolvem casos particulares e que as decisões dependem de juízos ou intuições mais sutis do que qualquer articulada premissa maior (PUIG BRUTAU, s/d, p. 49, nota 1).

Quanto à terceira característica do novo constitucionalismo – mais princípios do que regras –, o que temos diante de nós é a constatação de que, hoje em dia, reconhecida a não-correspondência entre texto e norma, os preceitos materialmente constitucionais

apresentam-se sob a forma de enunciados abertos e, por isso, portadores de múltiplos significados, a serem revelados/atribuídos por seus intérpretes/aplicadores, em cada situação hermenêutica. Nesse sentido, todo princípio – em verdade todo enunciado jurídico – é plurinormativo, porque dele podemos extrair mais de uma norma, como atestam as constantes mutações normativas e as famosas viragens da jurisprudência. Sob essa ótica, com a locução mais princípios do que regras o que se quer dizer é que, para o novo constitucionalismo, a chamada matéria constitucional deve exteriorizar-se através de enunciados normativos cuja latitude semântica não se quer e não se deve delimitar a priori e abstratamente, antes apenas na concreta situação hermenêutica em que se encontram os intérpretes/aplicadores dos preceitos constitucionais, cuja abertura e imprecisão não resultam do eventual descuido dos seus autores, mas da necessidade de que esses enunciados ensejem leituras sempre renovadas ou temporalmente adequadas, de todo indispensáveis à preservação/regeneração da força normativa da Constituição. Daí estas palavras de Hesse (2009, p. 133) sobre a necessidade do permanente aggiornamento da Constituição em face da realidade social: “quanto mais o conteúdo da Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento da sua força normativa”.

De outra parte, a própria gênese e o modo como os princípios são positivados no texto das constituições evidenciam que eles possuem, igualmente, uma importante dimensão institucional, como fatores de criação e manutenção de unidade política, na medida em que, nos momentos constituintes, por exemplo, graças à amplitude e à indeterminação do seu significado, esses enunciados normativos viabilizam acordos ou pactos de convivência sem os quais as disputas ideológicas seriam intermináveis, e os conflitos delas resultantes não permitiriam a promulgação consensual das leis fundamentais (VITAL MOREIRA, 1980, p. 73).

Intimamente ligada a essa terceira nota distintiva, a rigor apenas uma consequência do que nela se contém, a quarta característica do movimento neo-constitucionalista – mais ponderação do que subsunção – traduz a singularidade da chamada interpretação

especificamente constitucional, como hermenêutica de princípios, em cujo âmbito não podemos tornar operativos esses enunciados normativos utilizando o raciocínio silogístico e a técnica da subsunção, porque tais procedimentos só funcionam na aplicação de preceitos cujas hipóteses de incidência e respectivas consequências jurídicas são previamente determinadas pelo legislador, conforme o clássico enunciado se A, então B, em que o elemento A representa o suposto de fato ou hipótese de incidência, cuja ocorrência, no mundo real, enseja determinada consequência – o elemento B –, no mundo do direito.

Considerando que no âmbito dos princípios jurídicos – como pautas axiológicas abertas e indeterminadas –, esses elementos não são estabelecidos, desde logo, pelo legislador, até porque traduzem apenas razões para que se decida num ou noutro sentido, o modo de operar com eles exige que os intérpretes/aplicadores avaliem essas razões, optando – após meditada ponderação –, pela solução que se lhes mostre correta e justa em cada situação hermenêutica. A rigor, não se trata de conferir primazia a um princípio em face de outro, mas apenas da inaplicabilidade daquele que for eventualmente afastado, funcionando como **suposto de fato da regra de decisão – que, então, necessariamente, se formula –, as circunstâncias do caso** e, como consequência jurídica, a que se extraiu do princípio ao qual se atribuiu peso maior (CIANCIARDO, 2000, p. 200-201). Lembrando Carlos Cossio, em citação de Castanheira Neves (1993, p. 172), dir-se-ia que, à semelhança do que se faz com as leis, é possível aplicarem-se princípios por subsunção, mas só depois de os escolhermos por valoração.

Quanto à quinta e última característica do novo constitucionalismo – mais concretização do que interpretação –, para bem compreendê-la devemos ter presente, mais uma vez, a distinção entre regras e princípios, as primeiras a demandarem a descoberta do seu sentido, seja ele o que foi idealizado subjetivamente pelo legislador empírico, seja o que, independentemente da sua vontade ou mesmo à sua revelia, acabou se fixando objetivamente no texto e, como tal, há de ser levado em conta pelos seus intérpretes/aplicadores; os segundos, os princípios jurídicos, cuja abertura semântica não nos permite falar

de apenas um, mas de múltiplos significados, de significados excedentes (COING, 2002, p. 329) que são postos à disposição dos seus operadores para que os concretizem à luz das peculiaridades do caso.

A propósito, relembremos, com Böckenförde (1993, p. 126-127), que enquanto a interpretação é uma indagação sobre o conteúdo e o sentido de algo precedente, já a concretização é o preenchimento criativo de uma pauta que se volta para o futuro e que permite aos seus intérpretes/aplicadores optar pela leitura que lhes parecer mais adequada à realização da justiça como referente fundamental da ideia de direito.

Diante de tudo quanto foi exposto, parece plenamente justificada a assertiva de Rubio Llorente (1984, p. XVII) ao dizer que, atualmente, a doutrina da interpretação é o núcleo essencial da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, assim como da Teoria do Estado e, de alguma forma, até mesmo da própria Teoria do Direito, na medida em que os traços fundamentais desse novo constitucionalismo, a depender do ponto de vista em que os analisemos, tanto podem ser causa como consequência da interpretação constitucional.

A inevitável e necessária criatividade do intérprete/aplicador do direito, sobretudo em sede constitucional

Em definitivo – porque ninguém nega que, nalguma medida, quando decide, todo juiz sempre cria direito (CAPPELLETTI, 1993, p.13-27; ASIS ROIG, 1995, p. 281-282, 300) –, o essencial não é sabermos se o julgador pode ou deve assumir papel ativo e autônomo na elaboração do direito, mas determinarmos de que maneira e em que limites se dará essa inevitável e necessária colaboração, até porque, via de regra, toda lei precisa de consistência judicial, vale dizer, de uma espécie de juízo de validação do Judiciário, para que se considere definitivamente em vigor, sendo certo, ademais, que a participação dos juizes na criação do direito varia, significativamente, conforme o tipo de norma que se trata de interpretar, aplicar e desenvolver (PAGE, 1925, p. 123; LEVI, 1971, p. 47; PRIETO SANCHÍS, 1993, p. 136-137; CANIVET, 2007, p. 7-32).

Ilustrativa, no particular, é a mensagem enviada ao Congresso Americano em 8 de dezembro de 1908, pelo presidente dos Estados Unidos, Theodore Roosevelt, que mesmo não sendo jurista, teceu estas certas considerações sobre o papel dos juízes na formação do direito:

Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas (CAPPELLETTI, 1993, p. 5).

Por essas e outras é que, diante da latitude do texto constitucional norte-americano e da conseqüente liberdade para interpretá-lo, Alexander Pekelis chegou a dizer que, a rigor, os Estados Unidos não teriam uma constituição escrita.

São desse jurista as palavras transcritas a seguir, que se tornaram clássicas em tema de interpretação constitucional e de criação judicial do direito.

Devemos recordar que em certo sentido os Estados Unidos não têm uma constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contêm senão um apelo à honestidade e à prudência daqueles a quem é confiada a responsabilidade da sua aplicação. Dizer que a compensação deve ser justa; que a proteção da lei deve ser igual; que as penas não devem ser nem cruéis nem inusitadas; que as cauções e as multas não devem ser excessivas; que as investigações ou as detenções não devem ser motivadas; e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar sem o devido processo legal, tudo isso outra coisa não é senão autorizar a criação judicial do direito, e da própria Constituição, pois a tanto equivale deixar que os juízes definam o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual (PEKELIS, 1951, p. 125).

Sob essa mesma compreensão do papel dos juízes e tribunais na criação do direito, sobretudo em sede

constitucional, assim se expressou o erudito Francisco Campos, então Ministro de Estado da Justiça, em discurso proferido na solenidade de abertura dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal (STF), em 2 de abril de 1942:

Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva, mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular. O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie (CAMPOS, 1942, p. 367, grifos nossos).

Presentes todas essas considerações, provindas de distintos setores, evidencia-se o acerto daqueles que veem o direito como um “razoável processo de ajuste interpretativo”, como um trabalho de constante adequação do direito às situações da vida, como um labor, enfim, que é fruto da *iuris prudentia* – da qual a prudência judicial é a prudência jurídica por excelência –, e não apenas de eventuais modificações legislativas ou de novidades capazes de provocar supostos casos difíceis (OLLERO TASSARA, 1989, p. 95; MASSINI, 1983, p. 47).

A regra de reconhecimento e os tribunais constitucionais como legisladores positivos

De outra parte – o que é da maior importância –, o acolhimento das leis pelos juízes parece ser o elemento decisivo para se dizer se uma norma pertence de fato a um sistema jurídico – a chamada regra de reconhecimento (HART, 2007, p. 111-135) – uma realidade que se evidencia em sede de controle de constitucionalidade das leis, por exemplo, onde as cortes constitucionais ora excluem, ora confirmam, ora transformam, ora interpretam, ora, até mesmo, chegam a revelar normas que, até esse momento, ninguém imaginava que integrassem os ordenamentos em que emergem por força desses *veredictos* judiciais, o que, tudo somado, parece remeter

para o museu da história a velha tese kelseniana de que, ao julgar a constitucionalidade das leis, os tribunais constitucionais só poderiam agir como legisladores negativos (KELSEN, 1990, p. 261, 1928, t. 45, p. 224, 2003, p. 152).

Um ligeiro passar de olhos nos julgados das cortes constitucionais em alguns países – sobretudo nas chamadas sentenças normativas –, ilustra, sobejamente, o crescimento dessa heterônoma legislação judicial, o que levou alguns juristas a se perguntarem, entre perplexos e apreensivos, se já não estaríamos vivenciando uma efetiva transferência do poder político do legislador para o juiz; e se, diante da onipotência do Judiciário, o atual Estado constitucional de Direito não seria uma simples máscara ideológica, com que se disfarça um verdadeiro Estado judicial de Direito (SAMPAIO, 2002, p. 206-225, 2001, p. 159-194; NOBRE JÚNIOR, v.1, n.13, jul./set. 2006, p. 35-73; MARTÍN DE LA VEJA, 2003; PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 120; ANDRÉS IBÁÑEZ, 1988, p. 120; DÍAZ, 1998, p. 110).

Não por acaso, ao se referirem aos tribunais constitucionais e aos seus integrantes, os críticos mais acerbos costumam chamá-los de quarto poder, gabinetes na sombra, variantes do poder legislativo, legisladores complementares, parlamentos de notáveis, legisladores positivos, juízes soberanos, contra-capitães, instâncias supremas de revisão ou, ainda, de constituintes de plantão, a evidenciar o inconformismo desses juristas com o que chamam de um novo governo dos juízes, reputado incompatível com o Estado democrático de Direito<sup>5</sup>.

No Brasil, sob aplausos de uns e críticas de outros, também nos deparamos com o STF a criar direito novo, embora com a cautela de anunciar que as normas emergentes dos seus julgados não surgiram do nada, antes foram apenas extraídas da própria Constituição, em que estavam insinuadas, latentes ou implícitas, como que à espera do momento oportuno para se mostrarem às claras.

Tal foi o caso, por exemplo, da sentença em que o tribunal – num exercício candente de ativismo judiciário, no dizer de Elival da Silva Ramos –, assentou o entendimento de que os mandatos políticos – no Legislativo e

no Executivo – pertencem aos partidos, razão por que haverão de perdê-los todos os que abandonarem as suas legendas, seja trocando de partido, seja simplesmente desligando-se, sem justa causa, da agremiação pela qual se elegeram<sup>6</sup>.

## O novo juiz e a criação judicial do direito

Aceita, apenas para debate, essa distinção genérica entre ativismo judicial e criação judicial do Direito, podemos dizer, com Larenz (2005, p. 521), que somente uma época que identifique o Direito com a lei e esta com a vontade do legislador, assim como uma concepção instrumental do Direito ou uma concepção para a qual valem mais a segurança jurídica e a calculabilidade das resoluções do que a justiça, propende a reduzir a faculdade do juiz em relação à interpretação das leis e a negar o desenvolvimento aberto do Direito.

Se, ao contrário, tivermos presente que a lei não esgota o Direito, antes exige, quando necessário, concretizá-lo para além do sentido literal dos enunciados normativos, a função do juiz não se resumirá a dizer um direito previamente posto e sobreposto, tampouco a servir de mero porta-voz do legislador, como preconizava Montesquieu (1839, t. 1, p. 193, 196, 1962, v.1, p. 185, 187), que reduzia o juiz à condição de boca que pronuncia as palavras da lei, e a função de julgar, a uma espécie de prerrogativa de certo modo nula.

Diversamente, esse novo juiz é aquele que faz o direito no momento em que decide as causas e controvérsias, porque verdadeiro legislador não é a pessoa que por primeiro escreveu ou ditou quaisquer normas jurídicas, mas quem dispõe de autoridade absoluta para interpretá-las, uma prerrogativa que se potencializa quando os enunciados normativos não veiculam comandos precisos ou regras de direito, antes se apresentam como fórmulas abertas, como princípios jurídicos, que

5 Sobre essas denominações críticas, cf., por todos, Helmut Simon, 1996, p. 838.

6 Seguindo esse entendimento, o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal (TRE-DF), em 16/3/10, por 4x3 votos, cassou o mandato do então governador do DF, José Roberto Arruda, por infidelidade partidária, caracterizada, no caso, pela sua autodesfiliação partidária sem justa causa. A corte seguiu o voto do desembargador Mário Machado, que entendeu não ter havido motivo justo para que Arruda deixasse o Democratas (DEM), partido sob cuja legenda se elegera. Ameaçado por um processo no Conselho de Ética do partido, Arruda preferiu se desfiliat a ser expulso daquela agremiação partidária.

servem de ponto de partida e de apoio para que o julgador construa a decisão que repute correta e justa em cada situação hermenêutica (KELSEN, 1969, p. 182-183; LARENZ, 1978, p. 398).

Destarte, a precedência cronológica, no escrever como no falar, não tem a menor importância para a injuntividade do direito, porque só é juridicamente obrigatório, mesmo, aquilo que vier a ser estatuído no ato e no momento da decisão, e isso apenas por quem a tanto esteja institucionalmente autorizado, porque no Estado constitucional, como Estado de competências, só cria direito quem disponha de competência para fazê-lo (KRIELE, 1980, p. 151).

Aprofundando-se um pouco mais a análise do processo de realização do direito, percebe-se que no começo da atividade hermenêutica está o texto da lei, só aparentemente claro e fácil de aplicar, e no final – se este existe –, entretecida em torno do texto, encontra-se toda uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua aplicação no caso singular e que transmutou amplamente o seu conteúdo, a ponto de, em casos extremos, torná-lo quase irreconhecível. Um estranho resultado daquilo que o jurista se habituou a denominar simplesmente “aplicação das normas”, mas que um mínimo de sinceridade nos impõe reconhecer como aberta criação judicial do direito (LARENZ, 1989, p. 250).

E isso para não falarmos nos casos de falta de normas, em que o intérprete/aplicador – obrigado a dizer o direito – tem não apenas o poder, mas, sobretudo, o dever de formular a regra de decisão, tarefa da qual se desincumbe, como observa Reale, correlacionando dois princípios jurídicos fundamentais: o de que o juiz não pode se eximir de julgar a pretexto de haver lacuna ou obscuridade da lei; e o de que, na omissão da lei, deve proceder como se fora legislador (REALE, 1994, p. 70).

### A jurisprudência como fonte do direito

E tamanha é a naturalidade com que se aceita e prestigia essa legislação judicial, que já se tornou lugar comum entre os juristas conferir-se à jurisprudência o status de fonte imediata do direito, sendo cada vez mais expressivos e numerosos os estudos sobre a

normatividade das decisões judiciais, em diferentes latitudes do mundo jurídico, assim como a publicação, em ritmo frenético, dos mais variados repertórios de jurisprudência<sup>7</sup>.

Nesse panorama há mesmo quem afirme que, nalguns países, como na França e na Alemanha, por exemplo, onde a jurisprudência, em certos domínios, está em primeiro plano na evolução do direito, as obras de doutrina, muitas vezes, limitam-se à exegese da jurisprudência, um fato que se observa na atual cultura jurídica brasileira (DAVID, 1986, p. 117).

No âmbito legislativo, o mais destacado exemplo do reconhecimento e da inexorabilidade da força normativa dos precedentes judiciais é o artigo 557 do nosso CPC, ao consignar que o relator negará seguimento a recurso que esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior, assim como, pelo mesmo fundamento, proverá recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com tais paradigmas, o que, tudo somado e já ampliado por decisões em torno desse dispositivo, significa atribuir força de lei às interpretações judiciais consolidadas, postura que, entre nós, remonta aos antigos Prejulgados da Justiça do Trabalho, enunciados normativos que o STF – então prisioneiro da separação dos poderes em sentido forte – declarou inconstitucionais, mas neles acabou se inspirando para patrocinar, 60 anos depois, a constitucionalização da chamada Súmula Vinculante, uma espécie de super-lei, que a todos se impõe, menos ao próprio STF, pois só a ele compete criar, alterar ou cancelar esses enunciados normativos, ainda que por provocação de terceiros.

A propósito, embora pela letra da Constituição (art. 103-A), a normatividade das Súmulas Vinculantes não se imponha ao Poder Legislativo, na prática o Parlamento acaba sofrendo, ainda que reflexamente, os efeitos inibidores de que são dotados esses enunciados hermenêutico-normativos, pois em sã consciência dificilmente algum deputado ou senador se animará a propor projetos de lei na contramão do que, em

7 Ver, entre vários outros, Tucci (2004); Asís Roig (1995); Gascón Abellán (1993); Segura Ortega (2006); Vásquez et al (2003); Prieto Sanchis (1993); Rigaux (2000).

matéria constitucional, tenha sido decidido pelo STF. E mesmo se tal proposta vier a se converter em lei, esse ato legislativo não acarretará o cancelamento definitivo de Súmula Vinculante acaso afrontada por ele, pela simples razão de que o STF sempre poderá invalidá-lo em sede de controle de constitucionalidade.

