

Dezembro 2012

REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Alexandre Morais da Rosa e Ricardo Conolly
Andreia Filianoti Gasparini e Loraina Raquel Scottá
Arion Escorsin de Godoy
Fernando Rubin
Maria Berenice Dias

Coord. Editorial
Andreia Paz Rodrigues



**REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
do Estado do Rio Grande do Sul**

Porto Alegre/RS

2012

ISSN 2178-0528

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul /
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul - Ano 3, n.
7,
(set./dez. 2012). – .Porto Alegre: DPE, 2012-

Quadrimestral.

Disponível também: World Wide Web:

< http://www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php>

ISSN 2178-0528

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria
Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Gilmara Gomes - CRB-10/1367

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Nilton Leonel Arnecke Maria

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL DO ESTADO

Luciana Pereira Kern

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Maria de Fátima Záchia Paludo

DIRETORA DA REVISTA

Andreia Paz Rodrigues

CONSELHO EDITORIAL

Claudia Barros

Elizandro Todeschini

Felipe Kirchner

Jaderson Paluchowski

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 - Centro Histórico

CEP 90010-100 - Porto Alegre/RS

Tel. 51 3211-2233

www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php

SUMÁRIO

DEMOCRACIA E JUIZ SEM ROSTO: Problemas da Lei nº 12.694/2012.....7

Alexandre Moraes da Rosa e Ricardo Conolly

A DEFENSORIA PÚBLICA E A EDUCAÇÃO EM DIREITOS EM MATÉRIA AMBIENTAL.....41

Andreia Filianoti Gasparini e Loraina Raquel Scottá

A CONSTITUIÇÃO, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA FRENTE ÀS VEDAÇÕES LEGAIS GENÉRICAS RELACIONADAS AOS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS.....59

Arion Escorsin de Godoy

PROCESSO JUDICIAL DE SEGURO (PRIVADO) EM RAZÃO DE ACIDENTE DE TRABALHO.....79

Fernando Rubin

ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL – UMA LEI POR INICIATIVA POPULAR.....93

Maria Berenice Dias

DEMOCRACIA E JUIZ SEM ROSTO: PROBLEMAS DA LEI Nº 12.694/2012

Alexandre Morais da Rosa*
Ricardo Conolly**

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo delinear o conceito do instituto do “juiz sem rosto”, averiguando a sua legalidade e seus efeitos práticos com base na análise das situações enfrentadas em países que adotaram este sistema. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo. Constatou-se, então, a violação a diversos direitos humanos e a garantias constitucionais, mormente nos casos práticos, em que cidadãos foram expostos a situações degradantes e humilhantes, bem como se procedeu a condenação irregular de diversas pessoas. Verificou-se, também, que a lei 12.694 de 2012 não instituiu a figura do “juiz sem rosto”, mas sim a do juízo colegiado – para os casos em que o magistrado for ameaçado por organizações criminosas -, inconstitucional apenas no tocante à vedação de publicação de voto divergente.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz sem rosto, Juízo colegiado, Constitucionalidade, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Lei nº 12694/2012.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Juiz sem rosto: definição e aplicação prática; 2. Recepção no ordenamento jurídico brasileiro; 3. Lei nº 12.694 de 2012 e o juízo colegiado; Considerações finais; Referências bibliográficas.

* Professor do Curso de Direito da UNIVALI-SC. Doutor em Direito (UFPR). Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise da UFPR. Juiz de Direito (TJSC). Email: alexandremoraisdarosa@gmail.com

** Estudante. Graduando do 10º período do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI -, Campus Itajaí – Rua Uruguai, 458, Centro, Itajaí/SC, CEP 88302-202 -, Email: ricardoc_@hotmail.com, Telefone: (47) 9983-6584.

INTRODUÇÃO

Em virtude do vivenciamento do crescimento da criminalização, vem-se procurando medidas de contenção e proteção das testemunhas e atores jurídicos envolvidos com o sistema de controle social, de modo que o presente trabalho tem como objeto a (im)possibilidade de integração do instituto conhecido como “juiz sem rosto” no ordenamento jurídico brasileiro, já que se traz o assunto à baila ante o recém assassinato da juíza Patrícia Acioli e das ameaçadas realizadas ao juiz da ação penal contra “Carlos Cachoeira”.

Faz-se necessária, então, a reflexão dos aspectos deste instituto, mormente ante a recente aprovação da Lei nº 12.694 de julho de 2012, conhecida por ser a instituidora do juiz anônimo no Brasil, visando à averiguação de conceito constitucionalmente adequado, sua legalidade/constitucionalidade e seus efeitos práticos, diferenciando-a do juízo colegiado.

Para tanto, utilizou-se do método dedutivo de pesquisa, por meio das técnicas do Referente, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1 JUIZ SEM ROSTO: DEFINIÇÃO E APLICAÇÃO PRÁTICA

Vivencia-se cada vez mais o discurso do “aumento da criminalidade” e da preocupação pública em relação à possibilidade de contenção desta periculosidade generalizada, embora esses argumentos sejam muitas vezes promovidos pela mídia e pelas estratégias de controle social, dissociados, de fato, dos mecanismos reais de violência, aliás, constitutiva. Assim, em virtude da pressão exercida pela população em geral em busca de políticas mais rigorosas, os Estados passam a adotar medidas de urgência que, muitas vezes, oferecem riscos às garantias dos indivíduos.

A faceta penal da globalização neoliberal se expressa de forma evidente pela maximização do direito penal e pela supressão das garantias processuais, ajustada e fomentada de acordo com a opinião pública(da). Apresenta-se com as seguintes peculiaridades: a) é própria de um contexto político-econômico; b) fomenta a repressão de cunho autoritário, especialmente para com a criminalidade de rua; c) estimula a diversificação e a extensão de sanções jurídicas, sejam penais ou extrapenais; d) pretende a mitigação dos direitos e garantias individuais e coletivos.

A transição do Estado *providência* para o Estado *penitência* denota o claro objetivo de gestão penal da pobreza da política criminal neoliberal.¹

De imediato, a notícia de juízes, detentores da função de exercer a jurisdição penal, sejam ameaçados ou assassinados gera pavor à população que espera pelo julgamento daqueles que assim procedem. Entretanto, a questão não é tão singela como aparenta.

Nesse sentido, um dos institutos criados com o intuito de persecução criminal mais eficiente e segura é conhecida por “Juiz sem Rosto”, expressão utilizada para o procedimento judicial em que se permite a figura do juiz anônimo, que não se identifica na realização de seus atos.

Sobre o tema, define Luiz Flávio Gomes:

(...) se caracteriza por não revelar sua identidade civil. Juiz sem rosto é o juiz cujo nome não é divulgado, cujo rosto não é conhecido, cuja formação técnica é ignorada. Do juiz sem rosto nada se sabe, salvo que *dizem* que é juiz.²

¹ ROSA, Alexandre Morais da. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41.

² GOMES, Luiz Flávio. Ministro Luiz Fux e o juiz sem rosto. **Instituto Avante Brasil**, 08.08.2012. Disponível em: <http://www.institutoavantebrasil.com.br/artigos-do-prof-lfg/ministro-luiz-fux-e-o-juiz->

Trata-se, portanto, de sistema em que o processado não possui o direito à identificação do responsável pelo processamento e julgamento de seu caso, proferindo-se sentença apócrifa. Esse sistema de juízes anônimos foi introduzido no ordenamento jurídico de alguns países como “resposta à expansão massacrante da criminalidade”³. Todavia, de aplicabilidade discutível, como se verá adiante.

Sabe-se que o “juiz sem rosto” se instalou efetivamente na Colômbia e no Peru, recentemente, por meio do Decreto nº 2.700 de 1991 e do Decreto-Lei nº 25.475 de 1992 – respectivamente -.⁴

Na Colômbia, o juiz sem rosto foi instituído em razão (aparente) de que o Estado havia perdido o controle sobre o crime organizado. Foi uma forma desesperada e inútil de fazer justiça naquele país. Carlos Daza Gómez⁵, em entrevista ao jornal “El Sol de México”, esclareceu que a Colômbia nos anos oitenta estava vivendo época em que os magistrados eram ameaçados pelos narcotraficantes, sob a liderança do conhecido Pablo Escobar Gaviria, que por tanto tempo foi figura de influência no cenário global.

A situação de poder e de liberdade por parte dos ditos “criminosos” era de tal gravidade, que em 6 de novembro de 1985, membros da guerrilha denominada M19 – ligada a Pablo Escobar – entraram no Palácio da Justiça (Bogotá), então sede da Corte Suprema e do Conselho de Estado, e mataram onze magistrados, entre eles o presidente da Corte Suprema de Justiça, vinte e dois funcionários, sete

sem-rosto/> Acessado em 19.09.2012.

³ FERREIRA, Hugo Barbosa Torquato. Proteção do juiz: nova lei não cria a pergosa figura do juiz sem rosto. **Justiça em Destaque**, 29.07.2012. Disponível em: <<http://justicaemdestaque.blogspot.com.br/2012/07/juiz-sem-rosto.html>> Acessado em: 19.09.2012.

⁴ SILVA, Ronaldo Lastres. Sistema de ‘juiz sem rosto’ é sentença sem assinatura. **ABRACRIM** – Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas -. Disponível em: <<http://www.abracrim.adv.br/site/index.php/artigos/240-sistema-de-juiz-sem-rosto-e-sentenca-sem-assinatura>> Acessado em: 17.09.2012.

⁵ GOMÉZ, Carlos Daza. Impide la corrupción crear “jueces sin rostro”. **El Sol de México**, 03 de fevereiro de 2008. Entrevista concedida à Nídia Marim. Disponível em: <<http://www.oem.com.mx/oem/notas/n581463.htm>> Acessado em: 28.09.2012.

advogados auxiliares, onze membros da Força Pública e três civis.⁶

Em face desta situação “alarmante”, em que o Estado se depara com fato tipicamente anárquico, criou-se a figura do juiz sem rosto por meio do Decreto nº 2700 de 1991, com a seguinte redação:

Art. 158.- Protección de la identidad de funcionarios. En los delitos de competencia de los jueces regionales, los servidores públicos distintos del fiscal que intervengan en la actuación pueden ocultar su identidad conforme lo establezca el reglamento, cuando existan graves peligros contra su integridad personal.

Las providencias que dicte el Tribunal Nacional, los jueces regionales o los fiscales delegados ante estos deberán ser suscritas por ellos. No obstante, se agregarán al expediente en copia autenticada en la que no aparecerán sus firmas. El original se guardará con las seguridades del caso.⁷

Assim, o art. 158 do diploma legal supracitado estabeleceu a faculdade do anonimato não só para os juízes, mas para todos os funcionários envolvidos no caso penal de competência dos juízes regionais – competente para causas mais seletas, comumente provocadas por organizações criminais de grande porte.

Essas decisões não eram “absolutamente” apócrifas, uma vez que o magistrado as firmava. Ocorria, contudo, de as decisões “originais” serem arquivadas em local seguro pelo Tribunal, o qual fazia cópias autenticadas destas, as

⁶ GOMÉZ, Carlos Daza. Impide la corrupción crear “jueces sin rostro”. *El Sol de México*, 03 de fevereiro de 2008. Entrevista concedida à Nidia Marim. Disponível em: <<http://www.oem.com.mx/oem/notas/n581463.htm>> Acessado em: 28.09.2012.

⁷ COLÔMBIA. Decreto n. 2.700, de 30 de novembro de 1991. Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal. Disponível em: <ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_penal_1991.html>. Acessado em: 08.10.2012.

quais eram publicadas – desta vez apócrifas. O sujeito era condenado sem saber quem os condenou... Esse procedimento, todavia, mostrou-se ineficaz, tendo em vista que os juízes anônimos continuaram a morrer, em decorrência da corrupção dos servidores públicos que vendiam informações sigilosas – o crime organizado teve apenas de desembolsar valor maior para identificar os magistrados mascarados⁸.

Já em relação ao Peru, promulgou-se o Decreto-lei nº 25.475 de 1992 – conhecida pela Lei do Terrorismo -, criando o juiz ‘mascarado’ em momento histórico de agravamento espantoso do terrorismo aos arredores de Lima.

El sistema judicial había fracasado rotundamente en el intento de hacer frente al terrorismo de manera eficaz. El auto-golpe del Presidente Fujimori, del 5 de abril de 1992, mediante el cual disolvió el Congreso, purgó a los tribunales e impuso controles a la prensa, abrió paso a la introducción de fuertes medidas antiterroristas con una oposición mínima. Presunción de culpa: Violaciones de los derechos humanos y los tribunales sin rostro en Perú (Informe de 1996).⁹

Passou-se a dispor em lei – art. 13 -, então, que os crimes de terrorismo – elencados neste mesmo texto legal – teriam a sua competência movida para Tribunal Militar de exceção, o qual julgava secretamente os indiciados em “sala especializada”, e ainda impossibilitava, expressamente, a suspeição dos magistrados e auxiliares.¹⁰ Essa outorga de

⁸ GOMÉZ, Carlos Daza. Impide la corrupción crear “jueces sin rostro”. *El Sol de México*, 03 de fevereiro de 2008. Entrevista concedida à Nidia Marim. Disponível em: <<http://www.oem.com.mx/oem/notas/n581463.htm>> Acessado em: 28.09.2012.

⁹ Human Rights Watch. **Presunción de Culpa: Violaciones de los derechos humanos y los tribunales sin rostro en Perú**. Informe de 1996. Disponível em: <<http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/1996/peru.html>> Acessado em 05.10.2012.