Em síntese, embora previstas como atos normativos infraconstitucionais, na prática as Súmulas Vinculantes do STF acabam dotadas de pretensão de injuntividade idêntica à de que desfrutam os preceitos da nossa Constituição, tal a contiguidade entre o texto constitucional e a interpretação que lhe confere esse tribunal, o que, de resto, pode-se dizer em relação a outras cortes constitucionais, como a da Colômbia, por exemplo, para a qual “entre as suas interpretações e a própria Constituição não cabe sequer uma folha de papel” (MORA RESTREPO, 2009, p. 21).

Diante desse estado de coisas, a configurar uma verdadeira judicialização do direito, tem razão René David (1986, p. 118) quando observa que, para se ter a visão justa da questão, mais do que as fórmulas dos autores e às obras de doutrina, é necessário atentar para um outro fator, que é a existência e o desenvolvimento das compilações e repositórios de jurisprudência, obras que não são escritas para uso dos historiadores do direito e dos sociólogos, tampouco para o prazer dos seus leitores, mas sim para uso dos juristas práticos, só se explicando a sua existência, se a jurisprudência for, no verdadeiro sentido desta expressão, uma autêntica fonte do direito.

No âmbito do direito público, é de merecer registro, igualmente, a observação de López Aguilar (1998, p. 60), a nos dizer que o Direito Constitucional já não é apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, mas também a bagagem de padrões hermenêuticos desse bloco normativo incorporada na jurisprudência constitucional, ideia presente, no essencial, tanto na frase do juiz Hughes<sup>8</sup>, de que os Estados Unidos vivem sob uma Constituição, mas que essa carta política é aquilo que os seus juizes dizem que ela é, quanto na observação,

esta do jusfilósofo espanhol Elias Díaz (1998, p. 22), de que o direito compõe-se não apenas de normas, mas também do trabalho dos seus operadores.

Por tudo isso, não parece absurdo dizer-se que, na sua formulação legal, a norma jurídica – alheia às circunstâncias de cada caso – há de ser, por princípio, abstrata e geral e, não raro, por isso mesmo, necessariamente injusta, raciocínio que encontra correspondência no pensamento do famoso juiz Holmes, para quem as proposições gerais não resolvem os casos particulares e, por isso, a decisão a ser proferida dependerá de um juízo ou intuição mais sutil do que qualquer articulada premissa maior (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, 2000, p. 76; HOLMES apud PUIG BRUTAU, s/d, p. 49, nota 2).

Disso tudo – não é demais repetirmos – emerge, agigantada, a figura do juiz, antes um mero executor de comandos legislativos, vindos de cima e de fora, hoje um legítimo criador do direito, se não através de normas abstratas e gerais, dotadas de eficácia erga omnes – comandos que ainda são privativos do legislador –, ao menos como regras de decisão, de todo indispensáveis para que se individualizem e se concretizem as palavras da lei.

De mais a mais, como assinala o mesmo Puig Brutau, s/d, p. 50), se as regras gerais decidissem os casos particulares, o Direito só evoluiria com a promulgação de leis de caráter geral, o que é contrariado pela história, a nos mostrar que nos séculos XIX e XX, por exemplo, não só na América como noutras partes do mundo, os grandes avanços do Direito decorreram da atividade prática dos juristas, ainda que muitos deles não se deem conta da sua capacidade criadora e alimentem a mais ingênua confiança no valor do método dedutivo, acreditando que é da lei, como premissa maior, que se extraem, por derivação silogística, as soluções para os casos concretos.

E a tal ponto vai essa atuação judicial instauradora de modelos jurídicos para cada situação hermenêutica, que alguns juristas chegam a dizer que não se trata propriamente de concretizar uma norma abstrata – pois isso ainda seria aplicá-la mecanicamente –, mas sim de criar uma regra concreta [direito novo, portanto], que resolva o problema e, pela sua eficácia, possa valer como precedente (PUIG BRUTAU, s/d, p. 51).

8 A frase de Hughes é referida, entre outros, por Antonio Carrillo Flores (1946), no Prólogo à edição espanhola da obra de Charles Evans Hughes *The Supreme Court of the United States. Its Foundation, Methods and Achievements: na interpretation.*



Para não chegarmos a tanto e, dessa forma, a pretexto de realizar a justiça em sentido material, acabarmos aceitando que o juiz invada o espaço reservado ao legislador – o que caracterizaria o ativismo judicial como conduta constitucionalmente indevida –, basta reconhecermos que na criação do direito, nessa tarefa que lhes é comum (LEVI, 1971, p. 47)<sup>9</sup>, legisladores e juízes podem ser vistos como parceiros que atuam em dois tempos e a quatro mãos, cumprindo um acordo tácito – *alguns chegam a falar em cumplicidade* (SEGURA ORTEGA, 1998, p. 84) –, por força de cujas cláusulas, em obediência à natureza das coisas e ao princípio da separação dos poderes, o Parlamento continua com o monopólio da redação das leis, mas o Judiciário fica liberado para interpretá-las criativamente, de preferência se o fizer dizendo que essas suas leituras não ultrapassam o sentido literal possível dos enunciados normativos providos do legislador (LARENZ, 1978, p. 366-370). É assim que a lei e a função judicial se “comportam” na criação do direito, porque somente juntas proporcionam ao povo o seu direito (ENGISCH, 1968, cap. 7, p. 325-413).

A criação judicial do direito no início do terceiro milênio

Visualizada toda essa problemática no contexto do multiculturalismo dos nossos dias; da materialização das modernas cartas políticas; e da concomitante estruturação dos enunciados constitucionais sob a forma de princípios, torna-se evidente que o juiz não aplica normas a fatos, nem subsume fatos a normas, porque, outra vez, os fatos se revoltam contra os códigos e a realidade se opõe à lei, exigindo dos juristas uma capacidade sobre-humana para equacionar problemas que nem o mais clarividente dos legisladores poderia imaginar (MORIN, 1945).

Posta a questão dessa forma, vale dizer, em termos de pluralidade de convicções e distintos modos de vida, outra indagação de maior profundidade se coloca diante de nós, desafiando-nos a revelar qual o critério de verdade que legitimaria a imposição de crenças particulares

9 “Las legislaturas y los tribunales son cuerpos creadores de derecho que actúan en colaboración”.

à obediência geral, como acontece na seara dos direitos humanos, por exemplo, cujas solenes Declarações, embora autodenominadas universais, são vistas pelos seus críticos como textos ocidentais e, por isso mesmo, carentes de normatividade para quem vive do outro lado do mundo e ali se conduz em conformidade com valores diversos.

É o que se evidencia, entre outros, num instigante ensaio de Panikar, onde ele ressalta que a formulação desses direitos emergiu de um diálogo muito parcial no seio das culturas existentes no mundo, indagando, a seguir, se em razão da estreiteza desse ponto de partida a noção dos direitos humanos não acabaria sendo um conceito marcadamente ocidental (PANIKAR, 1983, n. 5, p. 5-28).

O tema é de gritante atualidade e a sua problemática cada vez mais crítica, na exata medida em que, por força da crescente transumância e da globalização das relações humanas, avolumam-se os conflitos inter-culturais – de que são exemplos significativos as controvérsias do Crucifixo e do Vêu Islâmico, com que se defrontou o Tribunal Constitucional da Alemanha, e o particularmente dramático caso da Excisão, submetido ao Tribunal Criminal de Paris (ALÁEZ CORRAL; ALVAREZ ALVAREZ, 2008, p. 938-978, 978-1039) –, a desafiam a capacidade do Estado Democrático de Direito, em especial dos órgãos da sua jurisdição constitucional, para administrar essas diferenças sem que, por excesso de zelo com as minorias, se acabe por fragmentar a própria sociedade, como adverte Habermas, para quem a coexistência, com igualdade de direitos, de diferentes formas de vida não pode levar a uma segmentação social, antes exige a integração dos cidadãos do Estado e o reconhecimento recíproco de suas pertencas a grupos sub-culturais, no quadro de uma cultura política que há de ser compartilhada (HABERMAS, 2007, p.300), até porque nesses contextos de expansão do pluralismo ético e cultural, é muito provável que o exercício da autoridade seja percebido como a imposição de normas e/ou valores não compartilhados (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 90).

Diante desse panorama desafiador, no qual o Estado de Direito se autocompreende e se afirma democrático, pluralista e comprometido com a causa dos direitos

humanos, mostram-se particularmente embaraçosas, se não mesmo insolúveis, questões como as formuladas a seguir – todas suscitadas a propósito de casos concretos submetidos à jurisdição constitucional –, pela simples razão de que não dispomos de nenhum critério de verdade para respondê-las adequadamente, formulando regras de decisão aptas a realizar a justiça em sentido material, que outra coisa não é – insista-se – senão dar a cada um o que é seu.

Melhor do que quaisquer reflexões em abstrato sobre a sua extrema complexidade, as próprias questões se encarregam de evidenciar as aporias a que nos conduzem. Se não, vejamos (DENNINGER; GRIMM, 2007, p. 54-56).

– Pode um motociclista sikh exigir que se lhe dispense da obrigação geral de usar capacete, invocando o seu dever religioso de vestir turbante?

– Cabe exigir-se de um preso judeu que aceite os alimentos comuns da prisão ou se deve oferecer-lhe comida kosher?

– Tem direito um trabalhador muçulmano de interromper brevemente o seu trabalho para fazer as orações prescritas pela sua religião?

– Pode ser despedido um trabalhador por não assumir o seu posto de trabalho nos dias em que se celebram as festividades máximas da sua comunidade religiosa?

– Perde o auxílio-desemprego o trabalhador despedido por esse motivo?

– Deve permitir-se aos comerciantes judeus que abram os seus negócios aos domingos, dado que não podem fazê-lo nos sábados porque a sua religião lhes proíbe?

– Tem direito uma aluna islâmica de ser dispensada da aula de educação física, em colégio misto, porque não lhe é permitido mostrar-se em traje esportivo a pessoas de outro sexo?

– Podem usar o seu véu na sala de aula as alunas islâmicas?

– O que acontece quando não se trata das alunas, mas das professoras de uma escola pública?

– Vigora para as monjas católicas uma regra diferente da que se aplica às professoras muçulmanas?

– Podem os imigrantes exigir que o enterro dos

seus mortos se faça conforme as prescrições da sua religião, sem submeter-se ao regime geral do direito funerário vigente no país de acolhida?

– Podem as autoridades alemãs exigir de uma estrangeira a ser expulsa para o seu país de origem que ponha o véu para ser fotografada, sob o argumento de que o país que vai recebê-la só reconhece as fotos das mulheres que se mostram com véu?

– Deve ser tolerada nas cidades alemãs a difusão em altofalantes da chamada do muezim para as orações, assim como se permite o toque dos sinos na torre das igrejas cristãs?

– Podem os pais recusar, por motivos religiosos, que receba transfusão de sangue um filho seu que esteja em perigo de morte?

– Deve permitir-se aos estrangeiros que degolem animais conforme os mandamentos da sua religião, ainda que isso contrarie as leis nacionais de proteção dos animais?

– Podem os pais estrangeiros, conforme os seus costumes culturais, privar as filhas de educação superior ou casá-las contra a vontade?

– Deve-se prever uma dispensa da escolarização obrigatória quando os fins educativos da escola pública contradigam as concepções de valor de determinado grupo cultural?

– Deve-se autorizar a poligamia aos imigrantes no país de acolhida quando ela é permitida em seu país de origem?

Diante dessas questões, que a sinceridade nos obriga a considerar pelo menos incômodas, é de se perguntar se o Estado Constitucional de Direito está em condições de enfrentar tais problemas e dar-lhes soluções que se possam considerar não apenas corretas mas também justas, vale dizer, plenamente justificadas por dentro e por fora – **justificação interna e justificação externa** –, como se exige das decisões que se pretendem jurídica e moralmente aceitáveis.

Como, por outro lado, todas essas indagações consubstanciam questões de direitos humanos, seu deslinde está afeto, imediatamente, às cortes constitucionais dos Estados onde surgem tais controvérsias, assim como, mediamente, às instâncias internacionais ou

supra-nacionais, que já recebem petições de indivíduos ou grupos de particulares que se considerem vítimas de violação dos direitos humanos, por qualquer Estado, nos termos e para os efeitos da ordem jurídica internacional (SORENSEN, 2002, p. 474-492; DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 671; TRINDADE, 1998, 17-21).

De igual modo, não se pode exigir que o Judiciário, pelo receio de parecer ativista, furte-se ao dever de dar a cada um o que é seu, de preferência *secundum legem* ou *praeter legem*, mas, se necessário, até mesmo *contra legem*, quando a lei se mostrar contrária ao direito, o que não é de causar espécie se tivermos presente, por exemplo, que a Lei Fundamental da Alemanha, em seu artigo 20.3, diz que o Executivo e o Judiciário obedecem à Lei e ao Direito, expressando, assim, que “lei” e “Direito” não são por certo coisas opostas, mas ao Direito corresponde, em comparação com a Lei, um conteúdo suplementar de sentido, ou, ainda, que esse aditamento remete, na verdade, para além da Lei, para um Direito supra-legal, que sendo anterior e superior a qualquer direito posto, impõe-se até mesmo às normas constitucionais (LARENZ, 2005, p. 522; ENGISCH, 1988, p. 333; BACHOF, 1985, p. 37-43).

Sendo esse o panorama atual, nos diferentes quadrantes do mundo jurídico, não seria aceitável que, no Brasil, se adotasse, comportamento diverso e, na contramão da história, ficássemos apegados, anacronicamente, ao princípio da separação dos poderes em sentido forte, como se isso ainda fosse preciso, depois de superados os obstáculos, com que se defrontaram os formuladores desse dogma, e consolidado o sistema de freios e contrapesos, graças a cujo funcionamento o poder controla o poder e o cidadão pode dormir em paz.

Se, ainda assim, os adversários da criação judicial do direito recearem a instauração ou a reinstauração de um indesejável governo dos juízes, que, a ser perigoso, o será em qualquer direção, poderão esses críticos ficar sossegados, pois se algum poder ainda se faz temido e, por isso, deve ser controlado, esse certamente não é o poder do juiz democrático, que desfrutava da confiança de Hamilton, mas o do monarca despótico, que assustava Montesquieu. Hoje, como ontem, o Judiciário continua a ser o mais “neutro” dos Poderes,

e os juízes, os “menos perigosos” dos agentes políticos, porque não dispõem nem da bolsa nem da espada para ameaçar a liberdade dos cidadãos (HAMILTON, 1984, p. 576; PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 125).

Portanto, e noutras palavras, o de que se trata é de reinterpretar esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado constitucional, que sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Poder Judiciário, sobretudo das modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais<sup>10</sup>.

Vistas as coisas sob essa ótica, não temos receio em dizer que aquilo que se critica, sem maior profundidade, como ativismo judicial — no Brasil, como alhures —, não configura nenhum extravasamento de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, antes traduz a indispensável e assumida participação da magistratura na tarefa de construir o direito de mãos dadas com o legislador, completando-lhe a obra e acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo e rápido demais para reger-se por fórmulas ultrapassadas. E isso sem precisarmos apelar para os argumentos linguísticos, que, sabidamente, dão respaldo à inevitável criatividade dos intérpretes/aplicadores do direito, diante da circunstância de que as situações de fato particulares não esperam pelos juízes já separadas umas das outras e com etiquetas apostas como casos de incidência da regra geral, cuja aplicação está em causa, tampouco essa regra geral, em si mesma, pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação (HART, 2007, p. 139).

Afinal, como assinalou Mauro Cappelletti (1993, p. 22), ao comparar os textos legais com outras formas significativas, e como ponderou François Rigaux (2000, p. 185), em suas reflexões sobre a legislação judicial, pode-se dizer que, por mais que se esforce em permanecer fiel ao seu “texto”, o intérprete/aplicador do direito será

<sup>10</sup> Ver, entre outros, Campos (1942, p. 339-354); Djordjevic et al (1959); Burdeau (1961); Piçarra (1989); Cappelletti (1993); Sousa e Brito et al (1995); Gilmar Ferreira Mendes (2005, 1998); Coelho (2007); Häberle (1997).

sempre, por assim dizer, forçado a ser livre e a dobrar a lei, porque não há texto legislativo, tampouco texto musical ou poético, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa.

Em suma, sem a mediação dos operadores jurídicos, as situações de fato e as regras gerais não se encaixam, os textos não falam, o seu significado latente não se manifesta e o direito deixa de cumprir a sua função precípua de instrumento ordenador das relações sociais (LARENZ, 1978, p. 396, 2009, p. 282, 439-441).

Sob essa nova compreensão do papel do Judiciário como legítimo produtor de modelos jurídicos autônomos — que nem por isso configuram atos legislativos (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1998, p. 136) —, pode-se dizer que apesar do grande esforço despendido para condenar o que chamou de “ativismo na recente jurisprudência do STF”, o ilustre constitucionalista pátrio Elival da Silva Ramos (2010, p. 226-267)<sup>11</sup> parece não ter alcançado, inquestionavelmente, esse objetivo, na medida em que as decisões que ele apontou como ilustrativas desse suposto “mau comportamento” da nossa Excelsa Corte, em face do princípio da separação dos poderes, bem podem assimilar-se como exemplos da natural criação judicial do direito, tanto mais aceitáveis quanto respaldadas em argumentos que evidenciam se tratar de soluções que, embora ousadas ou simplesmente ativas, ainda são compatíveis com o programa normativo da Constituição (LEAL, 2010, p. 163-198).

Mesmo assim, convém ter-se presente a advertência de Larenz (2009, p. 606-610), a nos dizer que, em princípio, os juízes — porque vinculados à lei e ao Direito —, não têm a faculdade de emitir resoluções contra *legem*, embora possam e devam promover o desenvolvimento do Direito superador da lei, quando assim o exijam o tráfego jurídico, a praticabilidade das normas jurídicas, a natureza das coisas e os princípios ético-jurídicos subjacentes à ordem jurídica no seu conjunto. Mas tudo isso sem ultrapassar o limite da sua competência, que, em concreto, nem sempre é

facilmente cognoscível. Caso contrário, as suas decisões correrão o risco de ser interpretadas como tomada de partido ante as divergências de opiniões políticas e de já não serem aceitas como enunciados fundados no Direito, como considerações especificamente jurídicas.

Finalmente, mas antes de encerrar, uma observação que normalmente não ocorre nem aos defensores, nem, obviamente, aos adversários do ativismo judicial: se efetivamente ocorre, a chamada, criação judicial do direito, aplaudida por uns e malsinada por outros, não constitui ato solitário, e tampouco, espontâneo dos juízes e tribunais, no exercício da jurisdição. Pelo contrário, configura ato complexo e instigado de fora, ato que se produz no âmbito de um processo dialético, do qual participam múltiplos personagens, embora, no conjunto, ganhe relevo a figura do julgador porque a ele compete dar a palavra final, a prolatar a sentença que põe termo ao conflito de interpretações em que consiste a realização judicial do direito (RICOEUR, 1991, p. 206).

Com efeito, não podendo agir de ofício, antes dependendo da provocação de terceiros — e esta é uma das virtudes passivas do processo jurisdicional, exaltadas por Cappelletti (1993, p. 73-81) —, mas, quando acionado, tendo de decidir sempre, nos limites da lide e de modo a convencer do acerto das suas decisões não apenas a si mesmo, mas também as partes e a comunidade, que o investiu no poder de julgar (COSSIO, 1964, p. 333, 661-662, nota 17; MACHADO NETO, 1966, p. 40-41), por tudo isso pode-se dizer que o juiz é um servidor da Justiça, que embora pareça livre para dizer o direito, a rigor movimenta-se num espaço de decisão delimitado por normas cogentes, que vão desde os dispositivos constitucionais, que estruturam o Poder Judiciário e o devido processo legal, até os preceitos legais e regimentais, que ordenam processos e procedimentos, o que, tudo somado, faz do discurso jurídico — do qual o discurso judicial é apenas a mais expressiva ou a mais vistosa das suas modalidades —, um caso especial do discurso prático

11 O autor comenta tais decisões<sup>11</sup> do STF, sob os seguintes títulos: a aplicação irrefletida da modulação dos efeitos temporais; a construção pretoriana da perda de mandato por desfiliação partidária; a restrição à nomeação de parentes para cargos de confiança; e a implementação de direitos sociais veiculados por normas de eficácia limitada.

geral (ALEXY, 1989, p. 34, passim; REALE<sup>12</sup>, 1968, p. 244). Daí o reconhecimento de que os juízes não se arrogam faculdades de que não dispõem, antes simplesmente exercem as suas funções de acordo com as normas do sistema em que atuam; tampouco decidem contra as suas próprias convicções, pois se o fizessem a sua conduta seria de todo injustificável (SEGURA ORTEGA, 2006, p. 72-73).

De outro lado, se tivermos presente que a relação processual não se instaura de ofício nem se desenvolve livremente, antes se desenrola no âmbito de um **modelo discursivo regrado — cujas normas enlaçam e integram, compulsoriamente, todos os sujeitos, condutas, fases e atos processuais —, se atentarmos para** isso, aquilo que se rotula, negativamente, de criação judicial do direito, em verdade, não merece censura, pois não implica nenhum extravasamento de poder, nem constitui obra exclusiva de juízes e tribunais, sendo, isto sim, o grand finale de uma peça dramática de extração social, que é escrita pelo legislador, mas cuja montagem e encenação o sistema jurídico confia a **mais outros personagens — atores e figurantes —, aos** quais, indistintamente, nós chamamos de agentes da realização judicial do direito<sup>13</sup>.

Se, ademais, concordarmos com Habermas quando ele diz que **todas as argumentações — quer tenham elas por objeto questões de direito ou de moral, hipóteses científicas ou obras de arte — exigem** a mesma forma de organização básica de uma busca cooperativa da verdade, então se tornará evidente que também o discurso judicial deva desenvolver-se sob essa forma e com idêntico propósito, ainda que a motivação real das partes litigantes seja a obtenção de decisões fundamentadas ou deliberações pertinentes, que lhes sejam vantajosas (HABERMAS, 1988, v. 1, p. 60; ALEXY, 1989, p. 211),

12 \* Em todo o seu processo mental, de cuja eficiência depende o valor real da sua jurisdição, o juiz não é, com efeito, nem absolutamente e necessitado, — pois em tal caso não teria problema algum a resolver, e por conseguinte, nenhum ato de inteligência lhe caberia desenvolver, — nem absolutamente livre, visto como em tal hipótese não se lhe apresentaria, de igual modo, nenhum problema, não podendo ele, em virtude do mesmo pressuposto, encontrar qualquer obstáculo". (CALOGERO, 1937, p. 99).

13 Nessa denominação genérica estão compreendidos os juizes, advogados, membros do Ministério Público e auxiliares da Justiça, porque, no exercício das respectivas atribuições, todos colaboram para que se ultime a prestação jurisdicional.

o que, de outro lado, vale como advertência para que os seus advogados, mesmo raciocinando sobre os fatos e normas antes dos juízes e tribunais, nem por isso utilizem argumentos carentes de sustentação (MACCORMICK, 2006, p. 156).

Em suma, na medida em que devem veicular as suas pretensões em conformidade com as regras do jogo, mesmo pugnando entre si e agindo sob a lógica da conclusão desejada, são os participantes do debate judicial que, de fato, viabilizam esse jogo e concorrem para o seu desfecho jurídico, que outro não é senão o ato decisório pelo qual — **em nome de toda a sociedade —, o julgador não apenas soluciona como também termina os conflitos, impedindo que eles prossigam ou se renovem** (FERRAZ JR., 1998, p. 163, 2008, p. 289). Por isso, temos afirmado, com insistência quase obsessiva, que as decisões judiciais, sejam elas monocráticas ou emanadas de órgãos colegiados, a rigor não traduzem **a vontade daqueles que as proferem — e sequer do Poder Judiciário, em qualquer das suas instâncias —, antes são expressão do Poder Social, nos termos em que esse Poder está conformado pelas regras e princípios do ordenamento jurídico. Não por acaso a nossa Constituição proclama — em atitude de humilde reconhecimento — que todo o poder emana do povo, não dos seus representantes, e tampouco do texto constitucional, sendo de importância secundária a referência ao modo como o povo o exercerá, se diretamente ou por meio dos delegados que eleger.**

## Conclusão

A essa luz, portanto, o ativismo judicial, pelo menos na forma e com os argumentos emocionais que usualmente se utilizam para combatê-lo, não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a velha criação judicial do direito, que o novo constitucionalismo só fez atualizar e tornar mais vistosa. Nada além disso.

## Referências

- ALÁEZ CORRAL, Benito; ALVAREZ ALVAREZ, Leonardo. **Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán em las encucijadas del cambio de milênio**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. ; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. La Justicia en el Estado de derecho y la crisis del Estado Social. In: \_\_\_\_\_. **Justicia/conflicto**. Madrid: Tecnos, 1988. 283 p., p 120.
- ASIS ROIG, Rafael de. **Jueces y normas**. Madrid: M. Pons, 1995. 306 p.
- BACHOF, Otto. **Jueces y constitución**. Madrid: Civitas, 1985. 69 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.
- BETTI, Emilio. **La interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975. 435 p.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BURDEAU, Georges. **O poder executivo na França**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961. 117 p.
- CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in cassazione**. Pádova: A. Milani, 1937. 305 p.
- CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942. 434 p.
- \_\_\_\_\_. O Poder Judiciário na Constituição de 1937. In: \_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942. 434 p., p. 367.
- CANIVET, Guy. **Activisme judiciaire et prudence interpretative: introduction générale**. Paris: Dalloz, 2007. (Archives de Philosophie du Droit, t. 50).
- CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. **Revista de direito processual civil**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 37-73, jan./jun. 1961.
- \_\_\_\_\_. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. 134 p.
- CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neonconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007. 334 p.
- CARRIÓ, Genaro R. Los jueces crean derecho. In: \_\_\_\_\_. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. 416 p.
- CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Pamplona: Universidad de Navarra, 2000. 424 p.
- COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007. 142 p.
- COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964. 821 p.
- CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: J. Bastos, 1908. 342 p.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986. 556 p.
- DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. **Derecho constitucional para la sociedad multicultural**. Madrid: Trotta, 2007. 69 p.
- DÍAZ, Elias. **Curso de filosofía del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 1998. 205 p.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, , 2003. 1518 p.
- DJORDJEVIC, Jovan et al. **O papel do executivo no estado moderno**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1959. 185 p.
- ENGISCH, Karl. **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968. 533 p.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 368 p.
- FLORES, Antonio Carrillo. Prólogo. In: HUGHES, Charles Evans. **La suprema corte de Estados Unidos**. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1946. 244 p.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. Salamanca: Sigueme, 1993. v. 1.
- \_\_\_\_\_. Salamanca: Sigueme, 1994. v. 2.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma jurídica. In: \_\_\_\_\_. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1985. p. 35-61.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid: Tecnos, 1993. 107 p.
- HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1988. v. 1.
- HAMILTON, Alexander. Os juizes como guardiões da Constituição. In: \_\_\_\_\_. MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: UnB, 1984. 639 p.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. 66 p.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. 348 p.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. In: \_\_\_\_\_. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. 171 p., p. 123-146.
- HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007.

- KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle). **Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger**, Paris, t. 45, p. 197-257, 1928.
- \_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319 p.
- \_\_\_\_\_. **Teoría general del derecho y del estado**. México: UNAM, 1969.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. Brasília: UnB, 1990.
- KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del estado**. Buenos Aires: Depalma, 1980. 497 p.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. 647 p.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620 p.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. 727 p.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. 727 p.
- LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?: o outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 213 p.
- LEVI, Edward H. **Introducción al razonamiento jurídico**. Buenos Aires: Eudeba, 1971.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. **Lo constitucional en el derecho: sobre la idea e ideas de constitución y orden jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 391 p.
- MACHADO NETO, A. L. **Teoria geral do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966. 339 p.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema. **Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. 372 p.
- MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. **La sentencia constitucional en Italia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. 431 p.
- MASSINI, Carlos Ignacio. **La prudencia jurídica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. 235 p.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 446 p.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. Sobre lo jurídico y lo justo. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. **El derecho, la ley e el juez: dos estudios**. Madrid: Civitas, 2000.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de, 1689-1755. De l'esprit des lois. In: \_\_\_\_\_. **Oeuvres complètes de Montesquieu**. Paris: Chez Lefrèvre, 1839. t. 1, p. 193,196.
- \_\_\_\_\_. **Do espírito das leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. v. 1.
- MORA RESTREPO, Gabriel. **Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2009. 454 p.
- MOREIRA, Vital. Revisão constitucional e "princípios fundamentais". In: \_\_\_\_\_. **Constituição e revisão constitucional**. Lisboa: Caminho, 1980. 137 p., p. 73.
- MORIN, Gaston. **La révolte du droit contre le code**. Paris: Recueil Sirey, 1945. 119 p.
- NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. 312 p.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 1, n. 13, p. 35-73, jul./set. 2006.
- OLLERO TASSARA, Andrés. **Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. 117 p.
- OTERO Y VALENTIN, Julio. **Etiología jurídica: estudio general**. Madrid: M. Aguilar, 1929. 346 p.
- OTTO Y PARDO, Ignácio de. **Derecho constitucional: sistema de fuentes**. Barcelona: Ariel, 2007.
- PAGE, Henri de. **De l'interprétation des lois, contribution à la recherche d'une méthode positive et théories en présence**. Bruxelles: Libr. Des Sciences Juridiques, 1925. 2 v.
- PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. **La seguridad jurídica ante la abundancia de normas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. 96 p.
- PANIKAR, Raimundo. É a noção de direitos humanos um conceito ocidental? **Revista Diógenes**, Brasília: UnB, n. 5, p. 5-28, 1983.
- PEKELIS, Alexander. La tecla para una ciencia jurídica estimativa. In: CAIRNS et al. **El actual pensamiento jurídico norteamericano**. Buenos Aires: Losada, 1951. 333p., p. 125.
- PÉREZ LUÑO, A. E. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.
- PÉREZ TREMPES, Pablo. **Tribunal constitucional y poder judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. 309 p.
- PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. 281 p.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ideología e interpretación jurídica**. Madrid: Tecnos, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. 306 p.
- \_\_\_\_\_. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998. 128 p.
- \_\_\_\_\_. Neconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. 286 p.
- PUIG BRUTAU, José. **La jurisprudencia como fuente del derecho: interpretación creadora y arbitrio judicial**. Barcelona: Bosch, s/d, 249 p.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. 333 p.
- REALE, Miguel. **O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1968. 294 p.
- \_\_\_\_\_. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. 236 p.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994. 124 p.

RICOEUR, Paul. **Do texto à ação**. Porto: Rés Ed., 1991. 406 p.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 386 p.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Prólogo. In: ALONSO GARCIA, Enrique. **La interpretación de la Constitución**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1984. 568 p., p. XVII.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reiventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 1015 p.

\_\_\_\_\_. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 326 p., p. 159-194.

SCHAFF, Adam. A relação cognitiva, o processo do conhecimento, a verdade. In: \_\_\_\_\_. **História e verdade**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. Cap. 1, p. 65-98.

SEGURA ORTEGA, Manuel. **La racionalidad jurídica**. Madrid: Tecnos, 1998. 135 p.

\_\_\_\_\_. **Sentido y límites de la discrecionalidad judicial**. Madrid: Ed. Universitaria Ramón Areces, 2006. 107 p.

SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional. In: BENDA, Ernesto et al. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons Instituto Vasco de Administracion Publica, 1996. 900 p., p. 838.

SORENSEN, Max. **Manual de derecho internacional público**. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

SOUSA E BRITO, J. et al. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. 254 p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: UnB, 1998. 208 p.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004. 350 p.

VASQUEZ, Rodolfo et al. **Interpretación jurídica y decisión judicial**. México: Fontamara, 2003.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Derecho e interpretación: elementos de teoría hermenéutica del derecho**. Madrid: Dykinson, 2007.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Civitas, 1985. 114 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructuras judiciales**. Buenos Aires: Ediar, 1994. 283 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. 156 p.







Adherbal Meira Mattos

## A proteção da pessoa humana e a recentralização humanista do direito internacional

### Resumo

O autor discorre sobre a proteção da pessoa humana nos países europeus e americanos. Traz a lume que a efetivação dos direitos humanos advém de sua Declaração Universal, da qual emanam, no plano interno dos Estados, medidas efetivas. Leciona que, no plano mundial, sobressai o Tribunal Penal Internacional (TPI), ao julgar, entre outros, os crimes contra a humanidade (genocídio, tortura, homicídio e trabalho escravo), atuando somente se não ocorrer condução de processo judicial no âmbito dos países membros. Ressalta que a recentralização torna-se cada dia mais real no que diz respeito a temas, como meio ambiente, refugiados, imigração, tortura, deficiência física, serviços, propriedade intelectual, corrupção e asilo, tendo em vista um Estado cosmopolita humanístico.

### Palavras-chave

Recentralização humanista. Direito internacional. Dignidade da pessoa humana. Tribunal Penal Internacional. Crimes contra a humanidade. Jurisdição internacional. Processos de integração. Direitos humanos

### Abstract

The author writes about the protection of the human person, in European and American countries. It illuminates the idea that the effectiveness of the human rights springs from its Universal Declaration, which generates, effective measures in the internal plan of the States. It teaches that, in the world plan, the International Penal Trial – TPI, outstands when it judges, among others, the crimes against humanity (forced labor, genocide, tortures, murder), acting only if there is no judicial proceedings going on within the scope of the affiliated countries. It remarks that the recentralization becomes progressively more effective and real in what concerns topics such as environment, refugees, immigration, torture, physical deficiency, services, intellectual property, corruption and asylum, having in mind a humanistic cosmopolitan State.

### Keywords

Humanistic recentralization. International Law. Dignity of the human person. International Penal Trial. Crimes against humanity. International jurisdiction. Integration proceedings. Human rights.

# A proteção da pessoa humana e a recentralização humanista do direito internacional

The protection of the human person and the humanistic recentralization of the international law

Adherbal Meira Mattos\*

\* Professor, Doutor, Titular de Direito Internacional da Universidade Federal do Pará (UFPA).

## Introdução

Este trabalho contém três partes. A primeira trata da **interação entre direitos humanos e processos de integração**, conforme estudo de André de Carvalho Ramos (2009) e da integração normativa incrementada pela globalização, da teoria da transnormatividade de Wagner Menezes (2009); a segunda, da análise de Paulo Borba Casella (2009) sobre **Direito Internacional e dignidade humana** e da interação entre Direito Internacional e Relações Internacionais; e a terceira, do resumo de minha tese sobre direitos humanos no plano mundial e no Brasil, envolvendo a Amazônia (MATTOS, 2006).

Parte-se das noções de Cooperação, Integração, Globalização e Direitos Humanos. A Cooperação é de natureza econômico-social, enquanto a Integração é de natureza político-econômica, mas ambas atingem a Sociedade como um todo, inclusive, no plano dos Direitos Humanos. E a Integração, embora regional, convive com a Globalização, de alcance mundial, com maiores benefícios para os países centrais do que para os periféricos, conforme Relatórios da United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), do **Fundo Monetário Internacional**

(FMI) e do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD).

Tudo gira em torno da Tecnologia, moralmente neutra, o que favorece tanto o autoritarismo, como a liberdade. A Globalização, contudo, é uma realidade, na nova ordem mundial, gerando desemprego estrutural, apartheid tecnológico e crises sociais (para os que a criticam) e emprego, informação e conhecimento (para os que a defendem). É fato indiscutível, porém, que ela envolve um encadeamento sistemático de atividades de pesquisa e de desenvolvimento experimental, com vistas à criação de novos bens e serviços, pelo aperfeiçoamento do processo de produção, que contém profundo potencial transformador da própria Sociedade.

A tirania dos países centrais, contudo, em virtude de seu acelerado desenvolvimento tecnológico, tende a exercer influência negativa sobre a noção básica de Soberania, em seu aspecto institucional e em seu aspecto territorial. É o que ocorre no Direito Ambiental (gerando imposições hegemônicas, como patentes e biopirataria), no Direito do Mar (zonas econômicas exclusivas que concedem amplos direitos a países detentores de tecnologia de ponta), no Direito "Polar" (exercício de soberania para uns e não para outros) e no Direito Nuclear

(diferenciação entre nuclearização *ex ante* e nuclearização *ex post*), o que tem gerado inúmeros fóruns antiglobalização.

### Interação entre direitos humanos e processos de integração

André de Carvalho Ramos (2009) analisa Direitos Humanos como parte do *jus cogens* internacional, como núcleo essencial de normas que compõem o ordenamento jurídico contemporâneo por seu critério material e formal, concluindo que a proteção dos Direitos Humanos implica concretizar a Integração, seja por meio da Influência (1º modelo), seja por meio da Incorporação (2º modelo), respectivamente, por condições exógenas para o desenvolvimento da Integração e pela elaboração de objetivos mais abrangentes.