¹⁰ SILVA, Ronaldo Lastres. Sistema de ‘juiz sem rosto’ é sentença sem assinatura. **ABRACRIM** – Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas -. Disponível em: <<http://www.abracrim.adv.br/site/index.php/artigos/240-sistema-de-juiz-sem-rosto-e-sentenca-sem-assinatura>> Acessado em: 17.09.2012.

poderes à Justiça Militar, revelou mais danos aos direitos fundamentais do que esperado ao se conceder esse manto de proteção à prática de atrocidades jurídicas e humanas.

Em conformidade com a denúncia elaborada pela organização internacional *Human Rights Watch*, os juízes militares sem rosto do Peru utilizaram-se do procedimento secreto para fazer justiça arbitrária em que se violou não só direitos dos acusados – que muitas vezes foram condenados, apesar de inocentes -, mas também de seus causídicos.¹¹

Destaca-se da referida denúncia¹² os seguintes trechos impactantes, percebido de relatos recebidos pela organização – leia-se, pedido de socorro -, mormente de advogados peruanos:

De hecho, cuando presentan su alegato oral ante la corte, los abogados de la defensa no tienen cómo saber si los jueces siquiera están presentes, o aun escuchando, ya que se ocultan detrás de un espejo. Según una anécdota que unos abogados defensores contaron a Human Rights Watch/Americas, una persona que fue de visita a la prisión Miguel Castro Castro, en Lima, entró a la sala del tribunal, por error, por la puerta de los jueces y se encontró en el lado del vidrio-espejo que ocupa el tribunal, desde donde pudo ver al abogado defensor alegando con energía en defensa de su representado. Al mirar en torno suyo, descubrió que los asientos que los jueces debían ocupar estaban vacíos.

Las limitaciones al derecho de defensa son aún más graves en los tribunales militares sin rostro. La dificultad de acceso a la documentación del

¹¹ Human Rights Watch. **Presunción de Culpa:** Violaciones de los derechos humanos y los tribunales sin rostro en Perú. Informe de 1996. Disponível em: <<http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/1996/peru.html>> Acessado em 05.10.2012.

¹² Human Rights Watch. **Presunción de Culpa:** Violaciones de los derechos humanos y los tribunales sin rostro en Perú. Informe de 1996. Disponível em: <<http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/1996/peru.html>> Acessado em 05.10.2012.

juicio, que afecta igualmente a los abogados en los tribunales civiles sin rostro, es más grave en los militares. Con frecuencia las solicitudes de revisar el expediente se deben presentar con meses de anticipación. El fotocopiado está estrictamente prohibido. A menudo se notifica a los abogados recién un día antes de una audiencia importante y con frecuencia se dicta sentencia sin que se les dé ningún aviso.

(...)

Los procedimientos de seguridad a los que se somete a los abogados en las bases militares donde se realizan juicios son humillantes. En la base naval del Callao, los abogados primero se identifican en la caseta de entrada, donde deben subir a un minibús, de cuatro asientos y sin ventanas, en el cual los llevan durante cinco o diez minutos, en la oscuridad absoluta, al lugar del juicio. Los jueces ejercen con la cara cubierta con máscaras de esquiar. En la base de la fuerza aérea peruana, en Surco, el personal militar cubre la cabeza de los abogados con capuchas, y si ellos se niegan, se les prohíbe la entrada. Los soldados los conducen a un vehículo en el que viajan al lugar del juicio. Al llegar, se les pregunta si necesitan leer algún documento, en cuyo caso se les retira la capucha; de lo contrario, el procedimiento se lleva a cabo con la capucha puesta. Cuando hacen su alegato, los abogados deben pararse mirando un armario o estantería grande, para evitar que vean a los jueces.⁽²⁸⁾ El colocar capuchas a los abogados es excesivo y contraría el requisito de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Artículo 289.8), en el sentido de que a los abogados se les debe otorgar las facilidades y la consideración que su función amerita. Puesto

que los efectos pueden ser los de intimidar a la defensa, el encapuchar a los abogados es una abierta violación de las normas de debido proceso legal.

A *Human Rights Watch*¹³ relatou, ainda, casos em que foram condenadas pessoas - ‘supostamente’ - inocentes, por vezes condenadas com base em mero depoimento de terroristas arrependidos (posteriormente declaradas falsas por diversas pessoas), ou mesmo com alicerce em confissões obtidas por meio de tortura. Delata também, a título exemplificativo, a condenação de Julio Rondinei Cano, que foi apreendido apenas por ter sido encontrado perto de localidade onde houvera manifestação de Sendero Luminoso.

Muitas dessas pessoas, irregularmente acusadas/processadas, eram absolvidas e posteriormente condenadas pela Corte Suprema.¹⁴

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao se pronunciar sobre o caso Castillo Petruzzi¹⁵, afirmou ter sido comprovado os fatos de os acusados terem sido julgados por juiz mascarado, que não pode ser considerado o juiz natural, de não contarem com defensor desde o momento da apreensão e quando finalmente eram assistidos por advogado, a este não era possibilitado a entrevista privada com o defendido, tão pouco o conhecimento oportuno do expediente, apresentar provas de defesa e contradizer as de acusação, e preparar adequadamente as suas teses, lembrando, em muito, o “Manual dos Inquisidores”¹⁶.

¹³ Human Rights Watch. **Presunción de Culpa**: Violaciones de los derechos humanos y los tribunales sin rostro en Perú. Informe de 1996. Disponível em: <<http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/1996/peru2.html#casos>> Acessado em 05.10.2012.

¹⁴ Human Rights Watch. **Presunción de Culpa**: Violaciones de los derechos humanos y los tribunales sin rostro en Perú. Informe de 1996. Disponível em: <<http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/1996/peru2.html#casos>> Acessado em 05.10.2012.

¹⁵ Corte Internacional de Derechos Humanos. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 30 de maio de 1999. Serie C No. 52, p. 68.

¹⁶ EYMERICH, Frei Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993.

Tais precedentes de países vizinhos, em que o instituto do “juiz sem rosto” teve resultado negativo. Deve servir de análise e exemplo para os demais países que julgam estar passando por “turbulência criminal”.

Ressalta-se que na Itália, contrariamente ao que se pensa, não é adotada a figura do “juiz sem rosto”, em que pese a seriedade da criminalidade mafiosa daquele país, como declarou o jurista italiano Pino Arlachi – em audiência pública na Câmara dos Deputados, de março de 2003:

“O juiz sem rosto é uma instituição colombiana e de outros países da América Latina. Eu, pessoalmente, não concordo com a importação desse método. Acho que a situação brasileira é diferente da colombiana. Conheço bastante bem aquele país e lá a situação é limítrofe, sem extremo no mundo. A justiça sem rosto não é uma justiça normal; não é válida para um país grande e confiante nas próprias possibilidades.”¹⁷

Há muito mito sobre a existência desse modelo na Itália. O que existe é a possibilidade de estratégias de proteção, mas que não podem, jamais, sonegar a possibilidade de o sujeito saber por quem foi condenado. A Democracia exige que se possa imputar suspeição ou parcialidade dos julgadores.

2 RECEPÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir da ideia popular de tornar o sistema penal mais rigoroso, juristas tentam importar o sistema do “juiz sem rosto” para o Brasil, afirmando ser necessária, para a

¹⁷ Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 87, de 2003, que cria o instituto do Juiz Anônimo e dá outras providências, de autoria do Senador Hélio Costa. Parecer Senado Federal. Parecer de 14.10.2009, Relator Senador Antonio Carlos Valadares. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=56007>. Acesso em: 05.10.2012.

imparcialidade, a proteção dos magistrados. Anote-se que o cerne do movimento é, pois, a imparcialidade. Essa, por sua vez, exige independência, o juiz não poderá ser efetivamente imparcial se não estiver livre de coações ou influências constrangedoras¹⁸.

Após o assassinato dos juízes Antônio José Machado Dias e Alexandre Martins Castro Filho, no ano de 2003, apresentou-se no Senado Federal o Projeto de Lei nº 87 de 2003, visando à criação deste instituto no sistema nacional, com a seguinte redação:

Art. 1º As decisões judiciais contidas nos autos dos processos contra membros de organizações criminosas, e cujas circunstâncias ofereçam risco à vida do juiz, serão proferidas no anonimato e autenticadas com o selo do Tribunal a qual pertencer o magistrado.

Parágrafo único. Fica resguardado, em todas as formas de publicação, o sigilo da identidade do magistrado que proferir qualquer decisão nos termos desta Lei.¹⁹

O juiz anônimo retratado, pois, assemelhar-se-ia àquele outrora instituído na Colômbia, publicando-se apenas cópia apócrifa da decisão, autenticada com selo do Tribunal.

O Senador Hélio Costa, autor do projeto-lei, justificou a necessidade de promulgação desta com base “no clamor social por ações imediatas em favor da segurança pública, da construção da paz e da preservação da democracia”²⁰, asseverando que os magistrados não podem pagar com a

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernanda da Costa. **Processo penal**, volume 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40

¹⁹ BRASIL. Projeto de lei do Senado n. 87, de 26 de março de 2003. Cria o instituto do Juiz Anônimo e dá outras providências. Diário do Senado Federal n. 30, publicado em 27.03.2003, p. 4.802/4803.

²⁰ BRASIL. Projeto de lei do Senado n. 87, de 26 de março de 2003. Cria o instituto do Juiz Anônimo e dá outras providências. Diário do Senado Federal n. 30, publicado em 27.03.2003, p. 4.802/4803.

vida o preço de se viver em Democracia. Defendeu, ainda, que a nova redação não violaria o princípio da publicidade, em razão de que estaria sendo resguardada a pessoa do julgador e não o ato por ele praticado. As decisões seriam publicadas e estariam sujeitas a todos os recursos disponíveis.²¹

A respeito, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania ofereceu parecer²² pugnando pela rejeição do Projeto de Lei nº 87 de 2003, por entender que a pretendente legislação não coadunava com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante, CRFB/88), especialmente, pela infração aos princípios do juiz natural e da publicidade dos atos.

Certo é que, ao elaborar nova legislação, deve-se confrontá-la com a CRFB/88, a Carta Magna, já que esta é a fonte de que se extraem os direitos cidadãos.

Vislumbra-se, pelo já analisado, que a figura do “juiz anônimo” vai de encontro com princípios de ordem constitucional. Os princípios constitucionais são normas formais, que possuem como características o grau de abstração e de generalidade, indicam os valores e as ideologias fundamentais da sociedade e do ordenamento jurídico.²³ São frutos do direito consuetudinário e da tradição democrática. Bonavides, ao abordá-los, assevera que foram esculpidas “no ponto mais alto da escala normativa (...), doravante, as normas supremas do ordenamento. (...) rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis”²⁴.

²¹ BRASIL. Projeto de lei do Senado n. 87, de 26 de março de 2003. Cria o instituto do Juiz Anônimo e dá outras providências. Diário do Senado Federal n. 30, publicado em 27.03.2003, p. 4.802/4803.

²² Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 87, de 2003, que cria o instituto do Juiz Anônimo e dá outras providências, de autoria do Senador Hélio Costa. Parecer Senado Federal. Parecer de 14.10.2009, Relator Senador Antonio Carlos Valadares. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=56007>. Acesso em: 05.10.2012.

²³ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. 4. Tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 106.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 289 -290.

Decorrente de tamanha importância, estes direitos e garantias fundamentais – normatizados na forma de princípios - dão fundamento material e formal a todas as demais regras do ordenamento jurídico brasileiro²⁵.

Cabe, como próximo passo, então, identificar e analisar as garantias constitucionais que seriam violadas pela *novatio legis*.

Levantou-se, de início, através do parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a violação aos princípios do juiz natural e da publicidade. O princípio do juiz natural, esculpido no art. 5º, LIII, da CRFB/88, consiste no direito do acusado ser julgado por autoridade judiciária pré-constituído constitucionalmente, “legitimamente investido no exercício da jurisdição e com todas as garantias ínsitas ao normal desempenho da função (inamovibilidade, vitaliciedade, independência jurídica e política, e irredutibilidade de vencimentos)”²⁶. É aquele magistrado integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais, em que se tenha observado as regras objetivas de competência.²⁷

A Comissão acusadora do caso Castillo Petruzzi, ante a CIDH, declarou que: “*la figura del juez natural impone la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; esto es, la reserva absoluta de ley y la no alterabilidad discrecional de las competencias judiciales*”²⁸.

O juiz natural – investido constitucionalmente -, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello: “*traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas – atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do*

²⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de Princípios Constitucionais**. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73.

²⁶ CHIMENTI, Ricardo Cunha, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.110.

²⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 75.

²⁸ Corte Internacional de Derechos Humanos. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 30 de maio de 1999. Serie C No. 52, p. 44.

Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juízes e tribunais".²⁹ Pergunta-se, como se defender de juiz não natural, incompetente ou imparcial, quando este não se identifica?

O art. 93, IX, da CRFB/88 estabelece que todos os atos judiciais devem ser públicos. A publicidade dos atos tem o intuito de impedir a realização de julgamentos secretos, por meio dos quais se poderia infringir diversas outras garantias fundamentais.³⁰ Já o art. 5º, LX, da CRFB/88 – juntamente com o citado art. 93, IX -, dispõe que poderá haver restrição à “publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”³¹.