Trata-se de dois modelos de relacionamento entre Direitos Humanos e Integração, esta, como estratégia política, pela transferência de competência e de poderes, enquanto organização supranacional e união política (SEITENFUS; VENTURA, 2006). André de Carvalho Ramos (2009) cita o exemplo da União Europeia, pois o mercado comum envolve apreciação de direitos humanos, liberdade de estabelecimento, livre exercício de profissão e livre circulação de pessoas (inclusive trabalhadores), detalhe que não consta, v.g., do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Trata-se de um Direito Comunitário, reunindo Integração e Direitos Humanos, em termos de harmonização (não necessariamente uniformização) normativa, em respeito à Soberania.

Os Direitos Humanos compõem as liberdades econômicas (direito de propriedade, direito ao trabalho), além de condicionar o delineamento normativo dessas mesmas liberdades (o *due process of law*) – o que gera sólido vínculo entre Direitos Humanos e Integração – sem, contudo, violação de Direitos Humanos interna e externamente reconhecidos. Isso não impede, porém, eventuais hipóteses de conflito, seja pela “Oligarquização”, seja pela Globalização. Pela “oligarquização”, se ocorrer uma “reação constitucionalista” à transferência de poder constante de um Tratado de Integração, com relação aos direitos

fundamentais da Constituição; pela globalização, se incidir sobre a exclusão dos mercados de trabalho, impedindo o exercício dos direitos humanos e até a própria Cidadania, cuja construção se insere no universo dos Direitos Humanos (TRINDADE, 1991).

A seguir, traça Ramos (2009) um paralelo entre proteção dos Direitos Humanos, Justiça Social e Dignidade da Pessoa Humana (LEWANDOWSKI, 2004) por meio do preâmbulo do Tratado de Assunção (1991) sobre melhoria de condições de vida, estigma da pobreza e exclusão social. Paulo Borba Casella (2009), no contexto valorativo e normativo do Direito Internacional Pós-Moderno, adverte ser a Integração o caminho para construir um país politicamente mais digno, socialmente mais humano, juridicamente mais justo, demograficamente mais desenvolvido e economicamente mais eficiente. Sobre os modelos de relação entre Integração e Direitos Humanos (Influência e Incorporação), de condições exógenas e objetivos abrangentes - União Europeia, (2000), a despeito do Tratado de Lisboa, (2007) -, atenta André de Carvalho Ramos (2009) para o reconhecimento da jurisdição obrigatória das Cortes Regionais de proteção de direitos humanos. É o que ocorre na Corte Europeia de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O caminho da Coexistência à Cooperação, no contexto da Integração, não exclui a influência da Globalização quanto a princípios e normas de Direito Internacional, em todas as suas esferas, inclusive no plano dos Direitos Humanos. Nesse particular, adverte Wagner Menezes (2009) no amadurecimento da sociedade internacional, Ocujos princípios gerais ensejam normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica que “jurisdicizam” fatos de acordo com valores - o que lembra o tridimensionalismo de Reale (2005)-. Cogita, pois, a **transnormatividade jurídica**, pela interação normativa entre Direito Interno e Direito Internacional, incrementada pela globalização. É que os Estados normatizam, internamente, com base em normas internacionais, como se fossem normas nacionais, quando, na verdade, emanaram do plano externo. Tal relação transnormativa transforma a sociedade internacional e enriquece o Direito Internacional, inclusive no plano dos direitos humanos.

## Direito internacional e dignidade humana

Paulo Casella (2009) insiste sobre o respeito à dignidade – em sua base laica ou confessional – no Direito Internacional e, mais precisamente, no Direito Internacional Pós-Moderno. Fundamenta-se, para tal, nos imperativos categóricos no sentido kantiano do termo, decorrentes do **tempo** (histórico) e do **contexto** (cultural), em que se inscrevem os **sujeitos** do plano internacional. Importante é a menção aos **sujeitos** do plano internacional, sendo o Estado-Nação ainda o mais importante, ao lado de organizações internacionais, organizações não governamentais (ONG's), corporações financeiras transnacionais, etc.

Trata Casella (2009) da recentralização humanista do Direito Internacional, ao ponderar sobre o papel do Homem, sujeito ativo do Direito Internacional Pós-Moderno, titular de direitos e de obrigações, enfatizando a esfera penal e, dentro dela, o Tribunal Penal Internacional (TPI), onde a pessoa humana, agente do Estado, ao agir delituosamente, é que é penalizada – e não o Estado, a quem cabe, porém, a reparação de danos. A seguir, diversas áreas globais – areas of global concern – são analisadas, no plano do Direito Ambiental, salientando-se direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e a proteção de minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas, vinculando-se Integração a Direitos Humanos, com fundamento na dignidade humana e na justiça social, que perfazem o conteúdo valorativo do Direito Internacional Pós-Moderno, como no caso Barcelona Traction (recursos naturais, propriedade).

Em defesa de sua tese, menciona Casella (2008) internacionalistas contemporâneos – Meron, Higgins, Flauss, incluindo o “sujeito derivado” de Cassese –, mas é nos clássicos – Savigny, Kelsen e Scelle – que ele se detém mais. Para Savigny, o sujeito de Direito deve coincidir com o sujeito do ser humano, enquanto para Kelsen, embora o sujeito de Direito fosse o Estado, a ideia comportava, todavia, o Indivíduo como sujeito direto (imediato) ou indireto (mediato) do Direito, em sua generalidade, detalhe complementado por Scelle, de forma particular, para quem o Indivíduo era o único sujeito do Direito Internacional. Casella

(2009) menciona resoluções do Instituto de Direito Internacional, destacando o papel da sociedade civil e o direito à assistência humanitária (Sessão da Cracóvia, envolvendo genocídio). Resoluções emanadas das Sessões de Santiago de Compostela, de Berlim e de Bruges seguem a mesma orientação, quanto ao respeito à dignidade humana, o mesmo, porém, não podendo ser atribuído ao Conselho de Segurança das Nações Unidas (Ruanda, Ex-Iugoslávia).

A recentralização humanista do Direito Internacional depende, também, da interação entre Relações Internacionais e Direito Internacional, conforme seu âmbito de aplicação e suas técnicas de atuação. Visam, ambos, à coexistência pacífica, dentro do pressuposto da delimitação do tempo (histórico) e do contexto (cultural) em que se inserem. Para Anne-Marie Slaughter e Charlotte Ku (apud MCDUGAL.; REISMAN, 1981), são noções inextricably intertwined, formando uma web. A razão final está na interação entre Política (que enfatiza a competição: Poder) e Direito (que enfatiza a harmonia: Norma). As ferramentas são as mesmas; as finalidades é que são distintas.

O Direito Internacional (Clássico, Transnacional, Supranacional) “normatiza” as relações internacionais (políticas, econômicas, sociais, etc.), enquanto as Relações Internacionais integram um grupo meramente factual. Ambos, porém, buscam o diálogo, e não o confronto, mas é ao Direito Internacional que cabe, a despeito de suas mutações (Direitos Humanos, Direito Ambiental), direcionar e moderar **controvérsias** num mundo com crescente interdependência - inclusive em termos de política e de estratégia - Karl Deutsch (1978), pragmático e complexo, com vistas à manutenção da convivência, no contexto das Relações Internacionais, numa interação, pois lidam com questões de percepções mútuas, com (ou sem) revisão de modelos e de valores.

As citadas controvérsias – presentes na sociedade internacional ao lado do Estado-Nação – geram respostas estruturais dos realistas, dos institucionalistas e dos liberalistas, por meio da ação (ou inação) de grupos privados, internos ou externos. Trata-se da solidariedade intrassocial e intersocial, com normas jurídicas e princípios políticos regendo as Relações

Internacionais, o que nos remete aos fundamentos do próprio Direito Internacional (igualdade jurídica dos Estados, não intervenção, independência), por meio de normas de abstenção e de colaboração (LAFER, 1977), reunindo convergência, dispersão, princípios e interesses, no plano dos valores, no plano econômico e no plano estratégico-militar.

A menção a **fundamentos** do Direito Internacional comporta o problema da sujeição do Estado à ordem jurídica internacional. É verdade que existe diferença entre o ordenamento jurídico interno e o ordenamento jurídico internacional, pois os Estados são soberanos, o que liga o problema da obrigatoriedade ao problema da Soberania - a **autolimitação** de Jellinek (1949)-. A vida internacional, contudo, não admite anátemas e exige o diálogo, e a solução advirá (Brierly) da Política e do Direito, o que, uma vez mais, gera interação entre Relações Internacionais e Direito Internacional, respeitada a complementaridade, por meio de reformas que integram o atual período tangencial à multilateralidade.

Tal menção a **fundamentos** caracteriza a superioridade do contexto do Direito Internacional, em virtude dos **princípios** que preserva e dos **fins** a que se destina, apesar da eventual fragilidade de sanções jurídicas, embora conte com competentes sanções econômicas. Esses **princípios** (com vistas àqueles **fins**) acatam (ou refutam) o Direito Natural e o Direito Positivo – este, mutável, aquele, imutável –, mas regulam os mesmos fins: a conduta recíproca da Pessoa Humana, isoladamente ou em grupo. Afinal de contas, as Relações Internacionais integram o contexto multiforme do Direito Internacional – cada um com seu âmbito de aplicação e suas técnicas de atuação –, mas é certo que a coexistência pacífica dos dois, ao reunir **norma jurídica** e **poder político**, tende a favorecer a **recentralização humanista do Direito Internacional**. É o que vemos nos sistemas voluntaristas (JELLINEK, 1949) nos sistemas normativistas (KELSEN, 2005) e nos sistemas ecléticos (Duguit).

Em todos esses sistemas, está presente a noção de Ciência Jurídica. Até mesmo quando se infere que o *pacta sunt servanda* pode ser limitado pela *rebus sic stantibus*, ou quando, ao lado da norma (KELSEN,

2005) acrescenta-se a conduta (COSSIO, apud MACHADO NETO, 1960) ou o fato mutável (BOBBIO, 1994). As Relações Internacionais, porém, não são ciência, nem tampouco filosofia (CASELLA, 2009), pois são tautologicamente relacionais. Não contêm valores intrínsecos. Não trazem conteúdos precisos. Embora Morgenthau (1960) se refira à *Science of International Politics*, o faz por meio de *approaches* que conduzem ao poder, à luta pelo poder e às limitações ao poder nacional, no qual inclui o Direito Internacional, reconhecendo a existência de leis que se auto-obrigam no plano comercial e de normas efetivas de segurança coletiva (cap. VII da Carta da Organização das Nações Unidas-ONU), a superioridade dos interesses internacionais sobre os nacionais e a preocupação dos Estados em honrar obrigações livremente assumidas.

A nova ordem mundial trará complexidade à matéria, ao englobar Cooperação, Integração, Globalização e Coexistência, que complementam, mas não alteram a estrutura do Direito Internacional, hoje, também, em consequência, um Direito Transnacional e um Direito Supranacional. Sempre, pois, um Direito e, portanto, sujeito a normas, em virtude de novas políticas, de novas estratégias, de novas táticas, de novos modelos e de novos valores.

## Direitos humanos no plano mundial e no Brasil

As normas de proteção dos Direitos Humanos integram, no plano interno dos Estados, suas Constituições e leis especiais e, no plano externo, cartas, declarações, convenções e protocolos, como a Carta da Organização das Nações Unidas, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), além da contribuição dos países asiáticos, dos países africanos, da União Europeia, do MERCOSUL e do Grupo Andino.

No plano da ONU, vale salientar o recente Conselho de Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, complementada, em 1967, pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Brasil aderiu a ambos os Pactos em 1992. Tal contexto

normativo foi recentemente fortalecido nos Encontros do Cairo (População), de Copenhague - COP (Desenvolvimento Social), de Beijing (Direito da Mulher) e de Istambul (Assentamentos Humanos).

A Carta da OEA segue a mesma orientação da Carta da ONU, considerando os Direitos Humanos um dos princípios dos Estados Americanos, além de criar, em 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e, em 1969, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (à qual o Brasil aderiu em 1992), que se efetiva, na prática, por intermédio da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Protocolo Adicional de San Salvador complementa o quadro ora exposto.

A Europa conta, desde 1950, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, por meio de uma Comissão e de uma Corte – na qual o homem pode acionar seu próprio Estado quanto à violação de Direitos Humanos, por meio de acesso direto (*jus standi*) –, fortalecida pelo Protocolo nº 9/90 e pelo Projeto Bruxelas II, da Comunidade Europeia. O MERCOSUL contém princípio de igualdade racial, de proibição de discriminação e de igualdade de direitos e oportunidades. No Oriente Médio, a Liga dos Estados Árabes aprovou, em 1994, a Carta Árabe de Direitos Humanos, e, na África, a Organização da União Africana elaborou, em 1981, a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos.

A proteção da pessoa humana é objeto de preeminência em países europeus (Espanha, França, Itália, Alemanha) e em países americanos (Brasil, Peru, Chile, Argentina). Daí a condenação ao tráfico de escravos (Tratados de Paris de 1814 e 1815, Ato Geral da Conferência de Berlim, de 1885, Convenção de Saint-Germain, de 1919), Código Bustamante, de 1928, Proteção no Trabalho (Convenção da OIT nº 111, sobre Discriminação no Emprego e na Ocupação, de 1958), Ciência e Tecnologia (Conferência de Teerã, de 1968), Ensino (Convenção contra a Discriminação no Ensino, da UNESCO, de 1960) e no tocante às minorias étnicas (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1967, Conferência de Argel, de 1976, Conferência de Copenhague, de 1990 e Conferência de Cúpula de Helsinque, de 1992).

A efetivação compulsória dos Direitos Humanos advém do artigo VIII (Tribunais Nacionais) e do artigo X (Tribunais Independentes e Imparciais) da Declaração Universal, da qual emanam, no plano interno dos Estados, medidas efetivas. No Brasil, por exemplo, há remédios ordinários (Código de Processo Civil e Código de Processo Penal) e remédios extraordinários (Constituição Federal e Leis Especiais: Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Habeas Corpus, Habeas Data e Mandado de Injunção). Alguns desses remédios exigem complementaridade, mas o intuito do País é o equacionamento entre o *jus normandi* e o *jus facultas agendi*, pelo *hard law*, servindo a Direito Subjetivo (*Right*) como instrumento de vitalização do Direito Objetivo (*Law*). No plano internacional, equaciona-se a proteção por diversos mecanismos, como o Comitê dos Direitos Humanos, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial e o Comitê contra a Tortura, valendo salientar, ainda, as Resoluções nº 1235/67 e nº 1503 do Economic and Social Council (ECOSOC), relativas à criação de um Grupo de Trabalho sobre violação de Direitos Humanos.

Encontros internacionais têm-se detido na problemática dos Direitos Humanos. A International Law Association, por exemplo, nos Relatórios de sua 64ª Conferência (Helsinki, 1996), que reuniu inúmeras ONG's, apresentou sugestões sobre os principais Tratados das Nações Unidas sobre a matéria – direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, tortura, direitos da mulher, direitos da criança – com vistas a assegurar relações igualitárias. O Seminário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), em 1999, examinou aspectos jurídico-políticos das práticas racistas e seus efeitos negativos em relação à cidadania. Abordou o “direito a ter direitos”, de Hannah Arendt (1987) – uma vez que a igualdade é uma consciência coletiva construída –, e a “legalidade totalitária” atual – pois os incidentes da Bósnia, Ruanda, Zaire, Afeganistão e Haiti demonstram que as perseguições raciais são ainda possíveis.

Cogita Bobbio (1994) uma sociedade sem desigualdade, embora com diferenças, que são saudáveis. Isso se faz necessário *hic et nunc*, em virtude da

globalização, cujos múltiplos aspectos – econômico, financeiro, social e cultural – podem dificultar o direito de viver. O Direito em tempo de globalização exige harmonização normativa, daí emanando (Guido Soares) o seu primeiro grande tema, a proteção da pessoa humana no plano da proteção particularizada (estatuto do TPI).

Num plano geral, o Direito Internacional insere-se, hoje, na relação paradoxal entre Direitos Humanos e Direitos Econômicos, dadas as transformações sociais, agrupando-se o Estado-Nação em organizações de cooperação e de integração, além de conviver com a globalização hegemônica, que ignora ou afasta o social. Fala-se, por isso, num Direito Supranacional e num Direito Transnacional, onde o *pacta sunt servanda* convive com a *rebus sic stantibus*, amenizada pela cláusula *hardship*, num Direito ao mesmo tempo **norma** (KELSEN, 2005), **conduta** (COSSIO, apud MACHADO NETO, 1960) e **fato mutável** (BOBBIO, 1994), no contexto da nova ordem mundial.

No plano da proteção particularizada, sobressai, no plano mundial, o TPI, ao julgar crimes de guerra, crimes de agressão e crimes contra a humanidade, como genocídio, tortura, homicídio e trabalho escravo, em substituição a Tribunais *ad hoc*, de duvidosa legitimidade, como Nuremberg, Tóquio, Ruanda e ex-Iugoslávia. O TPI respeita a Soberania dos países membros, pois só atua se não ocorrer condução de processo judicial nacional. Trata-se, pois, de jurisdição internacional de caráter complementar às jurisdições nacionais. O TPI sofre, porém, a influência do Conselho de Segurança da ONU, que pode interromper processos em andamento, por meio do veto do Big Five.

A preocupação com a defesa dos Direitos Humanos, que culminou com a criação do TPI, constou da Carta da ONU (Preâmbulo e art. 1º), da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto de Direitos Civis e Políticos, de 1967 (arts. 7º a 10º), além de atos normativos europeus e africanos. A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997) cuidou da salvaguarda da espécie humana em termos de patrimônio comum da humanidade, coroando um longo histórico de proteção, dedicado à luta contra o tráfico de escravos,

de mulheres e de menores, ao comércio de estupefacientes e de minorias.

Válida é a atuação complementar do TPI, pois, tanto no plano interno, como no plano externo, ocorre desrespeito a direitos humanos de primeira geração (direitos civis e políticos), de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) e de terceira geração (desenvolvimento e meio ambiente). É o caso, no plano externo, do genocídio e da tortura na Croácia, na Bósnia-Herzegovina e em Kosovo; no plano interno, do trabalho infantil, do trabalho escravo e de execuções sumárias. Juntem-se a isso os caracteres da cultura jurídica pós-moderna, que conduzem à valorização dos Direitos Humanos, num autêntico revival (JAYME, 2003), num mundo sem fronteiras, pela ação de atores nacionais, internacionais, transnacionais e supranacionais.

A Constituição Brasileira enaltece o respeito aos Direitos Humanos no Preâmbulo, nos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seus objetivos fundamentais, nos princípios que regem as relações internacionais do País (art. 4º, II: prevalência dos Direitos Humanos), nos Capítulos I e II do Título II (Direitos Individuais e Coletivos e Direitos Sociais), que enaltecem o papel dos tratados e convenções internacionais sobre a matéria. As normas definidoras dos direitos individuais e coletivos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º), em razão de seu caráter principiológico, detendo os Direitos Humanos status de norma constitucional (CF, art. 5º, § 2º). Hoje, com a Emenda Constitucional nº 45 (CF, art. 5º, § 3º), os tratados de Direitos Humanos, aprovados pelo quorum qualificado ali estabelecido (em dois turnos por três quintos dos votos dos respectivos membros), passaram a ser equivalentes às emendas constitucionais, podendo, como normas material e formalmente constitucionais, reformar a própria Carta Magna.

No caso especial da Amazônia brasileira, porém, há normas internas que conduzem ao desrespeito dos direitos humanos na Região. É o que ocorre com a Lei nº 11284/06, sobre Gestão de Florestas Públicas, resultante do Projeto de Lei nº 4776/05, do Executivo, contrário ao Plano Amazônia Sustentável, de 2004,



do Ministério do Meio Ambiente e do Ministério de Integração. Houve desrespeito aos direitos adquiridos de comunidades indígenas e não indígenas locais, repúdio à Convenção sobre Biodiversidade-ECO-92 (CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, 1992), ratificada pelo Brasil, e total ignorância do social, cujas vinculações com pobreza, indigência, trabalho escravo, trabalho de menor, prostituição, violência, endemias, analfabetismo e falta de educação ambiental são por demais evidentes.

Urge, pois, o estabelecimento de um Plano Nacional para a Amazônia Brasileira, por meio de uma articulação política regional e nacional, com o intuito de atingir as esferas internacional, transnacional e supranacional – o que também não constou das recentes Conferência das Partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima - COP-15 (2009) e Conferência das Partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima - COP-16 (2011) sobre as mudanças climáticas, que incidem sobre pobreza, indigência, miséria e pauperismo. Esse plano respeitaria não só os Direitos Humanos, como também a Soberania (o que a Lei nº 11284/06 não fez, ao permitir a utilização de áreas estratégicas de fronteiras tanto a empresas nacionais, como a empresas transnacionais). Dentro de uma estrutura dialógica, esse Plano cuidará da economia, da política e da estratégia, incentivando o social, numa linha de desenvolvimento sustentável, no atual mundo integrado e globalizado, em respeito à democracia (sem monitoramento alienígena) e à soberania (princípio básico que rege a República Federativa do Brasil).

## Conclusão

A presente análise procurou demonstrar a interação dos Direitos Humanos com a Cooperação e no contexto do Direito Interno e do Direito Internacional, tendo em vista o respeito à dignidade humana. São cada dia mais numerosos os setores dos Estados, das organizações e da sociedade civil que abraçam essa assertiva, muito mais por estratégia, do que por altruísmo. É intuitivo, pois, que a nova ordem mundial

também o faça – mais por altruísmo, do que por estratégia –, apesar da relação paradoxal entre Direitos Humanos e Direitos Econômicos (afinal de contas, estes fazem parte daqueles), a fim de assegurar o desenvolvimento e o bem-estar, ambos fundamentais para a dignidade humana.

Vinculando a **recentralização humanista à proteção da pessoa humana**, observa-se a incidência de prós e contras no contexto das normas internacionais sobre a matéria (ONU, OEA, UE) e no Direito Interno dos Estados (no caso brasileiro, Lei nº 11284/06, a despeito do disposto na CF, art. 4º, II, Título II, e na Emenda nº 45/04, art. 5º, §§ 3º e 4º).

Tal **recentralização** torna-se, porém, cada dia mais real, em temas como meio ambiente, refugiados, imigração, tortura, deficiência física, serviços, propriedade intelectual, corrupção e asilo – também com prós e contras –, se se visa a um Estado cosmopolita humanitário, um novo *jus gentium*, com normas jurídicas comuns aos povos (por meio da harmonização, nunca pela uniformização) e aplicáveis entre as Nações, pela ação conjunta do Estado-Nação e da Sociedade Civil.

Claro que tudo isso integra um processo lento – às vezes contraditório, mas progressivo –, pois Direito é ciência socioadaptativa (FERNANDEZ, 2007?), exigindo racionalidade, cognição e diálogo – o **processo dialógico** de Habermas (1997) –, além da **ação estrutural**, de Hannah Arendt (1987). Trata-se de um método – que compreende ação, reação e interação – no espaço em que se aplica. Como o contexto internacional deixou de ser exclusivamente interestatal, saliento seu caráter assistemático e descentralizado – dispersão, diversificação e fragmentação –, lembrando as imposições de Perroux e os fenômenos patológicos de Durkheim, insistindo sobre uma visão mais humana da nova ordem mundial no plano normativo e no plano institucional.

Assim, quanto à **supranacionalidade**, lembro a importância do social, decorrente das transformações globais, a coordenação de políticas de proteção de direitos da pessoa humana e a imposição de princípios sociais básicos em acordos comerciais internacionais. E quanto à **transnacionalidade**, destaco a ação da sociedade civil (empresas, clubes, grupos, sindicatos, igrejas, certas **ONG's**) na efetivação da proteção daqueles direitos.

Trata-se do papel da sociedade civil como espaço político para o estabelecimento de **modelos** de Direitos Humanos fora do **etos** instrumental do Estado-Nação, pela publicidade, pela pluralidade e pela normatividade, fortalecendo a própria democracia, enquanto momento do mesmo movimento histórico (BOBBIO, 1994), reforçando a estrutura do Estado de Direito.

Trata-se de **ideias** – integrantes de um estudo sobre **dignidade humana** e **recentralização humanista** –, o que não deve soar surpreendente, pois, como dizia Keynes (1973), “somos todos nós governados por **ideias**”. Resta apenas esperar que elas – as **ideias** – transformem-se em atos e em atitudes que atendam tanto aos “desmerecidamente pobres”, de Bernard Shaw, como aos fartos integrantes do “universo da afluência”, de John Kenneth Galbraith... (1987).

(Revisão do autor)

## Referências

- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos; revisão técnica Cláudio de Cicco. 5. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994. 184 p.
- CASELLA, Paulo Borba. Direito internacional e dignidade humana. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho (Org.). **Direito internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 224-343.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 1523 p.
- CONFERÊNCIA DAS PARTES DA CONVENÇÃO QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇA DO CLIMA (COP), 15., 2009, Copenhague, Dinamarca.
- CONFERÊNCIA DAS PARTES DA CONVENÇÃO QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇA DO CLIMA (COP), 16., 2011, Cancun, México.
- CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA (CDB), Rio de Janeiro: Nações Unidas, 1992.
- DEUTSCH, Karl W **Análise das relações internacionais**. Tradução Alcides Gastão Rostand Prates. Brasília: Universidade de Brasília, 1978. 263 p. (Pensamento político; v 1).
- FERNANDEZ, Atahualpa. Palestra proferida na Universidade da Amazônia (UNAMA), Belém, 2007?
- GALBRAITH, John Kenneth. **A Sociedade Afluente**. São Paulo: Pioneira, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. (Biblioteca Tempo Universitário; v. 101-102).
- JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. Tradução: Cláudia Lima Marques. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 105-114, mar. 2003. Fascículo em homenagem à entrega de título de doutor Honoris Causa/UFRGS ao jurista Erik Jayme.
- JELLINEK, Georg. **La dottrina generale del diritto dello Stato**. Traduzione italiana sulla terza edizione tedesca del dott. Modestino Petrozziello; con una introduzione generale di Vittorio Emanuele Orlando. Milano: Giuffrè, 1949. Miii, 317 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. xxxiv, 637 p.
- KEYNES, John Maynard. **The general theory of employment interest and money**. London: Macmillan, 1973. 428 p. (The collected writings of John Maynard Keynes; v. 7).
- LAFER, Celso. **Comercio e relações internacionais**. São Paulo: Perspectiva, 1977. 88 p. (Coleção Elos; v. 8).
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: J. de Oliveira, 2004. 330 p.
- MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1960. 2 v. (Coleção Direito e Cultura; v. 9).
- MATTOS, Adherbal Meira. Reflexões sobre direitos humanos no plano mundial e no plano nacional. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 31, p. 85-99, 2006.
- MCDUGAL, Myres Smith; REISMAN, W. Michael. **International law essays: supplement to International law in contemporary perspective**. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1981. vii, 638 p.
- MENEZES, Wagner. Os princípios no direito internacional. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho (Org.). **Direito internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 683-699.
- MORGENTHAU, Hans J. **Politics among nations: the struggle for power and peace**. 3d ed. New York: Knopf, 1960. 630, xxiii p.
- RAMOS, André de Carvalho. Os modelos de interação entre direitos humanos e os processos de integração econômica. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho (Org.). **Direito internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 203-219.
- REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito: [situação atual]**. 5. ed., rev. e reestruturada, 7. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005. xxiii, 161 p.
- SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **Direito Internacional Público**. 4. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006. 286 p.
- TRATADO DE ASSUNÇÃO (1991). **Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai: (Assunção, 26-03-1991)**.
- TRATADO DE LISBOA (2007). **Tratado de Lisboa que emenda o Tratado da União Europeia e o Tratado que estabelece a Comunidade Europeia: (Lisboa, 18-12-2007)**.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. 742p.
- UNESCO. Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. In: CONFERÊNCIA GERAL DA UNESCO, 29., Paris, 1997.
- UNIÃO EUROPEIA. Carta de direitos fundamentais. Nice (FR), 2000.





Raimundo Wilson Gama Raiol

O plano diretor do município como instrumento de acessibilidade para pessoas com necessidades especiais: aporte para o exercício do direito à educação e aos meios de transporte

#### Resumo

O plano diretor do município, como instrumento do planejamento urbano, é idôneo para proporcionar às pessoas com necessidades especiais o exercício do direito de acessibilidade às edificações, aos diversos espaços públicos e aos meios de transporte coletivo. Como consequência, ao ensejar a acessibilidade, abre a possibilidade de as referidas pessoas chegarem onde funcionam escolas e aos lugares destinados ao trabalho, favorecendo, desse modo, sua inclusão social.

#### Palavras-chave

Plano diretor. Cidade inclusiva. Acessibilidade. Pessoas com necessidades especiais. Educação. Trabalho.

#### Abstract

The directive plan for the municipality is an appropriate instrument to be employed in the urban planning for its potential to provide the disabled with the opportunity to exercise the right for access to buildings, public facilities and community transportation means. As a consequence, by dealing with access, it broadens opportunities for such people to reach schools and work places, favoring their social inclusion.

#### Key words

Directive plan. Inclusive city. Accessibility. Disabled People. Education. Work.

# O plano diretor do município como instrumento de acessibilidade para pessoas com necessidades especiais: aporte para o exercício do direito à educação e aos meios de transporte

The directive plan for the municipality as an instrument of accessibility for the disabled people: an assistance for exercising the right to education and transportation means

## Introdução

O direito das pessoas com necessidades especiais a que lhes seja garantida acessibilidade nas edificações e nos meios de transporte público, nos termos dos artigos 227, § 2º, e 244 da Constituição da República, encontra no plano diretor municipal um instrumento idôneo, previsto, igualmente, no artigo 182, § 1º, da referida Carta, que o declara “o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, de uso obrigatório nos municípios com mais de vinte mil habitantes, além de ser integrante do planejamento urbano, nos moldes dos artigos 4º, III, a, e 40, § 1º, da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade. O mesmo Estatuto, no artigo 41, § 2º, preceitua que, nas cidades com mais de quinhentos mil habitantes, haverá plano de transporte urbano integrado, que deverá guardar compatibilidade com o plano diretor ou nele estar inserido.

Os planos diretores municipais devem ser orientados pelos ditames de acessibilidade, de acordo com o artigo 13, I, do Decreto Federal nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, regulamento da Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 – a Lei Nacional de Acessibilidade –, bem como pelas normas de acessibilidade editadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Raimundo Wilson Gama Raiol\*

\* Mestre em Direito Penal e Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Adjunto I da referida Universidade, em atuação no curso de graduação e no curso de pós-graduação em Direito. Consultor jurídico (aposentado) do Estado do Pará. Diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará (ESM-PA). Membro efetivo da Academia Paraense de Letras Jurídicas (APLJ). E-mail: raimundoraiolraiol@bol.com.br

Vislumbra-se, portanto, a importância do plano diretor para a previsão de acessibilidade e sua implementação no âmbito de cada município obrigado a adotá-lo como instrumento de planejamento urbano.

Vértices conceituais: PNES, barreiras arquitetônicas e acessibilidade

As pessoas com necessidades especiais (PNES) são, em suma, as que, em razão de implicações na funcionalidade corporal, que lhes causam sequelas, enfrentam adversidades nos ambientes físico-estruturais e no relacionamento social: neste, sobretudo, como consequência de estigmas e preconceitos; naqueles por força de barreiras arquitetônicas. São os seres humanos que, em decorrência de deficiências físicas, resultantes, por exemplo, de paraplegia ou de amputação de uma parte do corpo, ou de deficiências visuais, sensoriais ou mentais, passam a ter limitações em suas atividades e, daí, a sofrer restrições na participação esperada ou exigível de qualquer pessoa.

Não se imagine, porém, que essas pessoas sofrem restrições apenas por império das sequelas que lhes atingem as funções do corpo e da mente. Contribui, também, para que sejam atingidas pelos impactos dessas restrições o ambiente social.

Veem-se, portanto, essas pessoas na contramão do que se preconiza como funcionalidade<sup>1</sup>, que diz respeito tanto às funções do corpo e à capacidade de o indivíduo realizar tarefas diárias, quanto à participação social (SAMPAIO et al, 2005, p.129-136)<sup>2</sup>. A propósito, vale lembrar o que sintetizam Farias e Buchalla (2005, p. 187): “A funcionalidade e a incapacidade dos indivíduos são determinadas pelo contexto ambiental onde as pessoas vivem”.

Recorrendo-se à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas (ONU), instrumento equiparado à emenda constitucional, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Constituição da República –, promulgada pelo Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, extrai-se o seguinte conceito acerca das mencionadas pessoas, o qual permite entrever que são alvo não apenas das vicissitudes orgânicas e mentais, mas também das limitações determinadas pelas barreiras físicas e sociais:

são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (NAÇÕES UNIDAS, 2006).

No texto da referida Convenção, artigos 3º, f, e 9º, 1a, e 2d, a acessibilidade assume o status de princípio. A Convenção também prevê que os Estados Partes, entre os quais o Brasil, obrigam-se a adotar medidas que assegurem o acesso a pessoas com necessidades especiais, explicitando que tais medidas destinam-se a eliminar obstáculos ou barreiras arquitetônicas nos

edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho [...] Dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público de sinalização em braille e em formatos de fácil leitura e compreensão (NAÇÕES UNIDAS, 2006).

No âmbito normativo brasileiro, a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 – a Lei Nacional de Acessibilidade –, e seu regulamento, o Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, distinguem a pessoa portadora de deficiência da pessoa com mobilidade reduzida: a primeira é a pessoa com limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade, que apresente deficiência física, auditiva, visual, mental e múltipla; a segunda, aquela que, mesmo não sendo mortificada por qualquer dessas deficiências, tenha, por algum motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, do que lhe decorra redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção. Desse modo, a pessoa que sofra a amputação de membro do corpo enquadra-se no grupo dos portadores de deficiência; mulher com gravidez de alto risco ou obeso mórbido subsumem-se no conceito de mobilidade reduzida.

Apesar de suas singularidades, essas pessoas não são ineficientes. São diferentes ou talvez um pouco mais diferentes, em razão de que seus sinais ou sequelas tornam-nas mais notadas, segundo afirma Ribas (2003, p. 13). Poder-se-ia considerá-las como pessoas com eficiência diferenciada em relação às que não são tolhidas por alguma incidência grave ou limitadora das funções de seu corpo.

Por outro, as referidas pessoas têm evidenciadas as suas limitações para o exercício de atividades, ou seja, sua incapacidade, quando se deparam com obstáculos físico-ambientais, limitadores ou impeditivos do acesso, da liberdade de movimento e de circulação, os quais se classificam em barreiras arquitetônicas (urbanísticas, nas edificações ou nos transportes) ou barreiras nas comunicações, de acordo com a Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, Lei Nacional de Acessibilidade.

De outra monta, a eliminação dessas barreiras é o contraponto que se objetiva concretizar por meio da acessibilidade, que se constitui na

possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida,

1 De acordo com a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), de 2001, da Organização Mundial de Saúde (OMS), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU).

2 Afirmam os autores: “Na versão final da OMS, funcionalidade engloba todas as funções do corpo e a capacidade de o indivíduo realizar atividades e tarefas relevantes na rotina diária, bem como sua participação na sociedade. Similarmente, incapacidade abrange as diversas manifestações de uma doença, como: prejuízos nas funções do corpo, dificuldades no desempenho de atividades cotidianas e desvantagens na interação do indivíduo com a sociedade”.

como a define a precitada lei. Segundo essa lei, apenas para esclarecer, os elementos de urbanização são os referentes à pavimentação, saneamento, encanamentos para esgotos, distribuição de energia elétrica, iluminação pública, abastecimento e distribuição de água, paisagismo etc., tais como as ruas, avenidas e praças públicas, enquanto, superpostos ou adicionados a eles, apresentam-se os elementos de mobiliário urbano, por exemplo, os semáforos, postes de sinalização, cabines telefônicas, lixeiras, toldos, marquises e quiosques.

Nessa direção, importante papel compete ao plano diretor do município, para isso, convolvendo-se em instrumento capaz de prever a acessibilidade que, em resumo, consiste na possibilidade de serem elididas essas barreiras em prol das pessoas com necessidades especiais (portadoras de deficiência ou de mobilidade reduzida), como preconiza a Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.

## Problemática

Que problemas para a acessibilidade são encontrados no ambiente físico-estrutural e podem ser alvo do plano diretor do município?

Os problemas constituem um rol considerável, cuja extensão e quantificação não se podem estabelecer de maneira exata. Aparecem sempre que há falta de acuidade no trato das estruturas físico-ambientais representadas pelos equipamentos e pelos mobiliários urbanos existentes nos municípios.