Destaca-se, portanto, a palavra “restrição”, a qual, todavia, não se confunde com extinção. A publicidade constitucional pode ser restringida ao ponto que terceiros, não envolvidos no procedimento, não tenham acesso a este, e em hipótese alguma em relação aos sujeitos da relação processual – leia-se juiz, acusação e defesa -³². Outrossim, ao acusado e seu defensor não se pode negar o direito à informação processual, neste inerente o de identificação do magistrado, como forma de possibilitar a arguição de impedimento, incompatibilidade e suspeição – remédios contra a imparcialidade do julgador.³³

²⁹ (1ª t. – HC nº 69.601/SP – rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 dez. 1992, p.24.377). (MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos art.s 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 196).

³⁰ CHIMENTI, Ricardo Cunha, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 366.

³¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08.10.2012.

³² Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 87, de 2003, que cria o instituto do Juiz Anônimo e dá outras providências, de autoria do Senador Hélio Costa. Parecer Senado Federal. Parecer de 14.10.2009, Relator Senador Antonio Carlos Valadares. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=56007>. Acesso em: 05.10.2012.

³³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos art.s 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 196.

Nota-se aqui, inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, aquele compreendido pela possibilidade de contrariar todos os atos do processo – “composto por dois elementos: informação e reação”³⁴ -, e esta – ampla defesa – assegura o direito a utilização de todos os meios de defesa legalmente e moralmente admitidos.³⁵

Não obstante, o art. X da Declaração Universal dos Direitos Humanos garante: *“Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”*³⁶

Vale salutar salientar que o art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal vincula o juiz que presidiu a instrução processual ao ato da sentença – princípio da identidade física do juiz -, situação facilmente burlada pelos julgadores mascarados.³⁷

Tais prerrogativas são próprias do devido processo legal³⁸, art. 5º, LIV, da CRFB/88, princípio que engloba todos os anteriormente citados, por seu grau de abstração³⁹. *“Esse princípio é, portanto, o gênero do qual os demais princípios constitucionais do processo são espécies”*⁴⁰.

³⁴ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 500/501.

³⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 500/501.

³⁶ Declaração Universal.

³⁷ Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 87, de 2003, que cria o instituto do Juiz Anônimo e dá outras providências, de autoria do Senador Hélio Costa. Parecer Senado Federal. Parecer de 14.10.2009, Relator Senador Antonio Carlos Valadares. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=56007>. Acesso em: 05.10.2012.

³⁸ FERREIRA, Hugo Barbosa Torquato. **Proteção do juiz**: nova lei não cria a perigosa figura do juiz sem rosto. 29.07.2012. Justiça em Destaque. Disponível em: <<http://justicaemdestaque.blogspot.com.br/2012/07/juiz-sem-rosto.html>> Acessado em: 19.09.2012.

³⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁰ CHIMENTI, Ricardo Cunha, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.108.

O devido processo legal é garantia de proteção material, direito de liberdade, e formal, assegurando igualdade de condições com o Estado e plenitude de defesa – “direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal”⁴¹ -.

Verifica-se, diante dessas constatações, que a imparcialidade do magistrado, que se pretende proteger através do “juiz sem rosto”, é afetada pelo mesmo instituto, já que ao conceder tal poder ao magistrado abre-se a porta para uma série de atrocidades jurídicas, dificultando a defesa da vítima, como ocorreu no Peru e na Colômbia.

Puesto que los jueces se identifican sólo con un código, que son invisibles en todo momento ante los acusados y sus abogados, y que el procedimiento judicial se lleva a cabo en privado, no hay salvaguardias que aseguren la responsabilidad por los dictámenes ni mecanismos que permitan impugnarlos. Por lo mismo, tampoco es posible el mecanismo de destitución que garantiza la imparcialidad del tribunal.⁴²

Em suma, inválidos se fazem os argumentos perpetrados pelo Senador Hélio Costa, já que a identidade do juiz é um direito do réu: "O acusado condenado deve ter conhecimento daquele que atua pela sociedade acusando-o e também o conhecimento daquele [o juiz] que impõem a pena."⁴³

A CRFB/88 veda, de forma expressa, o anonimato ao garantir o direito à manifestação do pensamento, em seu art.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 93.

⁴² Human Rights Watch. **Presunción de Culpa**: Violaciones de los derechos humanos y los tribunales sin rostro en Perú. Informe de 1996. Disponível em: <<http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/1996/peru.html#defensa>> Acessado em 05.10.2012.

⁴³ MELLO, Marco Aurélio de. Para STF, país não pode ter “juiz sem rosto”. **Folha de São Paulo**, 18.03.2003. Entrevista concedida à Silvana de Freitas. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u71386.shtml>> Acessado em: 19.09.2012..

5º, IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”⁴⁴.

Não obstante, é parte intrínseca ao papel do juiz a sua exposição frente sujeitos acusados, faz parte de seu caráter julgador.

Como se viu o sistema do “juiz sem rosto” é o sistema da sentença sem assinatura, ou seja, da não-sentença, da sentença inexistente, que não pode produzir efeitos. Se todo aquele que esteja investido em cargos como o de juiz, promotor, delegado, defensor ou outro qualquer que seja como operador do direito, se sentir intimidado a ponto de ter de se esconder atrás de recursos escusos, ocultando o próprio rosto e sua identidade, deve repensar o seu verdadeiro papel, pois que certamente não é vocacionado para a atividade que exerce.⁴⁵

Não há ainda como comparar a atual situação do Brasil com aquelas vividas pelo Peru e pela Colômbia quando da instituição do juiz mascarado. “*Não chegamos ainda a um estágio que exija uma tomada de providências com essa envergadura*”⁴⁶. Isso porque “*nos modelos políticos que consagram o regime democrático, não há espaço para o mistério.*”⁴⁷ A transparência preside os atos do Estado na Democracia.

Não se pode olvidar que a Corte Interamericana de Direito Humanos (doravante, CIDH) já deliberou acerca do assunto nos casos Castillo Petruzzi e Cantoral Benavides,

⁴⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴⁵ SILVA, Ronaldo Lastres. Sistema de ‘juiz sem rosto’ é sentença sem assinatura. **ABRACRIM** – Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas -. Disponível em: <<http://www.abracrim.adv.br/site/index.php/artigos/240-sistema-de-juiz-sem-rosto-e-sentenca-sem-assinatura>> Acessado em: 17.09.2012.

⁴⁶ MELLO FILHO, José Celso de. Para STF, país não pode ter “juiz sem rosto”. **Folha de São Paulo**, 18.03.2003. Entrevista concedida à Silvana de Freitas. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/cotidiano/ult95u71386.shtml>> Acessado em: 19.09.2012.

⁴⁷ MELLO FILHO, José Celso de. Para STF, país não pode ter “juiz sem rosto”. **Folha de São Paulo**, 18.03.2003. Entrevista concedida à Silvana de Freitas. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/cotidiano/ult95u71386.shtml>> Acessado em: 19.09.2012.

condenando o Peru por infrações a diversas garantias previstas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). A CIDH, corte da qual o Brasil é signatário – criada pelo Pacto de São José da Costa Rica -, representa uma instância superior às nacionais, com competência para questões referentes à violação de Direitos Humanos – nestes compreendendo aqueles acordados no Pacto -, que pode decidir contenciosos ou emitir pareceres consultivos.⁴⁸

Essa Corte trabalha por meio de denúncias - realizadas por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou ONG's - de violação aos direitos humanos, causadas ou toleradas pelos Estados-membros.⁴⁹ Desse modo, a CIDH analisou e condenou o Estado do Peru por infrações a Direitos Humanos, dentre estas garantias judiciais violadas especificamente pelo instituto do “juiz sem rosto”.

A Comissão – acusatória – da CIDH, no caso Castillo Petruzzi, assim se pronunciou:

La utilización de los tribunales “sin rostro” ha negado a los imputados el derecho a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial, el derecho a defenderse y el derecho al debido proceso. Este tipo de juzgamiento afecta la posibilidad de que el procesado conozca si el juez es competente e imparcial.⁵⁰

Diante do que, em sentença de 30 de maio de 1999, a CIDH confirmou a infração das garantias judiciais previstas nos artigos 8.1 – juiz natural - e 8.5 – publicidade - da Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

Artigo 8º - Garantias judiciais

⁴⁸ VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 446.

⁴⁹ VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 446/447.

⁵⁰ Corte Internacional de Direitos Humanos. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 30 de maio de 1999. Serie C No. 52, p. 44.

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

(...)

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.⁵¹

A Corte declarou que os procedimentos utilizados pela justiça militar no Peru não satisfazem as exigências mínimas do devido processo legal e, conseqüentemente, reconheceu a invalidez do processo e da sentença, determinando que fossem reformadas as normas em desacordo com o Pacto de São José da Costa Rica.

Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo -en un plazo razonable- un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados.⁵²

Portanto, tem-se o “juiz sem rosto” por inconstitucional e violador dos direitos humanos consagrados na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, motivos pelos quais, sob uma análise jurídica, a aprovação desta figura é inadmissível no ordenamento atual. Frisa-se ainda, que as tragédias que ocorreram na aplicação prática - relatadas na

⁵¹ Pacto São José da Costa Rica.

⁵² Corte Internacional de Direitos Humanos. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 30 de maio de 1999. Serie C No. 52, p. 68.

unidade anterior - foram além das consequências negativas que se abstrai de uma análise puramente teórica/jurídica do sistema.

Luiz Flávio Gomes⁵³ refere-se ao “juiz sem rosto” como:

uma instituição falida que é ultrarreacionária, uma aberração dos tempos da Inquisição, um retrocesso sem precedentes, uma ideia fora do seu tempo, uma violação à cultura Ocidental, um desvio na linha civilizatória evolutiva da humanidade, um descompasso com a modernidade, para além de constituir um deslize deplorável da pós-modernidade.

Teme-se mais o Juiz “*invisível, infiscalizável pelo olho público, que o próprio juiz corrupto ou inimigo das partes*”⁵⁴. “A ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora.”⁵⁵

3 LEI Nº 12.694 DE 2012 E O JUÍZO COLEGIADO

No dia 24 de julho de 2012, a presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei nº 12.694, que trouxe, mormente, inovações no que tange à proteção dos magistrados e promotores.

Dentre as novidades, a lei visa, sobretudo, reforçar a segurança do Poder Judiciário, autorizando aos tribunais, em seus respectivos prédios, o controle de acesso com identificação pessoal, instalação de câmeras de vigilância e de aparelhos detectores de metais – aos quais todos deverão se submeter, com a exceção de policiais em missão e agentes de segurança próprios -⁵⁶.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. Ministro Luiz Fux e o juiz sem rosto. 08.08.2012. **Instituto Avante Brasil**. Disponível em: <http://www.institutoavantebrasil.com.br/artigos-do-prof-lfg/ministro-luiz-fux-e-o-juiz-sem-rosto/> Acessado em 19.09.2012.

⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernanda da Costa. **Processo penal**, volume 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46) Pontes de Miranda – comentários à constituição de 1946, cit., p. 29

⁵⁵ ROSA, Alexandre Morais da. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 45.

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Art. 3º. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o

Todavia, a inovação polêmica do referido diploma legal consiste no processo e julgamento por juízo colegiado em primeiro grau de jurisdição, para crimes praticados por organizações criminosas.

Essa lei, que entrará em vigor em 22 de outubro de 2012, vem sendo divulgada como a instituidora do “juiz sem rosto” no Brasil.

Segundo o secretário de Reforma do Judiciário, Flávio Caetano, a lei traz importantes inovações no combate às organizações criminosas e na proteção de magistrados e membros do Ministério Público. “Um dos aspectos positivos da nova lei é que ela fortalece o sistema de justiça, em especial a magistratura e o Ministério Público para o combate ao crime organizado, criando a figura do juiz sem rosto, protegendo o magistrado que atue em casos que envolvam organizações criminosas”, destaca.⁵⁷

No entanto, da análise da novel legislação observa-se que não se trata daquela figura anônima anteriormente utilizada no Peru e na Colômbia, mas sim de Juízo Colegiado – formado pelo juiz do processo e por outros 2, de competência criminal e de primeiro grau, selecionados por meio de sorteio eletrônico⁵⁸ -, apesar de possuir reflexo do “juiz sem rosto”, como se explanará em seguida.

A formação do juízo colegiado poderá ocorrer nas situações previstas pelo artigo 1º da legislação em estudo

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 17.09.2012.

⁵⁷ **Blog do Ministério da Justiça.** Disponível em: <<http://blog.justica.gov.br/inicio/tag/juiz-sem-rosto/>> Acessado em: 19.09.2012.

⁵⁸ BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Art. 3º. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Art. 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 17.09.2012.

(Lei nº 12.694/12) – desde que, em decisão fundamentada, indique “os motivos e as circunstâncias que acarretem risco à sua integridade física”⁵⁹:

Art. 1º Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente:

I - decretação de prisão ou de medidas assecuratórias;

II - concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão;

III - sentença;

IV - progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena;

V - concessão de liberdade condicional;

VI - transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e

VII - inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado. ⁶⁰

Verifica-se, assim, que a formação do colegiado poderá se dar desde a fase instrutória do processo até a executória, reconhecendo o magistrado natural seu receio e talvez “medo” em subscrever sozinho as decisões judiciais, derivando para o colegiado a responsabilidade dos atos que sozinho não possui coragem. Pode-se dizer que beira a

⁵⁹ BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Art. 3º. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 17.09.2012.

⁶⁰ BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Art. 3º. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 17.09.2012.

covardia, até porque o exercício da função judicial na esfera penal pressupõe o enfrentamento de questões violentas.

Anote-se que o texto legal se refere exclusivamente aos casos de crimes cometidos por organizações criminosas. Para tanto o Poder Legislativo positivou o conceito técnico destas no art. 2º da Lei nº 12.694/12, em conformidade com o definido anteriormente na Convenção de Palermo, em que o Brasil é signatário⁶¹.

Doravante, para os efeitos da presente legislação, deve-se ter organização criminosa pela:

associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.⁶²

No entanto, a nova lei não incorporou ao ordenamento brasileiro o defasado sistema do juiz sem nome, já experimentado e exterminado em países fronteiriços. Nas palavras de Luis Flávio Gomes⁶³, seria um ‘retrocesso medieval’ e ‘inaceitável’.

O “juiz sem rosto” tem como característica a não identificação dos magistrados, o que não ocorre na lei recém sancionada, tendo em vista que nesta a parte possuirá

⁶¹ **Blog do Ministério da Justiça**. Disponível em: <<http://blog.justica.gov.br/inicio/tag/juiz-sem-rosto/>> Acessado em: 19.09.2012.

⁶² BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Art. 3º . Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Art. 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 17.09.2012.

⁶³ GOMES, Luiz Flávio. Ministro Luiz Fux e o juiz sem rosto. 08.08.2012. **Instituto Avante Brasil**. Disponível em: <http://www.institutoavantebrasil.com.br/artigos-do-prof-Ifg/ministro-luiz-fux-e-o-juiz-sem-rosto/> Acessado em 19.09.2012.

conhecimento de todos os componentes do juízo colegiado⁶⁴, possibilitando-se a arguição de suspeição, impedimento ou incompatibilidade.

Talvez a maior proximidade deste novo instituto de primeira instância com o “juiz sem rosto” seja a não identificação de eventual voto divergente, daí a grande confusão e inconstitucionalidade pela violação do livre convencimento e da característica própria dos colegiados, ou seja, a troca de posições e as divergências.

Como forma de proteger os julgadores ameaçados pelo crime organizado, concedeu-se a estes, além da possibilidade de se juntar em juízo colegiado, a garantia de que os votos divergentes não serão revelados. Dessarte, havendo discrepância de entendimentos, o magistrado vencido firmará a decisão final, supostamente corroborando com o entendimento dos colegas de magistratura, sem que se faça menção pública ao seu voto divergente. Ficam, então, as partes, impossibilitadas de conhecer do entendimento discrepante, já que a decisão acórdão terá aparência de unânime. Aliás, o próprio conteúdo da deliberação é opaco, ou seja, sem publicidade...

Ante esse novo preceito legal é que recaem as principais críticas ao novo sistema. Afirma-se que tal prerrogativa viola diversos princípios constitucionais de nosso ordenamento jurídico.

Essa nova lei, advirta-se, mexe com dogmas e interfere com princípios e regras tradicionais em nossa ordem constitucional como a do Juiz Natural (art. 5º, XXXVII e LIII), da ampla defesa (art. 5º, LV), da impessoalidade (art. 37) e publicidade (art. 93, VIII) e com toda certeza será objeto de contenciosos constitucionais que deverão ser dirimidos na sede própria, o

⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio. Ministro Luiz Fux e o juiz sem rosto. 08.08.2012. **Instituto Avante Brasil**. Disponível em: <http://www.institutoavantebrasil.com.br/artigos-do-prof-lfg/ministro-luiz-fux-e-o-juiz-sem-rosto/>> Acessado em 19.09.2012.

Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição (CF, art. 102).⁶⁵

Pierpaolo Bottini⁶⁶ assevera – em entrevista ao Conjur – que o acusado possui o direito de ser cientificado dos argumentos e fundamentos utilizados, especialmente do voto divergente, considerando um despropósito a criação de decisões ocultas após a recém aprovação da lei de acesso à informação.

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se colhe: *“A fundamentação das decisões é também garantia dada aos jurisdicionados, que, além de evitar o arbítrio, propicia o exercício do contraditório e da ampla defesa (...). Basta a fundamentação concisa, suficiente à compreensão do julgado”*⁶⁷.

Paulo Sergio Leite Fernandes⁶⁸ pontua: *“A personalização faz parte do uso da toga (...)”*, entendendo que esta medida poderia prejudicar as possibilidades de defesa. Não se quer defender aqui a inconstitucionalidade integral da Lei nº 12.694/12 - já que, inclusive, possui finalidade plausível e juridicamente possível -, mas tão somente deste aspecto retrógrado quanto à ocultação de voto. Há que se fundamentar todas as decisões judiciais e torná-las públicas, por força da Constituição Federal de 1988.⁶⁹ O acesso ao voto divergente é inerente à ampla defesa das partes, que servirá como fundamento ao seu

⁶⁵ LOPES, José Fernando da Silva. Os juízes sem rosto. **JCNET**, 31.07.2012. Disponível em: <http://www.jcnet.com.br/editorias_noticias.php?codigo=224333> Acessado em: 19.09.2012.

⁶⁶ BOTTINI, Pierpaolo. Lei do “juiz sem rosto” viola garantias constitucionais. **Consultor Jurídico**, 25.07.2012. Entrevista concedida à Elton. Bezerra. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-25/lei-juiz-rosto-viol-garantias-constitucionais-dizem-advogados>>. Acessado em : 19.09.2012.

⁶⁷ (STF, AgI 317.281 – AgR/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 11-10-2001,p.12). (CHIMENTI, Ricardo Cunha, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 366/367)

⁶⁸ FERNANDES, Paulo Sergio Leite. Lei do “juiz sem rosto” viola garantias constitucionais. **Consultor Jurídico**, 25.07.2012. Entrevista concedida à Elton. Bezerra. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-25/lei-juiz-rosto-viol-garantias-constitucionais-dizem-advogados>>. Acessado em : 19.09.2012.

⁶⁹ MAZLOUM, Ali. Lei do “juiz sem rosto” viola garantias constitucionais. **Consultor Jurídico**, 25.07.2012. Entrevista concedida à Elton. Bezerra. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-25/lei-juiz-rosto-viol-garantias-constitucionais-dizem-advogados>>. Acessado em : 19.09.2012.

recurso. Não se pode admitir que apenas uma das partes tenha acesso aos fundamentos que embasem a sua versão das decisões judiciais.

É o princípio da paridade de armas, o Estado deve proporcionar equilíbrio de forças entre a parte acusadora e a acusada⁷⁰, o que não ocorre com a vedação da publicação do voto divergente, conforme elucida até mesmo Odilon de Oliveira:

Vamos supor que você seja réu, o voto do juiz que optou pela absolvição não aparecerá. Nesse caso, o condenado teria interesse em saber qual foi o voto favorável para saber qual o teor do voto e fundamentar algum recurso. A questão fere o princípio da ampla defesa e o do livre convencimento do juiz que é obrigado a ir contra seu entendimento em relação ao voto divergente.⁷¹

Quanto ao juízo colegiado em primeiro grau, este apesar de criticado, sob a argumentação de que se criaria juízo de exceção, vedado pela CRFB/88, já foi declarado constitucional na ADI nº 4414, cujo julgamento foi concluído no dia 31 de maio de 2012.

Apesar de ter declarado a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 6.806 de 22 de março de 2007, do Estado do Alagoas, manteve-se a criação da 17ª Vara Criminal da Capital, formada por cinco magistrados competentes para o julgamento de crimes organizados.⁷² Aqui se poderia fazer críticas de outra ordem, mas ficam para outro escrito, dado que se aceita – ainda que não se concorde com os fundamentos – com a decisão do STF.

⁷⁰ TOURINHO FILHO, Fernanda da Costa. **Processo penal**, volume 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42/43.

⁷¹ OLIVEIRA, Odilon de. Juiz Odilon diz ser contra lei “juiz sem face” e aponta benefício ao crime organizado. **Midiamax**, 05.08.2012. Entrevista concedida à Carlos Eduardo Orácio. Disponível em: <<http://www.midiamax.com.br/noticias/809479>>. Acessado em 17.09.2012.

⁷² Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**, 31 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=208912>>. Acesso em: 08.10.2012.

Certo é que a possibilidade de formação do juízo colegiado em qualquer fase processual poderia causar ruptura ao princípio da identidade física do juiz.

Desta feita, a Lei nº 12.694/12 estabelece que para a criação do juízo colegiado deve haver ameaça perpetrada em face do juiz competente, de modo que se simples caso administrativo é capaz de afastar a incidência da identidade física do juiz, entende-se, conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal, que a necessidade de preservação da integridade física e da imparcialidade deste podem sim justificar a relativização do princípio em comento. Todavia, em nenhum momento, pode-se mitigar o direito à informação e acesso ao voto vencido, pois seria obrigar o magistrado vencido a aderir ao julgamento da maioria, ceifando-lhe a voz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se, pelo exposto nesta pesquisa, que o “juiz sem rosto” é instituto consistente na não identificação do julgador em seus atos processuais, procedimento já utilizado em países como o Peru e a Colômbia na década de 1990, revelando-se ineficaz como meio de proteção.

O “juiz sem rosto” atenta contra diversos direitos humanos convencionados pelo Brasil no Pacto de São José da Costa Rica – como declarado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao condenar o Estado do Peru - e esculpido, posteriormente, na CRFB/88, sobretudo às garantias ao juiz natural e à publicidade. Na prática, ainda, constatou-se os perigos advindos da impossibilidade de identificação do magistrado, superiores aos imagináveis por simples análise teórica, levando cidadãos a julgamentos degradantes e a condenações irregulares.

Todavia, ao contrário do que se divulga, a Lei nº 12.694 de 2012, promulgada em julho de ano, não cria o instituto do

juiz anônimo, mas sim a do juízo colegiado em primeiro grau, para os casos em que o magistrado seja ameaçado por organizações criminosas. O juízo colegiado é constitucional, conforme o Supremo Tribunal Federal, com a exceção da possibilidade de não publicação de voto divergente, situação que prejudica o direito à defesa da parte vencida e ofendendo a princípios constitucionais, bem assim ceifa o juiz vencido de ter suas razões expostas, bem assim o exercício pleno da jurisdição criminal.

Espera-se que o Brasil não chegue ao ponto de ter que criar o abominável juiz mascarado. Um Estado forte e democrático deve se mostrar competente e superior às organizações criminosas, de maneira a não ter que atropelar os direitos humanos fundamentais de seus cidadãos em ato desesperado contra aqueles que se negam a colaborar com o sistema e com a justiça. A Democracia não aceita o juiz sem rosto, acovardado na escuridão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Blog do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://blog.justica.gov.br/inicio/tag/juiz-sem-rosto/>> Acessado em: 19.09.2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2011, p. 289 -290.

BOTTINI, Pierpaolo. **Lei do “juiz sem rosto” viola garantias constitucionais.** Consultor Jurídico, 25.07.2012. Entrevista concedida à Elton Bezerra. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-25/lei-juiz-rosto-viol-garantias-constitucionais-dizem-advogados>>. Acessado em: 19.09.2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08.10.2012.

BRASIL. Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Art. 3º . Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 17.09.2012.

BRASIL. Projeto de lei do Senado n. 87, de 26 de março de 2003. Cria o instituto do Juiz Anônimo e dá outras providências. Diário do Senado Federal n. 30, publicado em 27.03.2003, p. 4.802/4803.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.110.

COLÔMBIA. Decreto n. 2.700, de 30 de novembro de 1991. **Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal**. Disponível em: <ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_penal_1991.html>. Acessado em: 08.10.2012.

Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 87, de 2003, que cria o instituto do Juiz Anônimo e dá outras providências, de autoria do Senador Hélio Costa. Parecer Senado Federal. Parecer de 14.10.2009, Relator Senador Antonio Carlos Valadares. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=56007>. Acesso em: 05.10.2012.

Corte Internacional de Direitos Humanos. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 30 de maio de 1999. Serie C No. 52, p. 68.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. 4. Tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 106.

EYMERICH, Frei Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de Princípios Constitucionais**. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73.

FERNANDES, Paulo Sergio Leite. Lei do “juiz sem rosto” viola garantias constitucionais. **Consultor Jurídico**, 25.07.2012. Entrevista concedida à Elton. Bezerra. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-25/lei-juiz-rosto-viola-garantias-constitucionais-dizem-advogados>>. Acessado em : 19.09.2012.

FERREIRA, Hugo Barbosa Torquato. Proteção do juiz: nova lei não cria a perigosa figura do juiz sem rosto. **Justiça em Destaque**, 29.07.2012. Disponível em: <<http://justicaemdestaque.blogspot.com.br/2012/07/juiz-sem-rosto.html>> Acessado em: 19.09.2012.

GOMES, Luiz Flávio. Ministro Luiz Fux e o juiz sem rosto. **Instituto Avante Brasil**, 08.08.2012. Disponível em: <http://www.institutoavantebrasil.com.br/artigos-do-prof-Ifg/ministro-luiz-fux-e-o-juiz-sem-rosto/>> Acessado em 19.09.2012.

Human Rights Watch. **Presunción de Culpa**: Violaciones de los derechos humanos y los tribunales sin rostro en Perú. Informe de 1996. Disponível em: <<http://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/1996/peru.html>> Acessado em 05.10.2012.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, José Fernando da Silva. Os juízes sem rosto. **JCNET**, 31.07.2012. Disponível em: <http://www.jcnet.com.br/editorias_noticias.php?codigo=224333> Acessado em: 19.09.2012.