Depara-se com essa realidade nos edifícios (públicos ou particulares) destinados ao uso público e nos demais espaços cuja finalidade seja a de serem utilizados pelas pessoas, na busca de desempenharem seus mais diversos afazeres ou de, simplesmente, mas legitimamente, exercerem o direito de locomoção.

Assim sendo, constata-se, apesar de haver acessibilidade em razoável número, que muitos edifícios onde estão instalados os órgãos mantidos pelo Poder Público oferecem obstáculos de acesso às pessoas que têm limitações de natureza orgânica. Isso ocorre nos lugares onde as estruturas físicas dos municípios ainda não tenham sido alcançadas pelos avanços tecnológicos capazes de dotar de acessibilidade tais ambientes.

Nota-se, ademais, a caracterização desse descuido com a acessibilidade nos prédios de domínio privado, mas de destinação pública, nos quais deságua a torrente humana, movida por seus múltiplos interesses ou pendências.

Não se pode olvidar que isso ocorre nos municípios de maior envergadura arquitetônica, como o são as metrópoles ou as cidades componentes das regiões metropolitanas, ou mesmo nas de médio ou pequeno porte que ainda se ressentem da falta de adaptações nos prédios para os quais aflui a movimentação humana. As escadas, nesses imóveis, públicos ou privados, embora se mostrem, às vezes, como verdadeiros frutos do gênio arquitetônico, são desprovidas de corrimãos e se tornam afrontosas às pessoas que padecem de limitações no aparelho locomotor ou de carências ou falta do sentido da visão. Esses imóveis, por outro prisma, não dispõem de rampas ou as possuem sem corrimãos, impedindo ou dificultando a deambulação das pessoas com aquelas características somáticas.

O problema existe em locais de trabalho, desprovidos de entradas ou de saídas acessíveis e de escadas ou rampas internas que possam ser escaladas com segurança, ou mesmo desguarnecidos de elevadores com voz digitalizada ou com dimensões que comportem uma pessoa em cadeira de rodas. Além disso, em muitos prédios onde funcionam escolas, o ingresso e a saída são dificultados por escadas, sem alternativa de rampas, ou de escadas internas íngremes e sem antiderrapantes, oferecendo perigos aos docentes, aos discentes e ao corpo funcional.

No passeio público, vale dizer, nas avenidas, ruas, travessas, alamedas, praças, passarelas, cruzamentos etc., a paisagem que se afigura é, também, a de pouco afinco no concernente à adoção de acessibilidade.

Nesse sentido, pode-se trazer à crítica o estado das calçadas (onde existem) como óbices à mobilidade, em decorrência do desnivelamento que as singulariza, além do piso escorregadio, principalmente em momentos de chuva. Sobre essas calçadas, não raro são colocadas mesas e cadeiras de bares e restaurantes, bem como plantas ou vasos ornamentais, oferecendo obstáculos aos transeuntes, o que se agrava quando são pessoas que sofrem de alguma deficiência ou de redução na mobilidade.

Não há, nas calçadas, o rebaixamento de guias, nas esquinas, nem nos canteiros centrais ou divisórios do leito carroçável, o que dificulta ou torna arriscado o fluxo de pessoas, pois, nessas circunstâncias, elas têm de enfrentar o perigo decorrente do intenso tráfego de veículos (motorizados ou não, ou seja, motocicletas e bicicletas), de regra, em alta velocidade.

Nas travessias, os semáforos, por não terem sonorização, não ensejam segurança às pessoas sem visão ao terem de atravessar uma artéria pública.

Deslocando o enfoque para as áreas despidas de pavimentação e calçamento, mais crucial é a situação. As dificuldades de deambulação são aumentadas, pois as pessoas são obrigadas a enfrentar lama, em tempo chuvoso, não podendo experimentar a indispensável segurança no caminhar, gravame que se acentua, incomensuravelmente, quando esses seres humanos tiverem limitações na marcha ou se movimentarem por meio de cadeira de rodas.

Abstrai-se, por via de consequência, a triste conclusão de que são comumente desrespeitadas as normas jurídicas nacionais sobre acessibilidade contidas na Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, bem como no Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, que a regulamenta. Ambos os instrumentos legais remetem o tratamento da matéria subsidiariamente às regras editadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

As aludidas normas técnicas, por sua vez, estabelecem os delineamentos, baseados no desenho universal (destinado a acomodar o mais amplamente possível as diferenças físicas e as limitações das pessoas e a proporcionar produtos e ambientes que lhes sejam adequados e compatíveis), que define como devem ser dotados de acessibilidade os prédios, os elevadores, as escadas, as rampas, as calçadas, os pisos, os ônibus, as embarcações, as aeronaves e os espaços públicos em geral<sup>3</sup>.

3 Algumas normas técnicas sobre acessibilidade relacionada às pessoas com necessidades especiais: ABNT NBR 9050/2004 (a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos), ABNT NBR 13994/2000 (elevadores), ABNT NBR 14021 (no trem urbano ou metropolitano), ABNT NBR 14022/2006 (em veículos de características urbanas para o transporte coletivo de passageiros), ABNT NBR 14273/1999 (no transporte aéreo comercial), ABNT NBR 15320/2006 (no transporte rodoviário) e ABNT NBR 15450/2006 (no transporte aquaviário).

Plano diretor e o princípio da dignidade da pessoa humana: cidade inclusiva

O plano diretor, como instrumento básico do desenvolvimento urbano e do planejamento urbano, deve pautar-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no artigo 1º, III, da Carta Federal, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; para tanto, a lei municipal que o estabelecer deve corporificar, em seu bojo, normas condizentes com a acessibilidade a ser provida em benefício das pessoas com necessidades especiais.

A dignidade da pessoa humana é pressuposto inerente ao ser humano. A partir daí devem ser resguardados os direitos fundamentais da pessoa humana de modo a que possa usufruir de condições mínimas de vida e participar, ainda que basicamente, das atividades nutridas pela sociedade, respeitados os ditames desta e a convivência com as demais pessoas. Como princípio, a dignidade da pessoa humana está elevada ao patamar constitucional, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito.

À vista disso, vale transcrever a proposição conceitual formulada por Sarlet (2010, p. 70) acerca dessa inerência do ser humano:

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

Justaponha-se a essas considerações o entendimento lapidar de Kant no sentido de que “o homem – e, de uma maneira geral, todo ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (2003, p. 58), ao que agrega: “Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o



são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim” (2003, p.58).

Não somente, como à primeira vista possa parecer, merecem guarida nesse princípio os seres humanos dotados de racionalidade, mas, igualmente, os que não o sejam, conforme a asserção de Sarlet, na retaguarda da dignidade das pessoas portadoras de grave deficiência mental, por exemplo, advogando, em abono disso, a capacidade potencial de cada ser humano para autodeterminar sua conduta, não dependente de sua efetiva realização, igualando-se aquelas em dignidade aos seres humanos física e mentalmente capazes (SARLET, 2010, p. 53).<sup>4</sup>

Ora, se assim é, entre as pessoas com necessidades especiais, as que sofrem de deficiência mental, embora desprovidas de racionalidade, são abrangidas por aquela qualidade inerente ao ser humano, estando, por isso, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, merecendo integral respeito e proteção estatal e social. Igualmente, são dotadas dessa dignidade as pessoas com necessidades especiais que conservem a racionalidade. Alinham-se, no tocante à dignidade, às que não apresentam nenhuma limitação orgânica.

Dessa maneira, o plano diretor do município pode ser alçado ao horizonte de catalogar normas capazes de viabilizar a política pública de acessibilidade para as pessoas com necessidades especiais, estas em grau de igualação com as isentas dessas peculiaridades limitadoras do viver humano.

Permita-se, nesse transe, trazer à colação uma assertiva de Dworkin: “O direito à dignidade é mais imperativo: exige que a comunidade lance mão de qualquer recurso necessário para assegurá-lo” (2009, p. 334).

Nesse ponto, deduz-se a ilação de que, como recurso para satisfazer àquele imperativo, o da dignidade humana, enquanto demanda das respectivas comunidades, valham-se os municípios da edição dos seus

planos diretores que, no dizer de Alochio, “são leis e nada perdem com isso; basta que saibamos manipular o instrumental a nosso dispor para alternativas de viés democrático” (2010, p. 122).

Em amparo a isso, ressoa a observação de Helena Costa, para quem a “dignidade humana, no sentido de atributo da pessoa que se refere à sua singularidade, é o fundamento jurídico de inúmeras normas” (2008, p.33).

Deve, portanto, o plano diretor, sob a forma de lei, ser o reflexo dos interesses e da vocação do próprio município, como frisa Toba (2004, p. 253), que acrescenta que, conforme Moreira (1999, p. 254), o referido instrumento pode prever medidas para a oferta de equipamentos públicos e acessibilidade.

O plano diretor municipal, por conseguinte, inspirado no princípio da dignidade da pessoa humana, pode ser o instrumento legal propiciador de acessibilidade para que as pessoas com necessidades especiais consigam desenvolver sua existência do mesmo modo como o fazem as pessoas dotadas de (total ou adequada) funcionalidade orgânica e mental na busca de realização de seus objetivos, nos vários ambientes da vida social e econômica, indo à escola e ao trabalho, principalmente – para os quais precisam de mobilidade na cidade –, bem como na persecução de outros interesses, exemplificativamente, o esporte e o lazer.

A cidade, portanto, como decorrência das previsões do plano diretor municipal, deve caracterizar-se como acessível, em sintonia com suas funções sociais, quais sejam, a habitação, o trabalho, a recreação e a circulação, como as enumera Ribeiro (2005, p. 175) – que ainda lembra o princípio de equiparação de oportunidades (RIBEIRO, 2005, p.183) –, tendo como destinatários os seus habitantes, entre os quais as pessoas com necessidades especiais.

A caracterização da cidade como inclusiva decorre do princípio da inclusão social, segundo o qual tanto a sociedade quanto quem necessite ser incluído têm de predispor-se a promover o processo de inserção e a aderir a esse processo. Ensina Sasaki (1997, p. 41) que essa inclusão é

o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade.

4 Eis sua afirmação: “Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz”.

Pondere-se que a cidade, para ter essa feição inclusiva – que poderá conquistar, sobretudo, pela vontade política de seus administradores –, deve materializar dois outros princípios relacionados ao da dignidade da pessoa humana. Um deles é o da igualdade, segundo o qual às pessoas com necessidades especiais devem ser ofertadas e efetivadas oportunidades de acesso a todos os edifícios destinados ao uso público, aos equipamentos e mobiliários públicos, enfim, a todos os ambientes físico-estruturais aonde podem chegar todas as demais pessoas. O outro princípio, que se afigura colateral também, é o da liberdade, que muito mais se potencializa em termos de aspiração por parte de quem sofre de deficiências orgânicas ou mobilidade reduzida, sendo de categoria primaz a acessibilidade àqueles lugares.

Plano diretor e previsão de acessibilidade: nas escolas e nos meios de transporte

Em consonância com o seu status de instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana – como estabelece a Constituição da República, no artigo 182, § 1º –, ou ainda de instrumento de planejamento do município – como declara a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, cognominada Estatuto da Cidade, no artigo 4º, III, a –, o plano diretor municipal abre flancos para funcionar como receptáculo de normas reguladoras da acessibilidade, como viés do uso seguro das edificações, dos mobiliários e equipamentos urbanos, dos transportes e meios de comunicação pelas pessoas com necessidades especiais, nos termos da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, Lei Nacional da Acessibilidade.

Nesse passo, convém salientar que o Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, regulamento da Lei Nacional de Acessibilidade, prevê que suas normas, bem como as disposições do Estatuto da Cidade e as normas técnicas editadas pela ABNT devem servir de orientação para a elaboração dos planos diretores municipais e dos planos diretores de transporte e trânsito.

Com efeito, o plano diretor assume essa postura, como se pode constatar a partir da exemplificação de normas extraídas de alguns diplomas legais editados por municípios que o estatuem, em razão de exigência

constitucional, as quais tratam, claramente, da matéria atinente à acessibilidade.

Seguindo essas orientações, portanto, devem ser formatados os diplomas legais que alberguem os planos diretores dos municípios.

Convém, conseqüentemente, trazer a lume os sedimentos normativos conferidos ao assunto pelo Plano Diretor do município de Belém, capital do Estado do Pará. O referido instrumento de planejamento urbano está consubstanciado na Lei nº 8.655, de 30 de julho de 2008. No rol dos princípios fundamentais concernentes à execução da política urbana belenense, menciona a função social da cidade como abrangente do direito à mobilidade, à acessibilidade e ao transporte coletivo.

Em virtude de estarem revestidas de importância para a acessibilidade, algumas disposições da lei reguladora do aludido plano diretor merecem destaque. Dentre os objetivos gerais da política urbana, destacam-se a construção, a adequação, a ampliação e a manutenção dos prédios escolares, respeitando-se as normas de acessibilidade indispensáveis à clientela da educação inclusiva, nos termos do artigo 5º, X, do referido diploma municipal. Este, em seu artigo 24, III, prevê como diretriz da Política Municipal de Esporte e Lazer a garantia de acesso das pessoas com necessidades especiais a todos os equipamentos esportivos municipais.

No que tange à Política Municipal de Mobilidade Urbana, a mesma lei aponta, a teor do seu artigo 42, I e IV, como diretrizes as de contemplar as mencionadas pessoas com malha viária livre de obstáculos e de estruturar o Sistema de Transporte Público de Passageiros (STPP), terrestre e hidroviário, com garantia de condições adequadas de conforto, segurança e confiabilidade. Além disso, consoante seu artigo 50, § 2º, estabelece que os códigos, sinais, materiais e outros meios de comunicação, informação e visualização urbana devem ser adaptados às pessoas em apreço.

A acessibilidade de que ora se trata está contemplada em leis de outros municípios paraenses.

No município de Ananindeua, a Lei nº 2.237, de 6 de outubro de 2006, instituidora do plano diretor, insere, nos termos do seu artigo 7º, V, no bloco das diretrizes da política urbana, a

garantia do acesso adequado da pessoa com deficiência e com mobilidade reduzida aos bens e serviços coletivos, logradouros e edifícios públicos, bem como às edificações destinadas ao uso industrial, comercial, de serviço e residencial.

O precitado diploma legal cita, no artigo 57, VII, como diretriz da política municipal de transporte e da mobilidade sustentável, a consistente em garantir àquelas pessoas acesso e utilização adequada “nos sistemas de transportes coletivos rodoviários e hidroviários, bem como em todo o logradouro urbano de uso público”. Outra diretriz de suma importância que preconiza é, nos moldes do artigo 67, VI, a de “garantir a inclusão da pessoa com deficiência na rede pública de ensino”, devendo o município, para isso, disponibilizar os recursos técnicos, materiais e humanos necessários.

Por sua vez, no município de Castanhal, a Lei nº 015, de 4 de outubro de 2006, ao instituir o Plano Diretor para o período de 2006-2016, cita, no artigo 9º, XIII, como objetivo o de

promover o desenvolvimento urbanístico sustentável, de forma equilibrada com implantação de infra-estrutura, serviços e equipamentos públicos, visando garantir acessibilidade a todas as pessoas portadoras de deficiência.

O retrocitado plano, no artigo 14, XIV, faz referência a “escolas polos por região rural com adaptação arquitetônica para alunos com necessidades especiais”, no elenco de diretrizes da política municipal de educação.

No que tange ao transporte, ao sistema viário e à mobilidade urbana, o mesmo plano diretor tem, como objetivo, a ampliação e a melhoria das condições de circulação de pedestres e de grupos específicos, entre os quais os idosos e os “portadores de necessidades especiais”, e, como diretriz, a proposição de políticas públicas para preparar “a cidade para todos (deficientes, gestantes, ciclistas, idosos etc.)”, como consta dos artigos 90, VII, e 91, XXIV.

O Plano Diretor Participativo do município de Santarém, criado pela Lei nº 18.051, de 29 de dezembro de 2006, é outro instrumento que garante o direito de acessibilidade das pessoas com necessidades especiais. Traz explícito, no artigo 47, V, que a estratégia da mobilidade urbana é a articulação e a integração

entre os componentes estruturadores representados pelo trânsito, pelo transporte, pelo sistema viário, pela educação do trânsito e pela integração regional, para assegurar o direito de ir e vir, com sustentabilidade, com vista a “promover acessibilidade cidadã” para as pessoas com aquelas singularidades.

Prevê esse plano diretor, consoante seu artigo 88, I e IV, como ações específicas a de promover reformas nas escolas regulares e dotá-las de recursos físicos, materiais e pedagógicos para o ensino das “pessoas com necessidades educacionais especiais”, bem como a de implantar centros de atendimento especializado para apoio psicopedagógico “aos alunos com necessidades educacionais especiais”, extensivo aos seus familiares e aos professores encarregados da educação especial.

Ao encontro disso, o plano diretor ora examinado prevê, no artigo 88, III e IV, a capacitação dos profissionais da educação para a inclusão desses alunos nas escolas regulares, bem como que estes sejam somente atendidos por aqueles, devidamente capacitados.

Fazendo transcender a abordagem do assunto para os limites fora do Estado do Pará, vale anotar que o Plano Diretor Participativo de Fortaleza, capital do Estado do Ceará, consubstanciado na Lei Complementar nº 062, de 2 de fevereiro de 2009, enuncia diretrizes que, segundo seu artigo 35, IV, cuidam de priorizar, no espaço viário, a circulação de pedestres, em especial das pessoas com necessidades especiais, além de garantir-lhes segurança, conforto e acessibilidade aos espaços, equipamentos e serviços urbanos.

Proclama esse plano, como estratégias de acessibilidade, a implantação de políticas de atendimento a essas pessoas, inclusive sob a fiscalização da Comissão Permanente de Acessibilidade (CPA), ali criada pela Lei nº 8.522/2001, e, também, o cumprimento da legislação federal sobre acessibilidade, em conjunto com as normas daquele município sobre a matéria.

Havendo acessibilidade nos prédios onde funcionem escolas, as pessoas com necessidades especiais serão contempladas com igualdade de oportunidade na seara da educação, concorrendo, para isso, indispensavelmente, a mobilidade permitida pelos meios de transporte coletivo acessíveis. Como efeito latente, poderão preparar-se para o mercado de trabalho.

## Considerações finais

É indispensável que o plano diretor do município seja manejado de maneira intensa para que funcione como viés de acessibilidade para as pessoas com necessidades especiais. A intensificação no uso desse instrumento servirá para plasmar vida com mais possibilidade de realizações a serem usufruídas pelas referidas pessoas. Tal resultado, vale realçar, depende da efetividade de suas normas, que determinam o acesso livre e seguro a todos os lugares e ambientes onde aquelas pessoas objetivem desempenhar suas atividades, principalmente na escola, no trabalho ou no lazer, em condições de igualdade com as demais pessoas.

A transparência dessa intensificação poderá ser observada na conjuntura em que os municípios, valendo-se de previsões orçamentárias e do emprego de recursos financeiros, trouxerem do arcabouço legal para a realidade concreta as determinações constantes dos planos diretores, para isso praticando atos capazes de dotar de acessibilidade ou adaptar, por exemplo, no momento de construção ou de ampliação, prédios onde estão sediadas escolas, empresas, lojas comerciais, repartições públicas, praças ou vias públicas, ou de estruturar o sistema de transporte, ou, ainda, estimulando e cobrando do particular postura idônea para concretizar o acesso livre de obstáculos às pessoas com necessidades especiais a todos os lugares destinados ao público.

Nessa direção, afigura-se razoável que os planos diretores municipais estabeleçam a exigência de acessibilidade aos lugares onde são prestados serviços à sociedade, pois, para a frequência e a permanência na escola e o exercício de atividades profissionais, na demanda de inclusão social, insta que as referidas pessoas cumpram o dever de quitação de mensalidades, adquiram livros, materiais escolares, uniformes e outras roupas, busquem tratamento médico e odontológico etc. Nos lugares onde predomine o transporte aquaviário, os planos diretores municipais devem prever que os trapiches e as embarcações sejam construídos ou adaptados de acordo com as normas de acessibilidade, em respeito aos ribeirinhos, principalmente.

Como corolário, dessa intensificação resultará o respeito à dignidade das referidas pessoas e a efetivação dos seus direitos à acessibilidade. Consequentemente, defluem daí outros direitos, em plano de efetividade, principalmente os relacionados à educação e ao trabalho, dando-se prioridade à realização dos mais diversos percursos para que as pessoas com necessidades especiais sejam contempladas pelo processo de inclusão social.

Ao lado dessa efetivação, até como suporte dela, tem-se o aceno de concretização da igualdade de oportunidades entre as pessoas que não apresentam limitações orgânicas e as que as apresentam, notadamente as pessoas com necessidades especiais. De permeio, pode-se até questionar positivamente no sentido de que as benesses que, para estas decorrem da acessibilidade, também se distendam àquelas. Afinal de contas, todas as pessoas, ressentindo-se, ou não, das cognominadas deficiência ou mobilidade reduzida, usufruem de conforto ao andar sobre calçadas bem niveladas ou ao usar escadas ou elevadores acessíveis. Assim, os direitos humanos tanto de umas como de outras dessas pessoas ficam materializados.

O plano diretor do município, portanto, pode funcionar como instrumento capaz de contemplar, mediante acessibilidade, as pessoas com necessidades especiais, tratando-as sob a égide da igualdade e da liberdade, enfim, do princípio da dignidade da pessoa humana, proporcionando-lhes inclusão social.

## Referências

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Plano diretor urbano e estatuto da cidade**: medidas cautelares e moratórias urbanísticas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.p.122.

ANANINDEUA. Lei nº 2.237, de 6 de outubro de 2006. Institui o Plano Diretor do Município de Ananindeua e dá outras providências. Disponível em: < [www.ananindeua.pa.gov.br/public/arquivos/legislacao/LEI\\_No\\_2237.pdf](http://www.ananindeua.pa.gov.br/public/arquivos/legislacao/LEI_No_2237.pdf). > Acesso em: 12 fev. 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR 9050**: acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos. Rio de Janeiro, 2004.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR 13994**: elevadores de passageiros – elevadores para transporte de pessoa portadora de deficiência. Rio de Janeiro, 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR 14021**: transporte – acessibilidade no sistema de trem urbano ou metropolitana. Rio de Janeiro, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR 14022**: acessibilidade em veículos de características urbanas para o transporte coletivo de passageiros. Rio de Janeiro, 2006a.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR 14273**: acessibilidade da pessoa portadora de deficiência no transporte aéreo comercial. Rio de Janeiro, 1999.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR 15320**: acessibilidade à pessoa com deficiência no transporte rodoviário. Rio de Janeiro, 2006b.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR 15450**: acessibilidade de passageiros no sistema de transporte aquaviário. Rio de Janeiro, 2006c.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 31. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. 364 p. (Coleção Saraiva de legislação).

BRASIL. Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de dez. 2004. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislação/>. > Acesso em: 12 fev. 2011.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 de ago. 2009. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislação/>. > Acesso em: 12 fev. 2011.

BRASIL. Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 de dez. 2000. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislação/>. > Acesso em: 12 fev. 2011.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de jul. 2001. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislação/>. > Acesso em: 12 fev. 2011.

BELÉM (PA). Lei nº 8.655, de 30 de julho de 2008. Institui o Plano Diretor do Município de Belém, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.belem.pa.gov.br/planodiretor/.../Lei\\_N8655-08\\_plano\\_diretor.pdf](http://www.belem.pa.gov.br/planodiretor/.../Lei_N8655-08_plano_diretor.pdf). > Acesso em: 12 fev. 2011.

CASTANHAL (PA). Lei nº 015, de 4 de outubro de 2006. Dispõe sobre o Plano Diretor para o Período de 2006-2016, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.sedurb.pa.gov.br/municipio/castanha/PD\\_CASTANHAL.pdf](http://www.sedurb.pa.gov.br/municipio/castanha/PD_CASTANHAL.pdf). >. Acesso em: 12 fev. 2011.

CEARÁ. Lei Complementar nº 062, de 02 de fevereiro de 2009. Institui o Plano Diretor Participativo de Fortaleza. Disponível em: < <http://google.com.br>. >. Acesso em: 12 fev. 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 174 p.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. Rev. Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. xiii, 362 p.

FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cassia Maria. A Classificação Internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos perspectivas. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 187-193, jun. 2005. Disponível em: < [www.pgdef.ufpr.br/11uf%20artigo-vi.pdf](http://www.pgdef.ufpr.br/11uf%20artigo-vi.pdf). > Acesso em 04/06/2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003. 141 p.

MOREIRA, Antônio Claudio Moreira Lima e. Conteúdo e tipologia dos planos diretores. In: FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA. **O município no século XXI**: cenários e perspectivas. São Paulo: Cepam, 1999. p. 249-256.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. In: ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 61., 2006, Nova York.

RIBAS, João B. Cintra. **O que são pessoas deficientes**. São Paulo: Brasiliense, 2003. 103 p.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Uma cidade para todos. In: Garcia, Maria (Coord.). **A cidade e seu estatuto**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2005. 378 p.

SAMPAIO, R. F. et al. Aplicação da classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde (CIF) na prática clínica do fisioterapeuta. **Revista Brasileira de Fisioterapia**, São Carlos, SP, v. 9, n. 2, p. 129-136, maio/ago., 2005. Disponível em: < [http://www.crefito3.com.br/revista/rbf/05v9n2/pdf/129\\_136\\_cif.pdf](http://www.crefito3.com.br/revista/rbf/05v9n2/pdf/129_136_cif.pdf). >. Acesso em 04/06/2010.

SANTARÉM (PA). Lei nº 18.051, de 29 de dezembro de 2006. Institui o Plano Diretor Participativo do Município de Santarém. Disponível em: < <http://google.com.br>. >. Acesso em: 12 fev. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8.ed, rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 182 p.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 1997. 174 p. (Coleção inclusão).

TOBA, Marcos Maurício. Do plano diretor. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. (Coord.). **Estatuto da Cidade**: Lei 10.257, de 10.07.2001. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 237-256.





# Relato

# EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA:

## A experiência da Escola Superior da Magistratura-PA\*

O objetivo deste texto é fazer um relato da experiência da implantação do Ensino a Distância (EaD) na Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará (ESM-PA), instituição de ensino vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado (TJE-PA). Há mais de um ano em funcionamento, o sistema tem sido aperfeiçoado e amplia sua base de acessos a cada nova transmissão realizada.

A EaD tem ganhado cada vez mais espaço nas organizações públicas e privadas, e no Poder Judiciário não poderia ser diferente. São notórios os benefícios trazidos por essa metodologia, que cada vez mais sensibiliza dirigentes e ganha adeptos em todo o País, popularizando ferramentas que respondem positivamente à necessidade de expansão dos níveis

de aprendizagem, por via da democratização do acesso ao conhecimento e à informação.

A implantação e o maior desenvolvimento do EaD no Brasil, em particular no âmbito do Poder Judiciário,

representam um movimento que tem sido acompanhado de forma atenta e participativa pela ESM-PA. Em novembro de 2009, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tratou de organizar o 1º Fórum de Educação a Distância do

Poder Judiciário, que teve como objetivo conhecer as melhores práticas desenvolvidas por instituições públicas e pensar em diretrizes para o compartilhamento de



Início da transmissão ao vivo pela Internet.

\* Texto desenvolvido com base em informações fornecidas pelo Departamento Acadêmico da Escola Superior da Magistratura do Pará (ESM-PA) e pela Oversee Tecnologia e Sistemas.



conteúdos de cursos a distância, ou seja, buscar compreender a evolução da EaD no âmbito do Judiciário brasileiro.

Já em fevereiro de 2010, durante o 3º Encontro Nacional do Judiciário, o CNJ estabeleceu entre suas metas “promover cursos de capacitação em administração judiciária, com no mínimo 40 horas, para 50% dos magistrados, priorizando o ensino a distância”. De responsabilidade de todos os tribunais, a capacitação visava a atingir cerca de sete mil magistrados brasileiros.

A partir daí, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) elaborou um plano de ação para auxiliar o Judiciário a cumprir essa tarefa. O plano elaborado pela Enfam, portanto, seguia a diretriz fixada pelo CNJ de priorizar ações de EaD para o alcance da meta em questão. A estimativa era de que cerca de 85% dos cursos de administração judiciária seriam ministrados nesse formato.

Seguindo as diretrizes estabelecidas, um dos maiores desafios assumidos pela ESM-PA, em 2010, foi a implantação e a operacionalização do Sistema de EaD, que entrou em funcionamento em março do mesmo ano, tendo como objetivo o alcance do maior número possível de magistrados e servidores do judiciário paraense e, conseqüentemente, o cumprimento da Meta 8 do CNJ.

O objetivo foi alcançado na sua quase totalidade. Dos 50% almejados, o TJE-PA obteve a marca de 45,6% de integrantes dos quadros da magistratura capacitados em 2010.

Para que isso fosse possível, foi necessário adaptar o sistema à realidade e às especificidades da região Norte. Apesar de todas as comarcas serem informatizadas, ainda restavam muitos obstáculos, entre os quais, fazer com que todos conseguissem participar ativamente dos cursos de aperfeiçoamento e palestras transmitidos ao vivo, através da Internet.

A metodologia e as técnicas de ensino

O Sistema de EaD foi adaptado pela Oversee, utilizando a plataforma Moodle, por meio da qual foram desenvolvidas várias ferramentas para o melhor acompanhamento e aprendizado dos servidores e magistrados. Destacam-se:

- a) transmissão ao vivo, pela Internet;
- b) videoteca digital das aulas transmitidas ao vivo para posterior acesso;
- c) disponibilização de material audiovisual e impresso;
- d) interatividade através de chat;
- e) suporte ao usuário online, com abertura de protocolo de atendimento;
- f) estatística de acesso em tempo real;
- g) estatística global para a avaliação de assiduidade após o curso;
- h) sistema de avaliação online com data de início e data de fim predeterminadas pelo tutor ou professor;
- i) controle das inscrições pela Secretaria da Escola, por meio de formulário online.

O objetivo

As facilidades do EaD são fundamentais, levando-se em consideração os obstáculos físicos e geográficos típicos do Estado do Pará, com suas comarcas localizadas em regiões tão distantes da capital. A ESM-PA tem como objetivo atingir o maior número possível de servidores e magistrados, sem tirá-los de suas comarcas e gerar qualquer tipo de custo adicional para sua capacitação, seu aperfeiçoamento e sua qualificação, disponibilizando, para isso, cursos, palestras e treinamentos ao vivo pela Internet.

Dentro de uma visão econômica, com a adoção do ensino a distância, restringem-se despesas com

deslocamentos e diárias. Além disso, o magistrado não precisa, nessa situação, afastar-se de suas funções jurisdicionais para fins de qualificação, nem há necessidade de substituição do juiz durante o período do curso, fatos relevantes para o dia a dia do Judiciário.

O resultado

Entre março de 2010 e março de 2011, foram realizados e transmitidos quatro (4) cursos, três (3) palestras e um (1) treinamento, com um total de 669 alunos inscritos na modalidade online.

Considerando-se o cenário de dispersão territorial em que se encontram os magistrados e servidores da Justiça estadual, com necessidades efetivas de aperfeiçoamento, chegou-se à conclusão de que nenhuma alternativa traria tantos benefícios globais como trouxe o ensino a distância para o Judiciário paraense.

Os cursos transmitidos entre março de 2010 e março e 2011 foram:

**a) Curso de Questões Relevantes do Processo Administrativo Disciplinar**

Realização: de 22 a 26 de março  
49 inscrições presenciais  
55 inscrições online

**b) Curso de Atualização em Processo Civil**

Realização: de 6 a 27 de abril (das 18h30 às 21h); de 11 a 25 de maio (das 18h30 às 21h); de 10 a 24 de agosto (das 18h30 às 21h)  
100 inscrições presenciais  
99 inscrições online

**c) Curso de Gestão de Processos na Atividade Judicante e Cartorária**

Realização: 9, 10 e 11 de dezembro  
85 inscrições presenciais  
112 inscrições online

**d) Curso de Aperfeiçoamento em Direito Sanitário sob a Ótica da Saúde Pública nos Tribunais**

Realização: 24 a 27 de janeiro de 2011  
70 inscrições presenciais  
40 inscrições online

O treinamento oferecido no mesmo período foi o seguinte:

**a) Treinamento do Sistema de Acompanhamento de Presos Provisórios e Apenados (Sispe)**

Realização: 10 de junho e 8 de setembro  
18 inscrições presenciais  
170 inscrições online

Já as palestras transmitidas foram as seguintes:

**a) Proposta de Mudanças: Um Novo Olhar sobre o Código de Processo Penal (CPP)**

Realização: 15 de abril  
117 inscrições presenciais  
91 inscrições online

**b) Da Ética Geral à Ética Empresarial**

Realização: 6 de maio  
63 inscrições presenciais  
56 inscrições online

**c) II Encontro Jurídico 2010**

Realização: 7 e 8 de outubro  
591 inscrições presenciais  
46 inscrições online

Outro importante dado diz respeito ao número de comarcas do interior do Estado que já se integraram ao sistema – vinte e uma (21) comarcas entre março de 2010 e março de 2011 – e cujos magistrados e servidores acompanham de seus locais de trabalho as transmissões online. São elas:

- a) Comarca de Marituba;
- b) Comarca de Vigia de Nazaré;
- c) Comarca de Castanhal;
- d) Comarca de Canaã Carajás;
- e) Comarca de Cametá;
- f) Comarca de Santarém;
- g) Fórum de Santa Isabel do Pará;
- h) Comarca de Curionópolis;
- i) Comarca de Cachoeira do Arari;
- j) Fórum da Comarca de Santarém Novo;
- k) Comarca de Marabá;
- l) Comarca de Santa Luzia do Pará;
- m) Comarca de Uruará;
- n) Comarca de Jacundá;
- o) Comarca de Moju;
- p) Comarca de Tucumã;
- q) Terceira Vara de Redenção;
- r) Comarca de Itaituba;
- s) Vara Única de Chaves;
- t) Comarca de Conceição do Araguaia;
- u) Comarca de Marapanim.



Curso Questões Relevantes do Processo Administrativo Disciplinar (março/2010)

Entretanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que a EaD potencialize seus benefícios para a educação corporativa. Não é apenas uma questão tecnológica. O desafio é também a institucionalização de práticas pedagógicas adaptadas à realidade das organizações, que as conduzam à realização de seus objetivos estratégicos. Porém, com infraestrutura adequada, equipe capacitada e vasto repositório de cursos à disposição, a ESM-PA pretende disseminar cada vez mais a EaD no âmbito do Poder Judiciário do Pará.





# Poema

## Antipoema 3

### O ASSALTO

João de Jesus Paes Loureiro

Na noite em que meu filho Pedro  
foi assaltado nas horas noturnas de uma drogaria,  
o oficial do Comando de Combate ao Crime Organizado  
em serviço, de colete à prova de balas, revólver na cintura,  
metralhadora na mão, pente de munição cruzando o peito,  
olhou-me e disse: — “Poeta! Sei que você é o poeta.  
Escreva sobre isto. Faça um poema contra a violência  
que assola nossa cidade. Escreva!”

A caneta em minha mão está sem balas.  
A caneta não contém bomba de gás e nem granada.  
Nem tinta lacrimogênica.  
Minha mão com a caneta entre seus dedos  
não tem a munição para enfrentar  
o assaltante que tem armas na mão.  
A não ser na metáfora  
a caneta não é fuzil, nem escopeta,  
pois só atira palavras no papel.

Aquele militar tinha nas mãos  
todas as armas usadas contra o crime  
e de dentro de um colete contra balas  
olhou-me tenso e disse:  
— “Poeta, escreva um poema contra isso.  
Faça um poema contra o crime. Escreva.”  
Aquele homem, armado até os dentes, crê na poesia.  
Aquele homem crê na paz.  
Aquele homem crê.

Eu via meu filho na imagem da TV  
enquanto perpetrava-se a violência delinquente.  
O assaltante a segurar-lhe o braço erguido  
e apontando-lhe uma arma na cabeça.  
O rosto de Pedro era um pânico de mármore.  
Aquele rosto que plantei em sua mãe  
como semente de amor  
estava lívido  
como quem olha a outra margem do rio  
da última viagem.  
A mão armada do assaltante ainda jovem  
segurava o revólver com bala no gatilho,  
cano encostado nas têmporas de Pedro  
e poderia, num segundo,  
matar aquela vida, nossa vida também.  
Foi nesse instante que o policial  
pateticamente, me disse:  
— “Poeta. Faça um poema contra isso”.  
(E os poetas apenas do inefável da palavra  
protegidos na armadura do hermetismo  
ouvindo isto  
talvez escondam irônico sorriso  
atrás de seu leque de seda e forma pura...)  
  
E o tempo -tempo a tempo- foi passando  
sem que eu quisesse o poema,  
o poema que também não me queria.  
Aquele mão do assaltante  
apontava contra mim sua arma trêmula,  
contra a poesia no meu coração.  
A bala no gatilho calava-me o verso na garganta.  
O poema vestia colete de silêncio  
renegando rimas e fonemas.  
Aquele cano de calibre 38 me anulava,  
pois a caneta não foi feita contra ele.  
Contra ele foi forjada a arma policial.