MARIM, Nídia. Impide la corrupción crear “jueces sin rostro”. **El Sol de México**, 03 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.oem.com.mx/oem/notas/n581463.htm>> Acessado em: 28.09.2012.

MAZLOUM, Ali. Lei do “juiz sem rosto” viola garantias constitucionais. **Consultor Jurídico**, 25.07.2012. Entrevista concedida à Elton Bezerra. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-25/lei-juiz-rosto-viola-garantias-constitucionais-dizem-advogados>>. Acessado em : 19.09.2012.

MELLO, Marco Aurélio de. Para STF, país não pode ter “juiz sem rosto”. **Folha de São Paulo**, 18.03.2003. Entrevista concedida à Silvana de Freitas. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u71386.shtml>> Acessado em: 19.09.2012.

MELLO FILHO, José Celso de. Para STF, país não pode ter “juiz sem rosto”. **Folha de São Paulo**, 18.03.2003. Entrevista concedida à Silvana de Freitas. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u71386.shtml>> Acessado em: 19.09.2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 75.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 196.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 500/501.

OLIVEIRA, Odilon de. Juiz Odilon diz ser contra lei “juiz sem face” e aponta benefício ao crime organizado. **Midiamax**, 05.08.2012. Entrevista concedida a Carlos Eduardo Orácio. Disponível em: <<http://www.midiamax.com.br/noticias/809479>>. Acessado em 17.09.2012.

Pacto São José da Costa Rica.

ROSA, Alexandre Morais da. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da Silveira. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41.

SILVA, Ronaldo Lastres. Sistema de ‘juiz sem rosto’ é sentença sem assinatura. **ABRACRIM** – Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas -. Disponível em: <<http://www.abracrim.adv.br/site/index.php/artigos/240-sistema-de-juiz-sem-rosto-e-sentenca-sem-assinatura>> Acessado em: 17.09.2012.

STF, AgI 317.281 – AgR/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 11-10-2001,p.12). (CHIMENTI, Ricardo Cunha, et al.

Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 366/367).

Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**, 31 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=208912>>. Acesso em: 08.10.2012.

TOURINHO FILHO, Fernanda da Costa. **Processo penal**, volume 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40.

TOURINHO FILHO, Fernanda da Costa. **Processo penal**, volume 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46) Pontes de Miranda – comentários à constituição de 1946, cit., p. 29.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 446.

1ª t. – HC nº 69.601/SP – rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 18 dez. 1992, p.24.377). (MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 196).

A DEFENSORIA PÚBLICA E A EDUCAÇÃO EM DIREITOS EM MATÉRIA AMBIENTAL

Andreia Filianoti Gasparini⁷³
Loraina Raquel Scottá^{**}

(...) Há uma ligação em tudo. Deve ensinar, às suas crianças, que o solo a seus pés é a cinza de nossos avós. Para que respeitem a terra, digam a seus filhos que a terra é enriquecida com a vida de nosso povo. **Ensinem às suas crianças o que ensinamos às nossas crianças; que a terra é nossa mãe.** Tudo o que ocorrer com a terra, ocorrerá aos filhos da terra. **Se os homens desprezam o solo, estão desprezando a si mesmos.** Isto sabemos. **A terra não pertence ao homem; é o homem que pertence à terra.** Todas as coisas estão ligadas como o sangue que une uma família. Há uma ligação em tudo. **O que ocorre com a terra, recairá sobre os filhos da terra. O homem não teceu a trama da vida; ele é meramente um dos seus fios. Tudo o que fizer ao tecido fará a si mesmo.**¹

RESUMO: A legitimidade da Defensoria em sede de Direito Ambiental vem prevista de forma expressa junto ao artigo 4º, inciso X, da Lei Complementar nº 80/94. Não bastasse essa

⁷³ Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

^{**} Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

1. Manifesto do Cacique Seattle, em resposta à proposta do então presidente dos Estados Unidos da América, Franklin Pearce, em 1855, de compra das terras dos índios Duwamish, do Estado de Washington.

menção legal taxativa, a legitimidade da instituição exsurge cristalina em razão de sua função institucional precípua, qual seja, a de promover os direitos fundamentais do cidadão, sejam eles individuais ou coletivos. O presente estudo se propõe, pois, a analisar a matéria sob o aspecto do importante papel da Defensoria Pública de transmitir conhecimento em direitos, de informar eficazmente o cidadão acerca de seu papel e de seus direitos em sede de Direito Ambiental, acreditando-se que a solidarização e a democratização do conhecimento é a forma mais eficiente de reconhecê-los e efetivá-los.

PALAVRAS-CHAVES: Legitimidade da Defensoria Pública em sede de Direito Ambiental. Princípio da Alteridade Educacional. A educação em direitos em matéria ambiental como forma de efetivação.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da legitimidade da Defensoria Pública na tutela do direito ambiental; 2. Educação em direitos ambientais; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Objetiva-se, com o presente estudo, instigar colegas e demais operadores do Direito a refletir sobre questões afetas ao Direito Ambiental, bem como a melhor compreender o papel da Defensoria Pública na tutela de aludido direito.

A importância de um meio ambiente equilibrado não é mais assunto desconhecido. A questão é abordada constantemente pelas mais diversas espécies de mídias, já tendo chegado ao conhecimento do grande público, o que é salutar. A preocupação com o tema tem razão de ser: a população mundial ao longo dos séculos aumentou drasticamente e, atualmente, não deixa de aumentar, sendo que, por outro lado, os recursos naturais, em sua larga

maioria, são finitos, o que ocasionou consideráveis e irreversíveis alterações no ecossistema.

O tema meio ambiente é alvo de extensos e calorosos debates, demandando de diversos setores da sociedade respostas e soluções que estão longe de serem alcançadas. A população, em decorrência da passividade pública e privada acerca da questão, se vê à mercê das consequências consabidamente maléficas da degradação ambiental em seus mais diferentes níveis e impactos.

O poder público e toda a coletividade são chamados a agir.

A Constituição Federal de 1988, junto ao artigo 225⁷⁴, impõe ao Poder Público e à coletividade o **dever** de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, e o papel da Defensoria Pública dentro desse contexto exsurge incontestemente.

A partir daí, cabe-nos refletir sobre o tema para melhor definir nosso âmbito de atuação em tão relevante assunto.

Inicialmente, aborda-se a questão da legitimidade da Defensoria Pública para tutelar o meio ambiente.

A legitimidade da instituição decorre não apenas de lei, mas também, e principalmente, da sua própria função primordial institucional: a de promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados.

É de conhecimento de todos que tais necessitados não são aqueles considerados apenas pelo âmbito econômico, mas também aqueles necessitados do ponto de vista organizacional, técnico e jurídico. E é no ponto de vista organizacional que esses ganham destaque em matéria de Direito Ambiental, pois, além de a maior parte da população não ter pleno conhecimento da sua abrangência e em que ele consiste, lhe é difícil proteger e preservar o meio ambiente singularmente.

⁷⁴Art. 225. **Todos** têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (grifo nosso)

Além do mais, seguindo-se no entendimento que alguns lamentavelmente insistem em manter, no sentido de que a Defensoria deve se limitar à proteção dos necessitados pelo viés econômico, ainda assim, a legitimidade da instituição é evidente, considerando mormente que os mais prejudicados pela degradação ambiental é a camada menos abastada da população, que é a que, inevitavelmente, sempre acaba por mais sentir quaisquer prejuízos.

Dentro dessa legitimidade institucional, acredita-se que o papel da Defensoria Pública em se tratando de direito coletivo ao meio ambiente equilibrado deva se voltar, inicialmente, à “educação em direitos”.

Acredita-se que o conhecimento da população acerca de questões afetas ao direito ambiental é o maior aliado à obtenção do escopo pretendido de recuperação e preservação do meio ambiente, e isso por inúmeros motivos que serão explorados no decorrer do trabalho.

Nesse passo, o presente estudo dirige-se essencialmente a abordar o tema da educação da população em direitos ambientais, papel que acreditamos dever ser desempenhado imprescindivelmente pela Defensoria Pública, considerando principalmente a proximidade que a instituição possui com comunidades locais e com os cidadãos em geral, razão de ser, aliás, da confiança depositada pelos gaúchos nesse órgão.

Acredita-se, pois, que é através do conhecimento da população acerca de questões afetas ao meio ambiente que se poderá tutelar de maneira mais eficaz o direito que o envolve, devendo-se partir daí a atuação da instituição na hipótese, a qual, diga-se de passagem, a isso não deverá ficar adstrita ou a tal diligência se limitar, o que é assunto para estudos posteriores.

1 DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NA TUTELA DO DIREITO AMBIENTAL

Se ainda existem dúvidas sobre a legitimidade da Defensoria Pública em tutelar o meio ambiente sob as mais diversas formas e enfoques, impõe-se sejam estas definitivamente afastadas, pois, ainda que não houvesse legislação que amparasse tal entendimento – o que não é o caso – sua atuação na hipótese é, além de primordial, necessária.

Isso porque já é notória a luta constante da Defensoria Pública, inclusive e especialmente em face do Estado, aqui entendido como todos os entes da federação, na efetivação concreta – e não mascarada – da dignidade humana, sendo que o meio ambiente sadio e equilibrado está íntima e indubitavelmente atrelado a tal fundamento da República⁷⁵.

Ademais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental – malgrado não disposto expressamente no artigo 5º da Constituição Federal – previsto junto ao artigo 225 da Lei Maior, que dispõe, *in verbis*:

Art. 225. **Todos** têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (grifo nosso)

Nas palavras do ilustre doutrinador José Afonso da Silva⁷⁶ sobre o tema:

⁷⁵Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a **dignidade da pessoa humana**;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

(grifo nosso)

⁷⁶In **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª edição, p. 835. Editora Malheiros.

O objeto da tutela jurídica não é tanto o meio ambiente considerado nos seus elementos constitutivos. O que o direito visa a proteger é a qualidade de vida. Pode-se dizer que há dois objetos de tutela, no caso: um 'imediato' – que é a qualidade do meio ambiente – e outro 'mediato' – que é a saúde, bem-estar e segurança da população, o desenvolvimento econômico e a qualidade de vida. O equilíbrio ambiental é fundamentalmente equilibrado.

Vuna
{d qum\$F"objdto\$dm!fireito %e to` q fãõ é o
ielo cmjiende mm(ril não!é quai1umr)
aio(%gsiÂnôu. M sue í!/rjepo d dmrdito é"o
'mea/ `mbiente ñualificcdo'*O diRqitk uee tod/s
tâmos é ` qealifCme satiqfctûryi-
ao0eyuilíbrio(ecMlófka "ak\$mEio amckente.
Ess! pualidalã á Ttu\$re contestuU gm um beH
nrídi#G. Éssõ é 1ue A C.Nsthpqičã d
 %fina)como 'gem!da(uso gomõm46dĩ povg c
 asstnbia- à 3adia qtilidalg de v)da.ç(grigo josro).

Logo, o que a tutela ambiental não assegura é a preservação do meio ambiente em si, mas a qualidade de vida da população. A tutela ambiental é, portanto, uma tutela da qualidade de vida, e não apenas da preservação do meio ambiente. A tutela ambiental é, portanto, uma tutela da qualidade de vida, e não apenas da preservação do meio ambiente.

legidkmdaeu à den%nr{òì` P°rlyal` para ceu exersìkio

de se trata de instituição estatal criada, preparada e vinculada para a tutela dos direitos coletivos em geral.

Consabido que a Defensoria Pública atua na defesa dos necessitados que, como já muito se discutiu, inclusive sob o amparo de autores renomados na comunidade jurídica, inclui não só o necessitado no sentido econômico, como também o hipossuficiente organizacional.

Ora, é em sede de direito ambiental que o hipossuficiente organizacional ganha considerável destaque, considerando essencialmente que muitos são os cidadãos que sequer sabem a amplitude e abrangência de aludido direito, ou melhor, que sequer conseguem precisar em que consiste, efetivamente, o direito constitucional ora em evidência.

Só por esses simples fundamentos já se evidencia cristalina a legitimidade da Defensoria Pública para atuar em favor do meio ambiente. No entanto, e com mais razão, é possível enfatizar tal atribuição em defesa da espécie de necessitado que mais sofre com a degradação ambiental, qual seja, o hipossuficiente econômico.

Com efeito, é a comunidade carente da população que não dispõe de recursos mínimos para a defesa ambiental e, mesmo delas, após a sua existência, já não possuem qualquer conhecimento sobre empresas que também porque o conhecimento quanto a muitos fatos ao meio ambiente não lhes é oportuno de ser conhecido talvez por sua ignorância da população quanto a muitos dos seus direitos, o que inclui o ambiente, a saúde, a qualidade de vida, a segurança e a fomentação do desenvolvimento brasileiro que, (Tiga-1e de país a este, urge sua alteração. Nesse aspecto, (tem a Gefe. s/r) a importância, como Órgão legítima garantir (o Acesso à justiça socioambiental dessas pessoas, o dever institucional de enfrentar

Estão ambientais e tudo isso é a maior preocupação, a preservação, a sustentabilidade em "ávidêncha"*

Como é! Já basta! A legislação é a favor de dedicar-se à defesa do meio ambiente, deveremos, portanto, jamais poder ser "monopolizado" pelos poucos e detentores dos órgãos, Pelo contrário, por ser um bem escancaradamente democrático, há de ser defendido, também, democraticamente, o que faz reluzir o papel da Defensoria Pública, que é a instituição de efetiva expressão e instrumento do atual regime brasileiro (artigos 1º e 3º A, I e II da Lei Complementar 80/94).