Entre essas duas armas,  
a arma que me fazia inútil face ao poema  
e a arma que me pedia as balas da poesia,  
minha mão assumiu esta caneta  
e desferiu fonemas e palavras e metáforas  
no peito alvo da página  
como a cravar alfinetes num fetiche  
de um desafeto presente embora ausente...

Qual é a pontaria que está, olho escondido  
por trás da arma vera do assaltante?  
A fome? A droga? O consumismo?  
O desemprego? O desamor? O desespero?  
Por que rosnava tanto ódio aquele moço,  
contra quem nunca viu  
e nem sequer odeia?  
Por que seria capaz de matar  
aquele que poderia ser seu companheiro,  
de escola ou de pelada?  
Por que matar quem nem sequer conhece?  
Que vida triste  
fê-lo capaz de voltar-se contra a vida?  
Talvez por ver-se condenado à morte a cada instante  
já não veja na vida um bem durável...  
Não veja vida na vida..  
Um ténis pela morte à vista  
é o preço de consumo do excluído?  
Na certidão de batismo do assaltante  
não foi escrito: "Nasceu para roubar."  
"Nasceu para matar."  
Por que escolheu essa dura profissão  
de túmulos cavar a cada dia?  
Em que agência de emprego marginal  
tirou a carteira de trabalho de assaltante?

Olhei a minha mão tendo entre os dedos  
a pena da caneta,  
tão fragilzinha em face a tantas penas  
e tive pena de mim, de nós, de todos.  
Talvez a mão que escreve este poema tosco,  
para vingar as penas de meu filho  
naquele triste momento que a TV tornou eterno,  
trocasse esta caneta por alguma arma de aço  
e matasse o assassino caso ele matasse  
aquele filho, luz em nossa vida.  
O assaltante também não saberia  
porque teria morrido...  
E outros assaltantes continuariam seus assaltos  
e outros pais continuariam  
vingando-se no ódio espelho de ódios.

A minha mão talvez nem conseguisse mais  
largar aquela arma  
e empunhar entre os dedos a caneta de fazer poemas.  
E ninguém veria nisso algum exemplo  
que pudesse arrancar o ódio do mundo.

Então eu compreendi aquele homem  
armado até os dentes  
e dentro de um colete avesso às balas,  
quando entre revólveres me disse:  
"Poeta escreva um poema contra essa violência."

Aqui está o poema.  
Versos veias abertas do meu ser.  
Levanto-me leve e alado.  
Deixo no colo do poema a caneta vazia.







# Resenhas

## A VIRTUDE SOBERANA: A TEORIA E A PRÁTICA DA IGUALDADE

Por Luiz Octavio Rabelo Neto\*



\* Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina e Procurador da Fazenda Nacional em Belém-Pará.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689p.

Nessa obra de filosofia política, o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin disserta sobre a igualdade, afirmando que ela é espécie ameaçada de extinção entre os ideais políticos, sendo rejeitada até mesmo por políticos que se declaram de centro-esquerda.

Contudo, o autor defende que nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade.

A obra está dividida em duas partes: uma teórica e outra prática, cada uma composta por sete capítulos. A Parte I relata grandes discussões teóricas a respeito de diversas concepções de igualdade existentes, argumentando que a igual consideração requer que o governo aspire a uma forma de igualdade material chamada “igualdade de recursos”.

Trata-se de uma teoria da justiça liberal-igualitária, segundo a qual tratar os membros de uma comunidade política com atenção e respeito iguais, independentemente das suas diferenças sociais, econômicas e de estilos de vida, significa distribuir igualmente os recursos escassos, pessoais e impessoais, a não ser que existam razões relevantes para não fazê-lo. Entre essas razões, estão as preferências e os gostos individuais, que são de responsabilidade pessoal e, portanto, não são fontes arbitrárias de desigualdade.

Isso porque qualquer versão do liberalismo tem entre suas preocupações centrais a de tratar os indivíduos como responsáveis por suas próprias preferências e pelos fins que escolheram perseguir em suas vidas, rejeitando-se qualquer interferência arbitrária, sobretudo por parte do poder público, nas escolhas individuais.

Por outro lado, se as citadas desigualdades são derivadas de diferenças de talentos, de outras causas naturais ou, ainda, de contingências sociais, defende o autor que deve haver uma compensação por mecanismos redistributivos em favor daqueles que têm menos recursos, uma vez que, nesse caso, a diferenciação advém do acaso e, portanto, é arbitrária do ponto de vista moral.

Nessa parte teórica da obra, a teoria da igualdade de bem-estar é o principal alvo da crítica de Dworkin, que a considera uma meta política não desejável e injusta. Há muitas concepções de bem-estar,

cujas consequências são bem diferentes, todas apresentando a dificuldade de que as comparações dos níveis de bem-estar das pessoas são sempre indeterminadas, pois os estados mentais e os desejos, assim como as preferências e metas de cada pessoa, são sempre subjetivos e variáveis. Essa teoria, em outros termos, apresenta a dificuldade de tentar igualar as pessoas em algo que elas valorizam de maneira muito diversa.

Reconhecendo que nenhuma comunidade real complexa, na qual aconteçam produção e comércio e na qual a maioria dos recursos já tem dono, pode, tecnicamente, alcançar ou manter uma distribuição igualitária ideal, Dworkin expõe que a meta deve ser reduzir o déficit de equidade de cada pessoa, entendido como déficit de recursos e déficit de liberdade. Segundo o autor, a maioria dos pobres do mundo sofre desses dois déficits injustos. A fim de combater tais déficits, podem-se aceitar, na prática, programas que produzam aprimoramentos predominantes na igualdade, isto é, programas de redistribuição que reduzam o déficit de equidade de algumas pessoas sem aumentar a restrição à equidade – seja de recursos, seja de liberdade – de qualquer outra pessoa, aproximando a sociedade real de uma distribuição ideal.

Como exemplos, Dworkin cita um imposto de renda progressivo para financiar um abrangente programa de bem-estar que ofereça uma diminuição adequada do nível de desemprego, seguros compensatórios contra desemprego, salários baixos e má sorte, bem como políticas de ações afirmativas.

Segundo Dworkin, nenhum país alcançou um esquema defensável de distribuição, e as situações igualitárias defensáveis, embora não concretizem a perfeita igualdade de recursos, são exemplos do melhor que se pode fazer. Isso porque, na prática, as dificuldades políticas para a promoção da igualdade são mais ameaçadoras que as técnicas.

Os ricos do mundo estão em situação muito melhor, e a maioria dos pobres em situação muito pior do que a igualdade de recursos permitiria.

A Parte II traz diversas controvérsias sobre questões políticas contemporâneas, como os debates sobre assistência médica pública, programas de previdência social, reforma eleitoral, ação afirmativa, experiências genéticas, eutanásia e homossexualismo.

Essa parte prática, todavia, não consiste em simples aplicação das teorias elaboradas na primeira parte da obra, mas também realiza importantes avanços teóricos.

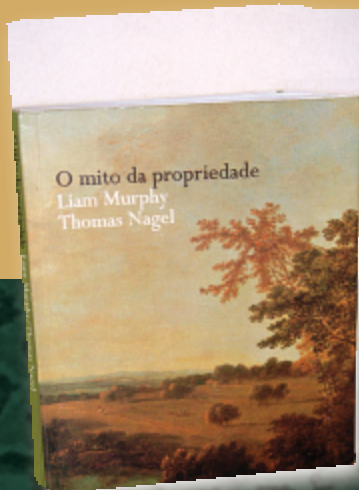
Considera-se essa obra, e a teoria da igualdade de Dworkin nela desenvolvida, uma importante contribuição para o estudo do princípio da igualdade. Sua concepção de igualdade tem o mérito de abrandar as consequências nefastas provocadas pelo liberalismo clássico, segundo o qual o mercado, e somente ele, poderia regular a distribuição das riquezas sociais. A teoria do igualitarismo liberal e, mais especificamente, a teoria da igualdade de recursos, dessa maneira, humanizam o liberalismo, introduzindo o valor da “igualdade” como a virtude soberana de uma nação democrática.

É interessante a construção teórica que Dworkin faz ao conciliar os valores igualdade (de recursos), liberdade (com restrições) e comunidade (com tolerância em questões éticas), entendendo que esses valores não são virtudes políticas distintas, mas aspectos complementares de um só ideal político, que é justiça traduzida pela igualdade de recursos.

A redistribuição periódica de recursos proposta por Dworkin é compatível com a necessidade de garantir, ao menos, a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, os seus direitos fundamentais, assegurando-lhes um mínimo de recursos necessários para garantir a dignidade humana, uma vez que o Estado deve a todos igual consideração.

## O MITO DA PROPRIEDADE: OS IMPOSTOS E A JUSTIÇA

Por: Paulo de Tarso Dias  
Klautau Filho\*



\* Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Master of Laws pela New York University (NYU). Professor do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Procurador do Estado do Pará. klautau@uol.com.br

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. O mito da propriedade: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 280 p.

Ao leitor mais cioso de seus direitos de propriedade, esclareço que não se trata de uma defesa extemporânea de um projeto de natureza comunista.

Os autores são insuspeitos professores de Filosofia do Direito da New York University e filiam-se ao que se convencionou chamar “liberalismo igualitário”, a partir da marcante influência do pensamento de John Rawls na filosofia política norte-americana desde a década de 70 do século XX.

Publicada originalmente em 2002, a obra dedica-se a explorar uma lacuna ainda existente de estudos de filosofia do direito e de teoria da justiça dedicados ao direito tributário. O fenômeno reproduz-se com maior intensidade no Brasil, onde, a não ser pela reiterada reclamação sobre o peso da excessiva carga tributária, há muito pouca ou nenhuma discussão sobre as dimensões éticas das estratégias fiscais do governo.

Nagel e Murphy sustentam que, em uma economia capitalista, os impostos, muito mais do que um simples meio de pagamento pelos serviços públicos, devem ser compreendidos como o instrumento mais importante para se pôr em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva.

Nesses termos, o acalorado debate, em torno, por exemplo, da permanentemente malograda “reforma tributária” no Brasil, deve-se, não apenas a conflitos de interesses econômicos, mas também a ideias conflitantes sobre o que é a justiça ou a imparcialidade na tributação.

Para os autores, embora as pessoas não concordem quanto ao que é justo e ao que não é, todos percebem que a questão da justiça apresenta-se de maneira crua e imediata na definição de um sistema tributário. Quanto cada um de nós deve pagar? Para que deve ser utilizado o dinheiro? Quais os produtos ou serviços que devem ser isentos de impostos ou dedutíveis da base tributária? Quais são as desigualdades legítimas e admissíveis na renda líquida da população ou nos impostos pagos por pessoas diversas?

Contudo, em que pese a evidente relação dessas questões com a justiça, elas não têm gerado uma discussão, do ponto de vista moral, tão sofisticada quanto a que envolve outras questões públicas dotadas de dimensão moral – para manter o exemplo brasileiro, lembremos a pauta recente do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre liberdade de expressão, pesquisas com células-tronco, aborto de fetos anencefálicos, cotas raciais no

ensino público superior e reconhecimento de uniões estáveis entre pessoas de mesmo sexo.

Para os autores, isso ocorre, em parte, porque o sistema fiscal é marcado por um alto grau de incerteza empírica acerca das consequências econômicas das diversas opções, sendo difícil desvincular as discordâncias sobre a justiça das discordâncias sobre os possíveis resultados.

Além disso, o debate ocorre, sobretudo, no âmbito da política partidário-eleitoral, no qual alegações retóricas a serviço de interesses setoriais e imediatistas têm prevalecido.

Daí a proposta do livro de começar a ocupar esse território de “baixa densidade” na relação entre direito tributário e teoria da justiça.

Os autores enfatizam a necessidade de vencer um preconceito generalizado contra a tributação e a favor de que os recursos permaneçam nas mãos daqueles que os criaram ou adquiriram, numa presunção contra a interferência do governo.

Portanto, o pano de fundo das controvérsias acerca da tributação é a questão política de se definirem os direitos e deveres de um Estado democrático em relação aos seus cidadãos, e os direitos e deveres desses cidadãos em relação ao Estado e uns aos outros.

É geralmente por meio dos constrangimentos ou obrigações que o governo cria benefícios públicos – por exemplo, a conservação da paz e da segurança pública, a obtenção de receitas para o cuidado das crianças, a educação pública e os benefícios concedidos aos idosos.

As discordâncias sobre o âmbito legítimo dos benefícios e constrangimentos governamentais e sobre a relação entre esse âmbito e os direitos individuais estão geralmente por trás das divergências sobre a tributação, mesmo quando aquelas questões não se explicitam. Essas são questões que dizem respeito à extensão e aos limites da autoridade coletiva que, por meio de nossas instituições comuns, temos uns sobre os outros.

Atualmente, admite-se que a função do governo vai muito além do fornecimento de segurança interna e

externa, por meio da prevenção da violência entre as pessoas, da proteção da propriedade privada e da defesa contra ataques externos. Poucos negariam que certos bens públicos positivos, como a alfabetização universal, o sistema único de saúde e a proteção do meio ambiente, demandam a atuação do poder público. Existem, contudo, divergências acerca de qual deva ser o nível de participação do Estado nesses domínios.

Porém, as maiores controvérsias giram em torno do uso do poder governamental, não só para fornecer coisas que são boas para todos, mas também para providenciar recursos para os mais pobres, a partir da ideia de que certas espécies de desigualdade social e econômica são injustas (o tema, por excelência, da chamada “justiça distributiva”). Pense-se na permanente controvérsia que um plano como o “Bolsa Família” desperta entre nós.

Nagel e Murphy, sob explícita influência de Rawls, afirmam que “o objeto dessa controvérsia é a suposta justiça ou injustiça dos resultados produzidos por uma economia de mercado – a medida real em que esses resultados são uma recompensa pela contribuição produtiva, ou o grau em que os determinantes do sucesso ou fracasso econômico são arbitrários do ponto de vista moral” (p. 10).

Um tema dominante nessa discussão, e que emprestou o título à obra, é o de que a propriedade privada deve ser entendida, sobretudo, como uma convenção jurídica, definida parcialmente pelo sistema tributário. Nessa perspectiva, o sistema tributário não pode ser avaliado segundo os seus efeitos sobre a propriedade privada, concebida como algo dotado de existência e de validade independentes.

Desse modo, os impostos têm de ser avaliados como um elemento do sistema geral de direitos de propriedade que eles mesmos ajudam a criar. A justiça ou a injustiça na tributação não pode ser outra coisa senão a justiça ou a injustiça no sistema de direitos e concessões proprietárias, de distribuição

da riqueza produzida socialmente, que resultam de um determinado regime tributário.

Os autores asseveram que a maioria das convenções, quando estão suficientemente arraigadas, adquire a aparência de normas da natureza: seu caráter convencional torna-se invisível. É por esse motivo, entre outros, que elas têm tanta força – uma força que não teriam se não fossem a tal ponto interiorizadas pelas pessoas.

Nagel e Murphy alertam que “os direitos de propriedade sempre tiveram o poder de provocar esta ilusão” (p. 12). Exemplificam com a propriedade de escravos, a qual era uma criação do sistema jurídico, protegida pela própria Constituição americana. O caráter justo ou injusto das intervenções abolicionistas sobre a propriedade não poderia ser avaliado sem que se levasse em conta a justiça ou a injustiça da própria instituição escravocrata.

No caso dos impostos e da propriedade, a situação é mais complicada: a noção de “direito natural” de propriedade resultante da assimilação irrefletida de direitos de propriedade (na verdade, convencionais) pode gerar uma satisfação acrítica com o status quo, entendido como algo que justifica a si mesmo.

Por isso, sustentam os autores ser ilegítimo, para fins de avaliação de um sistema tributário, fazer apelo a um nível básico de direitos de propriedade, numa suposta “renda bruta pré-tributária”, pois essa renda é o produto de um sistema do qual os impostos são um elemento inalienável.

Isso não implica reconhecerem ser difícil apontar qual deve ser a forma apropriada de um sistema de direitos de propriedade e como ele deve ser moldado pela estrutura tributária. Mas insistem em que, para tentar resolver essas questões, é necessário resolver também certas questões relativas à liberdade individual, à obrigação dos cidadãos uns para com os outros e à responsabilidade pessoal e coletiva. Os direitos de propriedade não são o ponto de partida dessa discussão, são, antes, sua conclusão.

Para dar conta desses esclarecimentos, a obra comporta nove capítulos. O capítulo 1 tem natureza introdutória. No capítulo 2, os autores examinam os principais critérios propostos na literatura tributarista para avaliar a justiça dos impostos. No capítulo 3, analisam as diversas teorias da justiça social, política e econômica propostas pelos filósofos morais e políticos no decorrer de um período ainda mais longo – sustentam que tais teorias têm consequências para a avaliação do sistema tributário, mesmo que essas consequências não tenham sido afirmadas expressamente. No capítulo 4, explicam o caráter distinto de duas funções fundamentais da tributação: a separação entre recursos públicos e recursos privados e a (re)distribuição da riqueza socialmente produzida – tal distinção é decisiva para a identificação dos valores que devem ser levados em conta na avaliação dos múltiplos efeitos do sistema tributário. Os capítulos 5, 6 e 7 tratam, segundo o ponto de vista da teoria da justiça, de três questões essenciais para o projeto do sistema tributário: a base tributária (sobre o que devem incidir os impostos); a aplicação ou não de alíquotas progressivas aos impostos e, em caso afirmativo, a proporção dessa aplicação; a tributação da riqueza herdada. No capítulo 8, discutem algumas acusações específicas de discriminação entre contribuintes efetuadas por determinadas formas de tributação. Finalmente, no capítulo 9, recapitulam os resultados das discussões precedentes, resumem as suas concepções e dizem quais são, na opinião deles, os resultados práticos que elas poderiam ter se fossem aplicadas e submetidas às limitações políticas do mundo real.

Vários pontos sobre política tributária são inconclusos na obra. É certo que não há como resolver em definitivo todas as questões difíceis e complexas que envolvem o tema da tributação como instrumento de justiça distributiva, mas os cidadãos e os profissionais do direito e da política teriam muito a ganhar (com isso ganharíamos todos) se dedicassem maior reflexão aos aspectos levantados por Nagel e Murphy.





Papel certificado pelo FSC, que garante que a origem da madeira é correta, proveniente de florestas plantadas e sustentadas