Ademais, o artigo 4º, inciso X, da Lei Complementar nº 80/94, é exposto ao dispor ser função institucional da Defensoria promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e **ambientais**, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Entre tais atribuições, inclui-se não só a propositura de ações, individuais ou coletivas (artigo 4º, VII, LC 80/94), como também a participação dessa instituição junto a entidades e conselhos ligados ao meio ambiente, a propagação de uma verdadeira educação em direitos ambientais, a convocação de audiências públicas que visem à discussão, com participação popular, das políticas públicas e privadas afetas ao tema e até representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos na defesa do bem ambiental (artigo 4º, I, II, VI, VIII, XVIII, XX, XXII e seu parágrafo segundo do supracitado texto legal).

É na educação em direitos ambientais que o presente estudo volta suas vistas, pois acreditamos dever ser ela o ponto de partida da atuação institucional como forma de, concretamente, efetivar esses direitos.

2 EDUCAÇÃO EM DIREITOS AMBIENTAIS

Como já alhures referido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, impõe a TODOS, Poder Público e coletividade, o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Com efeito, o legislador constituinte, ao impor ao cidadão o ônus de proteger o meio ambiente, reconheceu sua importância nessa árdua e atual tarefa, estabelecendo, em verdade, um dever de solidariedade, como bem observado por Caroline Vieira Ruschel⁷⁷, *in verbis*:

Somente na última Constituição Federal de 1988, a Lei nº 1.713, de 1984, estabeleceu o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como bem observado por Caroline Vieira Ruschel⁷⁷, *in verbis*:

⁷⁷RUSCHEL, Caroline Vieira. **O dever Fundamental de Proteção Ambiental**. Disponível em: <http://revistasletronicas.pucrs.br>.

romive à o e r/ôe erá o paTr)mônies
 cuLtura`l jrakileiro Ž Edemais. gpobtu.o lemfra2 ue
 g con3tÉpe)ftd nÃo sddl)ítou a émđor E Tofg"e quaduu%
 s cldadãk ônus d!\$preServaô e"pboTáfep g meio!amb)eote,
 mas tamaém"of%rec%u-hle wm rãméxiO
 hurídiCo^esqGcOfico p)r!!tentc, qual {%ja, a Aç£/ Pmđu.ar,
 pòe4ista jultgco eztmgo 5º,ajK)so`LPXéKI, de CMLr}htulçãN
 Fedubal⁷⁸.

Ne3sd paSso, np3txahavres de Antôfio CesiR L® D%
 Carvalho u de isé lima Pi@tana⁷⁹:

Já `arñou di hOra eu háSociefcdg
 bwcsileé2a\$en~e.der a(m%nsigem0d
 Lmçisla`or insertc\$lo(art/ 225, seja do !Tual
 mare7mo resse0a Bazer a"sva par|e – 1ue@lã/
 é0pequana –"ã mndependentemantE de seb
 ou não,4uma imposição estatAl – que
 verdadeiramente não o é – de ser!admissífel ou
 não, tal imposição, consiça rê-la como um
 pedido de ajuda dO(Estaeo, como ema
 solicitação deste no sentido de que se formu
 uma corrente(entru Sociedede!e Estado!a fim de
 lutarem solidariamEnte peha subóistência da
 humanidade.

Logo, não se pode afastar o papel determ)nante da
 sociedade na prdcervação ambiental,0reconhesida qelo
 próprim constituinte.No entanto, assim como se impõe ao
 cidadão m devar de protdger e preservar o meio ambiente,
 impõe-se uee, por outro Lado- o Podav PúbdiAm se
 desincumba satmsfatória e suficientementg de see dever de
 ijfovmqr a população sobr/ queQtões !tinentes ao meio
 ambiente e seuq consectár)os.

⁷⁸LXXIII. Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, **ao meio ambiente** e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (grifo nosso)

⁷⁹ *In Direito Ambiental Brasileiro em Perspectiva*. Editora Juruá, p. 255. Curitiba. 2010.

Ora, não se pode impor um ônus a quem quer que seja sem que lhe tenham sido fornecidas informações e instruções suficientes para que dele se possa prescindir. Vê-se, pois, que a referida imposição legal, simplesmente lançada no texto constitucional, é de todo insuficiente para, por si só, efetivar o desiderato que nela se insere, qual seja, de que todos sejam responsáveis pela preservação do meio ambiente.

Demonstrar o conhecimento gera um benefício a todos. É preciso estabelecer uma verdadeira solidariedade do conhecimento, concretizando o princípio que costumamos chamar de Princípio da Alteridade Educacional que, no presente estado, procura focar no matiz ambiental, quando se subsídios para que as outras pessoas possam pensar de forma independente e discutam sobre o Tema e sejam "com as próprias pernas"

popularizando o "direito fundamental à informação.

Sobre a solidariedade em matéria ambiental, vale trazer à colação as palavras de Roxana Rorees, abamxo(transcritas:

O direito ao Meio ambiente está fundado na solidariedade, pois será efetivo com a colaboração de todos. A demanda que se faz neste momento não é que se proteja a propriedade do outro, ou sua liberdade, ou seu direito de assistência frente ao Estado, mas o respeito ao outro, à pessoa e à vida em geral, que não se circunscreve ao espaço delimitado pelos direitos civis, políticos ou sociais, mas abrange todo o seu relacionamento com o meio ambiente e com o futuro, uma vez que o outro não é mais apenas aquele que se conhece agora, mas também aquele que está por vir, ou seja, são também as futuras gerações.⁸⁰

O assistencialismo, no que toca à educação, deve ser afastado, porque é direito de todos, e não só daqueles que têm condições econômicas de pagar por boas escolas, faculdades, cursos e palestras especializadas, apreender informações úteis. O Estado não é benevolente quando incentiva e propõe programas de incentivo à leitura ou outros meios que garantam o direito à informação e o aprendizado. Trata-se de um dever de todos que não pode ser monopolizado.

Sobre o tema, vale fazer referência à Lei nº 10.650/03 que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, instituído pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Embora tal legislação trate tão-somente da informação afeta ao SISNAMA, já se evidencia uma preocupação na

⁸⁰BORGES, Roxana Cardoso. **Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX**, in Varella, Marcelo Dias e BORGES, Roxana (org). O novo em direito ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, Ed., 1998, p. 21.

área ambiental quanto ao direito à informação, por exemplo, sobre políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental, resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas, acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais.

Ademais, há de se deixar claro que a informação deve ser transmitida da forma mais clara e objetiva possível, com o propósito de alcançar o maior número de pessoas, inclusive por meio de desenhos, figuras e símbolos que atinjam, também, a população jovem, deficiente, analfabeta e hipossuficiente de uma forma geral.

Gize-se, outrossim, que as crianças também têm direito a tais informações, até como forma de prestigiar a questão intergeracional do meio ambiente, de modo que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que o direito à liberdade compreende a livre manifestação da opinião e da expressão e a participação da vida familiar, comunitária e política, sem qualquer discriminação (artigo 16, incisos II, V e VI).

Faz-se necessário parar de escrever e discursar com o objetivo egoísta de adquirir fama pessoal para proporcionar que terceiros pensem e exponham suas opiniões, aprimorando, cada vez mais, o próprio aprendizado. Isso pode se dar, por exemplo, dando-se voz à população hipossuficiente para se manifestarem em encontros e audiências públicas, especialmente naquelas questões que lhes afeta direta ou indiretamente, tal como ocorre no âmbito ambiental.

Enquanto não for extirpada ou, ao menos, amenizada a ignorância em matéria ambiental, especialmente da população que não tem acesso à boa educação, os maus hábitos continuarão existindo e isso acarretará um enorme

prejuízo em face da própria população carente que é quem mais sofre com a degradação ambiental.

Boa parte da nossa sociedade culpa os mais carentes e aceitam as catástrofes ambientais que os atingem sob o argumento de que são estas pessoas mais humildes que dão causa a esses fenômenos ambientais quando, por exemplo, jogam lixos na rua e ocorrem as enchentes. No entanto, esquecem-se que tais condutas derivam da falta de educação que o próprio Estado e a sociedade insistem em manter.

Pois bem, daí o papel que os órgãos de disseminação da Democracia, como a Defensoria Pública, têm, de buscar educar a população quanto às formas de prevenção e de solução de problemas advindos do meio ambiente desrespeitado.

Educar em Direitos Ambientais é evitar que os problemas efetivos ocorram e, com isso, que a luta, especialmente em face do Estado, seja menos desgastante, na medida em que a remoção do ilícito é muito mais difícil do que sua prevenção.

A própria Constituição Federal outorgou ao Defensor Público, no artigo 134, o papel de orientador jurídico, o que inclui a orientação afeta ao Direito Ambiental que, por sua vez, pressupõe o conhecimento acerca dos instrumentos pelos quais podemos e devemos cuidar do meio ambiente.

O artigo 225, inciso VI, da Constituição Federal prevê ser incumbência do Poder Público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

A partir de uma interpretação sistemática entre tal dispositivo e o artigo 134 do mesmo diploma maior, já era possível outorgar à Defensoria Pública também a incumbência de proporcionar e de postular a promoção dessa educação ambiental.

Nesse passo, para colocar uma pá de cal na questão, o artigo 4º, especialmente nos incisos III e X, da Lei Complementar 80/94, criado a partir da Lei Complementar 132/09, previu ser função institucional da Defensoria Pública, **promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico** e a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Assim, o que antes já existia, ainda que de forma indireta, na própria Constituição Federal e, de forma mais específica, por exemplo, em leis estaduais, como a Lei Complementar de São Paulo nº 988/06, desde a edição da Lei Complementar 132/09 passa a ser dever uniforme de todas as Defensorias Públicas brasileiras.

Pois bem, entre as “ações” que servem a propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos ambientais está a educação em Direitos Ambientais, mister que favorece a cidadania popular. Nas palavras de José Afonso da Silva:

A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVIII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexiona-se com o conceito de *soberania popular* (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, I), com os objetivos da educação (art. 305), como base e meta essencial do regime democrático.⁸¹

⁸¹Cf. Curso de Direito Constitucional Positivo, 23ª ed., pp. 104-105.

A educação ambiental foi objeto de discussão na ordem internacional, destacando-se aqui a conferência de Estocolmo, o Encontro Internacional em Educação Ambiental de Elgrado, a Conferência Intergovernamental de Educação Ambiental de Tbilisi, o Relatório Mundial “Nosso Futuro Comum”, a Agenda 21 no Rio de Janeiro, entre outros.

A legislação inter.ª também amparou o tema (com a Edição das Leis nº 6.938/81, 9.394/96, 9.509/97, 9.765/99, 9.985/00, 12.651/12, dentre outras. A Lei 9.795/99 tratou expressamente do conceito de educação ambiental, entendida como os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sustentabilidade, sendo, ainda, um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal (artigo 1º e 2º).

A legitimidade da Defensoria Pública também se depreende do artigo 3º, inciso V, cabendo a ela implementar a garantia de democratização das informações ambientais, como previsto no artigo 5º do mesmo diploma legal.

A Defensoria Pública pois, embora ainda não estruturada como deveria, pode fazer valer esse direito do cidadão ao conhecimento nessa área por meio da elaboração e distribuição de cartilhas, realização de encontros, palestras e mutirões da cidadania sócio-ambiental, tudo como difusora da educação ambiental em prol das pessoas vulneráveis – vulnerabilidade, aqui, informativa – além de cobrar do Poder Público a implementação do seu dever imposto nos artigos 225 e 205 da Constituição Federal e artigo 3º, inciso I, da Lei nº 9.795/99.

Assim, há de se enaltecer a atribuição dessa nobre instituição como agente de transformação que, neste artigo, procura incitar seu papel de transformador sócio-ambiental.

Assim, ainda, quando se propõe uma disseminação da educação em direitos ambientais, deve-se ter em mente que isso não só o meio ambiente natural, mas também o artificial, urbano, cultural, do trabalho e etc.

É hora de ampliar o princípio da ubiquidade, considerando as questões ambientais em todas as atividades humanas e, portanto, sendo como ponto de partida a democratização da informação ambiental a todas as pessoas e, especialmente, àquelas mais marginalizadas do ponto de vista educacional.

Como bom exemplo é a iniciativa da Defensoria Pública na área, já houve a realização de diversos Congressos Nacionais de Defensores Públicos sobre o Direito Ambiental, sendo que, entre eles, é possível destacar a sua IX edição, que contou com a participação de representantes de catadores de material reciclável, de institutos ligados ao meio ambiente, de defensores públicos, entre outros, na qual foram demonstrados exemplos práticos de bem sucedidas políticas públicas e a certeza acerca dos impactos da degradação ambiental na população vulnerável.

A união de esforços nesse campo de atuação é importante para enfatizar o direito ambiental e associá-lo aos grupos vulneráveis, de modo que os mais prejudicados com os problemas ligados ao meio ambiente sejam ouvidos e contribuam com situações práticas que ultrapassem e aprimorem o mero aspecto jurídico.

CONCLUSÃO

Do exposto, podemos concluir que a questão ambiental é de extrema importância no panorama atual e futuro, tendo a Defensoria Pública papel fundamental nessa área.

Isso porque a atribuição da Defensoria Pública decorre de sua função de defender os direitos fundamentais dos necessitados organizacionais e, ainda que se queira dar uma interpretação restritiva ao termo “necessitado”, o que não se pode admitir, a legitimidade da instituição é manifesta quando atua em prol do hipossuficiente econômico, já que

este é o que mais sofrerá os impactos da degradação ambiental.

Ademais, a própria legislação corrobora tal legitimidade nos artigos 134 e 225 da Constituição Federal, artigos 1º, 3º A, I e II, 4º, I, II, III, VI, VII, VIII, X, XVIII, XX, XXII e parágrafo segundo da Lei Complementar 80/94 e artigo 3º, V, da Lei 9.795/99.

A partir daí, exsurge o poder-dever da Defensoria em atuar, inicialmente, na implementação da educação em direitos, no caso, ambientais, para dar conhecimento e voz à população acerca do Direito Ambiental e, para tanto, tem ao seu lado a comunidade local e as pessoas marginalizadas do ponto de vista educacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros. 15ª edição.

BETIOL, Luciana Stocco. **Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente**. Editora Saraiva. 1ª edição. 2010.

CARVALHO, Antônio César Leite de e SANTANA, José Lima. **Direito Ambiental Brasileiro em Perspectiva, aspectos legais, críticas e atuação prática**. Editora Juruá. 1ª edição. 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. Editora Saraiva. 13ª Ed. 2012.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental**. Editora RT. 3ª Edição. 2010.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira e STEIGLEDER, Annelise Monteiro e CAPPELLI, Silvia. **Direito Ambiental**. Editora Verbo Jurídico. 5ª edição.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. Editora Malheiros. 2ª edição. 2006.

A CONSTITUIÇÃO, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA FRENTE ÀS VEDAÇÕES LEGAIS GENÉRICAS RELACIONADAS AOS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

Arion Escorsin de Godoy*

RESUMO: O ensaio que segue dispõe-se a abordar o princípio da individualização da pena e sua incidência no âmbito da execução criminal. Para tanto, são delineados, brevemente, alguns contornos do princípio indicado, conferindo-se, porém, especial enfoque aos precedentes jurisprudenciais que envolvem a individualização da pena e os delitos hediondos ou equiparados. Nesse sentido, aborda-se o reconhecimento da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regimes, da vedação à concessão de liberdade provisória, da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, além da fixação do regime fechado como inicial, independentemente da pena imposta, todas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Advoga-se, ainda, a pertinência do reconhecimento da inconstitucionalidade das vedações à concessão de livramento condicional aos reincidentes condenados por crimes hediondos ou equiparados, e da vedação à concessão de indulto, notadamente, o humanitário, a condenados por delitos da espécie, o que, em regra, não vem sendo reconhecido pela jurisprudência pátria, contrariando as razões de decidir que conduziram ao afastamento de todos os demais óbices legais indicados.

PALAVRAS-CHAVE: Individualização da pena – crimes hediondos – vedações legais genéricas - inconstitucionalidade

* Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-Graduando pela Pontifícia Universidade Católica.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Individualização da Pena: Brevíssimos Contornos Históricos e Doutrinários. 2. A Individualização da Pena, Os Crimes Hediondos e a Recente Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

É afirmação recorrente na doutrina pátria que o Processo Penal, regido por um código muito anterior à ditadura militar, gestado ainda no período de outra ditadura – Vargas – não se coaduna, em muitos pontos, com a Constituição Republicana e Democrática de 1988. Todavia, não obstante as pertinentes críticas, há de se reconhecer que bastante se tem avançado, por meio da filtragem constitucional das velhas regras. Contudo, como vertente última do Processo Penal – a Execução Penal – tanto em seu aspecto material, quanto procedimental, não tem recebido idêntico tratamento. É como se a Execução Penal se convolasse em um capítulo à parte – e esquecido – da evolução de nosso Direito Penal e Processual Penal, não obstante carregue as mesmas marcas ditatoriais, embora de outro período.

Sinais desse esquecimento restam estampados no dia-a-dia – àqueles que se dispõem a ver –, em processos administrativos disciplinares que, nem de longe, merecem a adjetivação de *devido*. Apresentam-se, também, através de prisões automáticas, decretadas oficiosamente pelos juízes em sede de execução, independentemente dos pressupostos gerais que autorizam tais segregações que ostentam nítida pretensão cautelar. Ainda, manifestam-se em decisões parcamente fundamentadas. Outrossim, revelam-se em juízos que derivam de interpretações tratadas ora como analógicas, ora como extensivas, porém sempre em prejuízo do apenado.

Se é possível destacarmos alguma evolução no que concerne à abordagem dessa temática – e certamente é –, temos que se refere à individualização da pena, hoje alçada à condição de garantia individual de dignidade constitucional. Sobre ela trataremos com maior vagar no tópico que segue.

1 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: BREVÍSSIMOS CONTORNOS HISTÓRICOS E DOUTRINÁRIOS

A individualização da pena, conquanto hoje esteja consolidada em nosso diploma legislativo de maior envergadura, há alguns séculos era apenas um esboço, uma reflexão, uma teoria. BECCARIA (2001, P. 123-125) foi um dos precursores da exigência da proporcionalidade – e, logo, da individualização – na imposição de penas:

Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.

Se o prazer e a dor são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre os motivos que determinam os homens em todas as suas ações, o supremo Legislador colocou como os mais poderosos as recompensas e as penas; se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidir-se-á mais facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão notória quanto frequente, de que as leis terão de punir os crimes que tiveram feito nascer.

Se se estabelece um mesmo castigo, a pena de morte, por exemplo, para quem mata um faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não fará mais nenhuma diferença entre esses delitos; [...]

Bastará, contudo, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas proporcionadas aos delitos e que, sobretudo, não aplique os menores castigos aos maiores crimes.

De modo ainda mais específico, no final do Século XIX, SALEILLES (2006, p. 31) assim a definiu:

Portanto, cada pena deve ser apropriada ao seu fim, para que produza o maior efeito possível. Não cabe fixá-la de antemão de um modo estrito e rígido, nem regulá-la legalmente de um modo invariável, já que o fim da pena é individual e deve ser obtido pelo emprego de uma política especial adequada às circunstâncias, mais que pela aplicação de uma lei puramente abstrata, ignorante com relação às espécies e casos que lhe forem submetidos. [...]

Se, pois, olharmos assim para a pena, em seu fim, considerando o futuro e para a realização de um fim, é preciso que essa pena se adapte à natureza de quem ela recairá. Se o criminoso não está de todo pervertido, é necessário que a pena não contribua para pervertê-lo mais; é necessário que o levante e o ajude a reabilitar-se, e se o criminoso é incorrigível, é necessário que a pena seja contra ele e, em proveito da sociedade, uma medida de defesa e preservação radicais.

Essa adaptação da pena ao indivíduo é o que hoje se chama de individualização da pena.

E, modernamente, no direito pátrio, por NUCCI como a eleição da

[...] justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou

mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ ou ‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

A importância do princípio destacado é bem situado por FOUCAULT (2006, p. 83):

Vemos aí ao mesmo tempo a necessidade de uma classificação paralela dos crimes e dos castigos e a necessidade de uma individualização das penas, em conformidade com as características singulares de cada criminoso. Essa individualização vai representar um peso muito grande em toda a história do direito penal moderno; aí está a sua fundamentação; sem dúvida em termos de teoria do direito e do acordo com as exigências da prática cotidiana, ela está em oposição radical com o princípio da codificação; mas do ponto de vista de uma economia do poder de punir, e das técnicas através das quais se pretende pôr em circulação, em todo o corpo social, sinais de punição exatamente ajustados, sem excessos nem lacunas, sem “gasto” inútil de poder mas sem timidez, vê-se bem que a codificação do sistema delitos castigos e a modulação do par criminoso-punição vão a par e se chamam um ao outro. A individualização aparece como o objetivo derradeiro de um código bem adaptado.

Posto isso, em brevíssima análise, nota-se não só a evolução da garantia da individualização da pena, como, especificamente, sua corporificação.

2 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, OS CRIMES HEDIONDOS E A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por quase duas décadas a individualização da pena não passava, em regra, de mais uma das tantas promessas de nossa Constituição Cidadã. Contudo, o cenário passou a se alterar, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006.

Primeiro, pôde-se observar a modificação do entendimento acerca da constitucionalidade da vedação – genérica – à concessão de progressão de regimes a condenados por crimes hediondos ou equiparados, assentado há quase uma década naquela Corte (HC 82.959/SP), que restou assim ementado:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

(HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

Após, considerou incompatível com a Constituição da República a vedação – também genérica – à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no que toca aos delitos da mesma espécie (HC 97.256).

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de

se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim

como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333)

Em seguida, o mesmo Pretório Excelso reputou inconstitucional a vedação – outra vez genérica – à concessão de liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06 (HC 104.339/SP), tendo assim ficado registrado no Informativo n. 665 do STF:

Discorreu-se que ambas as Turmas do STF teriam consolidado, inicialmente, entendimento no sentido de que não seria cabível liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecentes, em face da expressa previsão legal. Entretanto, ressaltou-se que a 2ª Turma viria afastando a incidência da proibição em abstrato. Reconheceu-se a inafiançabilidade destes crimes, derivada da Constituição (art. 5º, XLIII). Asseverou-se, porém, que essa vedação conflitaria com outros princípios também revestidos de dignidade constitucional, como a presunção de inocência e o devido processo legal. Demonstrou-se que esse empecilho apriorístico de concessão de liberdade provisória seria incompatível com estes postulados. Ocorre

que a disposição do art. 44 da Lei 11.343/2006 retiraria do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos de necessidade da custódia cautelar, a incorrer em antecipação de pena. Frisou-se que a inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida constitucionalmente, não significaria óbice à liberdade provisória, considerado o conflito do inciso XLIII com o LXVI (“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”), ambos do art. 5º da CF. Concluiu-se que a segregação cautelar — mesmo no tráfico ilícito de entorpecentes — deveria ser analisada assim como ocorreria nas demais constrições cautelares, relativas a outros delitos dispostos no ordenamento. Impenderia, portanto, a apreciação dos motivos da decisão que denegara a liberdade provisória ao paciente do presente writ, no intuito de se verificar a presença dos requisitos do art. 312 do CPP. Saliou-se que a idoneidade de decreto de prisão processual exigiria a especificação, de modo fundamentado, dos elementos autorizadores da medida (CF, art. 93, IX). Verificou-se que, na espécie, o juízo de origem, ao indeferir o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa, não indicara elementos concretos e individualizados, aptos a justificar a necessidade da constrição do paciente, mas somente aludira à indiscriminada vedação legal. Entretanto, no que concerne ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, reputou-se que a tese estaria prejudicada, pois prolatada sentença condenatória confirmada em sede de apelação, na qual se determinara a continuidade da medida acauteladora, para a garantia da ordem pública.

O Min. Dias Toffoli acresceu que a inafiançabilidade não constituiria causa impeditiva da liberdade provisória. Afirmou que a fiança, conforme estabelecido no art. 322 do CPP, em certas hipóteses, poderia ser fixada pela autoridade policial, em razão de requisitos objetivos fixados em lei. Quanto à liberdade provisória, caberia ao magistrado aferir sua pertinência, sob o ângulo da subjetividade do agente, nos termos do art. 310 do CPP e do art. 5º, LXVI, da CF. Sublinhou que a vedação constante do art. 5º, XLIII, da CF diria respeito apenas à fiança, e não à liberdade provisória. O Min. Ricardo Lewandowski lembrou que, no julgamento da ADI 3112/DF (DJe de 26.10.2007), a Corte assinalara a vedação constitucional da prisão ex lege, bem assim que os princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação de ordem prisional por parte da autoridade competente mereceriam ponderação maior se comparados à regra da inafiançabilidade. O Min. Ayres Britto, Presidente, consignou que, em direito penal, deveria ser observada a personalização. Evidenciou a existência de regime constitucional da prisão (art. 5º, LXII, LXV e LXVI) e registrou que a privação da liberdade seria excepcional. [HC 104339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.5.2012.](#)

Finalmente, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da regra que impedia que se iniciasse o cumprimento da pena em regime diverso do fechado – novamente quanto aos delitos hediondos ou equiparados, invocando que tal decisão inclusive seria consectário lógico da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (HC 111.840/ES).

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. (HC 111.840/ES – Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/06/2012 [ainda sem publicação oficial do acórdão]).

Portanto, todo esse processo referente à amplitude da garantia da individualização da pena pode ser ilustrado e delimitado nas poéticas considerações do Ministro Ayres Brito (HC 103.595/SP):

Não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguiamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset).

Não obstante, ainda têm vigência em nosso Direito e são reiteradamente aplicadas por nossos Tribunais pelo menos

duas limitações da espécie: a primeira, no que toca ao livramento condicional, refere-se ao disposto no art. 83, V, do Código Penal, que tem a seguinte redação:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

Note-se que, surpreendentemente – tendo em vista os avanços jurisprudenciais trabalhados –, a constitucionalidade de tal dispositivo vem sendo afirmada reiteradamente, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 102.286/PR), quanto pelo *vanguardista* Tribunal de Justiça Gaúcho (Agravo Nº 70043502921), dentre outros Tribunais do país.

Outra sorte, contudo, tivemos no âmbito doutrinário, com Luiz Flavio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina (2007, p. 872):

Réu reincidente específico em crimes hediondos não pode ter progressão de regime nem livramento condicional (CP, art. 83, V). Mas diante da posição do STF (HC 82.959) de que é inconstitucional a norma que proíbe a progressão de regime, porque violadora do princípio da individualização da pena, parece que está afetado também esse dispositivo legal. A reincidência do condenado pode conduzir a um tratamento mais rigoroso, mas não pode

impedir a progressão de regime (tampouco o livramento condicional).

Porém, é certo que a manutenção da “constitucionalidade” da regra proibitiva de concessão do livramento condicional se ampara em rasa apreciação da matéria, que não supera a pura e simples alegação de existência de óbice legal, sem se fazer qualquer juízo crítico a respeito, conforme ilustra o precedente que segue:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CRIME HEDIONDO. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 83, V, DO CP. Inviável a concessão do benefício do livramento condicional ao apenado reincidente específico no delito de tráfico ilícito de entorpecentes, por expressa vedação legal. Artigo 83, inc. V, do CP. Precedente do STJ e do Colegiado. AGRAVO EM EXECUÇÃO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70043502921, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 13/12/2011)

Nesse cenário, constata-se que, por exemplo, a vedação legal à progressão de regimes não foi suficiente para impedir o gozo do benefício, eis que incompatível com a Constituição; todavia, vedação semelhante quanto ao livramento condicional tem prosperado, sem sequer os Tribunais afirmarem por qual motivo se aplicaria o raciocínio constitucionalizado quanto à progressão – em coerência com uma hermenêutica que se consolida, como visto –, o mesmo não ocorrendo quanto ao livramento condicional.

A segunda vedação da espécie a prosperar diz respeito aos benefícios de indulto e comutação, na aplicação cega que se faz do disposto no artigo 8º, inciso II, do Decreto- Presidencial 7.648 de 2011, o que se pode verificar em

pesquisa à jurisprudência do Tribunal da Cidadania (HC 184.028/MS) e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Agravo Nº 70049137821), dentre outros tantos. Eis o que prevê o referido dispositivo:

Art. 8º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam as pessoas condenadas:

[...] II - por crime hediondo, praticado após a edição das Leis no 8.072, de 25 de julho de 1990; no 8.930, de 6 de setembro de 1994; no 9.695, de 20 de agosto de 1998; no 11.464, de 28 de março de 2007; e no 12.015, de 7 de agosto de 2009, observadas, ainda, as alterações posteriores;

Entretanto, é certo que a mais adequada interpretação das regras que impliquem restrições genéricas a direitos materializa-se a partir da extensão da *ratio decidendi* que inspirou as considerações do Ministro Ayres Brito, em consonância com o que decidiu a Desembargadora gaúcha Lizete Andreis Sebben, no Agravo Nº 70048095673, também do TJ/RS, em relação ao indulto humanitário, assim ementado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONCESSÃO DE INDULTO HUMANITÁRIO. ART. 1º, INCISO IX, LETRA "C" DO DECRETO Nº 7.420/10. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CASO CONCRETO. Ainda que o agravante tenha sido condenado por tráfico de drogas, crime equiparado ao hediondo, nos termos da Lei nº 8.072/90, sendo, por isso, em tese, insuscetível de indulto, entendo que, diante das peculiaridades do caso, é de ser concedido o indulto humanitário. Primeiro, porque os requisitos da lei de concessão do indulto restaram preenchidos, com base no laudo pericial juntado aos autos; segundo, pelo

fato de que a aplicação da regras referentes ao tráfico de drogas vem sendo amenizada pela Jurisprudência e pela Lei, tanto que o próprio Colendo STF vem reconhecendo a inconstitucionalidade de dispositivos ali inseridos, sendo possível, atualmente, a concessão de liberdade provisória ao acusado por esse crime, bem como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sem falar, também, que atualmente o acusado não precisa cumprir integralmente a pena no regime fechado; e terceiro, a meu ver o mais relevante, é o fato da Constituição Federal pregar a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais (art. 1º, inciso III, da CF), razão pela qual a simples hediondez, reconhecida em lei infraconstitucional, não pode se sobrepor a esse princípio, ainda mais, quando preenchidos os requisitos legais que autorizam a concessão da benesse, contando o autor com 50 anos de idade, condenado a uma pena de 07 anos, 05 meses e 20 dias, restando, ainda, um saldo de mais de cinco anos para cumprimento da pena, o que demonstra a impossibilidade, pela gravidade da doença, em cumpri-la no estabelecimento prisional. Decisão reformada. AGRAVO PROVIDO. (Agravos Nº 70048095673, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 09/08/2012).

Semelhantes precedentes se verificam, mesmo anteriormente, no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

HABEAS CORPUS. DECRETO Nº 5.620/05 - PEDIDO DE INDULTO HUMANITÁRIO INDEFERIDO - CRIME HEDIONDO - ART. 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL -

VEDAÇÃO QUE NÃO INCLUI O INDULTO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE. Se o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal nada dispôs quanto ao indulto, a vedação constante da aludida norma há de ser interpretada restritivamente, de sorte a não estorvar o exame de pedido de indulto humanitário, formulado por detento paraplégico com fulcro nos arts. 1º, VI e 8º, parágrafo único do Decreto nº 5.620/05. (Acórdão n. 279749, 20070020081752HBC, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 16/08/2007, DJ 12/09/2007 p. 92)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIME HEDIONDO E INDULTO HUMANITÁRIO. DECRETO 5.620/2005. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PACIENTE PARAPLÉGICO. PRISÃO DOMICILIAR. RISCO PERMANENTE DE AGRAVAMENTO DAS CONDIÇÕES DE SAÚDE DO CONDENADO. EXIGÊNCIA DE CUIDADOS CONTÍNUOS.

1 O fato de o paciente estar cumprindo pena em regime aberto não o impede de postular benefício capaz de lhe restituir plenamente a liberdade. Não faz sentido dar continuidade ao cumprimento da pena quando esta perde às inteiras o sentido finalístico, retributivo e ressocializador.

2 O paciente é portador de paraplegia e escaras de decúbito, com incapacidade severa, grave limitação de atividade e restrição de participação, exigindo cuidados contínuos.

3 O Presidente da República pode emitir decreto em caráter excepcional e motivado por razões humanitárias para conceder indulto. A norma proibitiva - constitucional ou não - deve sempre

ser interpretada restritivamente e sem perder de vista o princípio maior da humanidade, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Esta norma é o epicentro da ordem jurídica, conferindo unidade teleológica e axiológica a todas as demais normas constitucionais, repudiando a aritmética penal talonária e rechaçando penas e conseqüências jurídicas inumanas.

4 Ordem concedida.(Acórdão n. 277141, 20070020056203HBC, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 14/06/2007, DJ 01/08/2007 p. 91)

Ademais, fundamental destacar que o que a Constituição admite e veda é a concessão de *graça* ou *anistia* – mas não indulto ou comutação, no que toca aos crimes hediondos ou equiparados, conforme previsão do artigo 5º, inciso XLIII:

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

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Dessa forma, revela-se destoante e, logo, inconstitucional – por exprimir restrição excessiva e não justificada ao direito fundamental à liberdade – o disposto no artigo 8º do Decreto Presidencial nº 7.648/2011 – regra repetida em todos os demais diplomas que regularam o indulto nos últimos anos, eis que procede, pela via ordinária

– no caso, um mero Decreto, ato normativo do Executivo –, a limitação que, como destacado, exacerba os permissivos constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto isso, imperioso reconhecer – e se reconhecer de imediato, e não em mera repetição acrítica de jurisprudência do Supremo –, que a individualização da pena, para além de mais uma bela promessa constitucional, possui contornos amplos e efetivos – como é próprio dos princípios – que implicam o afastamento de toda e qualquer *padronização* não só no que concerne ao cumprimento da pena, mas também no que diz da restrição a direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal, os quais sempre devem ser considerados de forma personalíssima, como bem expôs o Ministro Ayres Brito.

Vale dizer: toda e qualquer restrição genérica a direitos ou garantias fundamentais em campo penal, na esteira do entendimento invocado, só encontram guarida na Constituição se nela expressamente estiverem insertas, como na hipótese da vedação ao arbitramento de fiança nos enfocados crimes hediondos; não há, todavia, como se interpretar extensivamente ou analogicamente restrições da espécie, nem criá-las pela via ordinária – ou mesmo infralegal, como no caso do indulto. Enfim, as limitações genéricas compõe um rol fechado no diploma ápice de nossa pirâmide normativa, infenso até mesmo a eventual Emenda à Constituição, quer por a individualização da pena se tratar de cláusula pétrea, quer em face da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Por fim, em oposição ao que pretende fazer crer o obtuso discurso punitivista que grassa difundido pelos meios de comunicação de massa, cumpre salientar que tal postura de efetivação de direitos fundamentais não importa

amolecimento do enfrentamento à criminalidade. Muito pelo contrário: cuida-se, pura e simplesmente, do restabelecimento da ordem natural hierárquica de uma estrutura normativa cumeada ou alicerçada, como queiram, pela Constituição, que faz incidir seus propósitos democráticos no Direito Penal, no Processo Penal e, como há de ser, também na Execução Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. ***Dos delitos e das penas***. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, versão eletrônica, 2001.

FOUCAULT, Michel. ***Vigiar e punir: história da violência nas prisões***. 31 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. ***Direito Penal: parte geral***. São Paulo: RT, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Individualização da pena***. São Paulo: RT, 2009.

SALEILLES, Raymond. ***A individualização da pena***. São Paulo: Rideel, 2006.

PROCESSO JUDICIAL DE SEGURO (PRIVADO) EM RAZÃO DE ACIDENTE DE TRABALHO

Fernando Rubin *

RESUMO: Diante da grande quantidade de processos judiciais em que se discute aspectos acidentários de um problema de saúde incapacitante, procurar-se-á, de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência, desenvolver estudo específico das peculiaridades do processo judicial de seguro (privado), a partir do indeferimento do requerimento administrativo. Fora do âmbito da ação acidentária contra o INSS e da ação de reparação de danos contra a empresa empregadora, o objetivo, nessa passagem, é apontar as principais questões envolvendo uma (autônoma) ação de cobrança de seguro em desfavor de uma seguradora privada na hipótese de ocorrência de infortúnio laboral.

Palavras-Chave: Acidentes de trabalho. Seguro Privado. Seguro em Grupo. Requerimento administrativo e Processo Judicial. Prêmio da apólice. Sinistro. Segurador. Segurado. Estipulante.

Sumário: Introdução. **1.** Noções fundamentais da cobrança de seguro privado por acidentes pessoais. A ação judicial e a negativa administrativa. **2.** A prejudicial de prescrição securitária. **3.** Temas polêmicos no mérito propriamente dito da demanda securitária. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

* Advogado, Bacharel em Direito pela UFRGS, com a distinção da Lâurea Acadêmica. Mestre em processo civil pela UFRGS. Professor da Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER), Professor Pesquisador do Centro de Estudos Trabalhistas do Rio Grande do Sul – CETRA-IMED, Professor Pesquisador do Mérito Estudos de Porto Alegre. Professor colaborador do Centro de Orientação, Atualização e Desenvolvimento Profissional – COAD-ADV. Articulista de revistas especializadas em processo civil, previdenciário e trabalhista.

Em se tratando de incapacidade laborativa decorrente do trabalho, o obreiro além da ação contra o INSS (ação acidentária) e contra o empregador (ação de reparação de danos), possui a oportunidade jurídica de ingressar contra a seguradora privada (ação securitária), a fim de buscar um prêmio em decorrência do sinistro pelo qual pagou por boa parte de sua vida dentro da instituição empregadora.

O grande diploma infraconstitucional regulador do tema é, sem dúvida, o código civil, a partir do art. 757, em que se externa que pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento de prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados.

Seguro particular pode ser definido então como o contrato pelo qual pessoa jurídica especializada (segurador), mediante o recebimento de determinado pagamento (prêmio), se obriga a pagar à pessoa física - a que remunera ou a terceiro por esta indicado (segurado) - certa quantia, sob a forma de capital ou de renda (indenização), caso ocorra evento previsto no acordo (sinistro).

No caso de o sinistro girar em torno de acidente de trabalho a modalidade envolvida é a de seguro em grupo e não seguro individual. Nessa especial hipótese, surge a figura de um terceiro estipulante (normalmente o empregador), responsável pelo pagamento do prêmio ao segurador – trata-se aqui de um tomador de serviço (seguro) em nome alheio (segurados empregados).

1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS DA COBRANÇA DE SEGURO PRIVADO POR ACIDENTES PESSOAIS. A AÇÃO JUDICIAL E A NEGATIVA ADMINISTRATIVA

O seguro privado em razão de acidentes pessoais é oferecido, e não imposto, aos empregados via apólice

coletiva. Sendo de interesse expresso do trabalhador, passa a ser descontado em contra-cheque, tendo em geral como estipulante, repete-se, o próprio empregador. Não raro o empregador constitui pessoa jurídica própria para administrar o seguro privado dos funcionários, sendo previstas coberturas pelos eventos infortunisticos desenvolvidos dentro do ambiente de labor, como o acidente típico (como a perda de segmento) e a doença laboral (como a Lesão por Esforços Repetitivos).

A ação de cobrança de um seguro privado em razão de acidentes pessoais trata-se de demanda cível, proposta na Justiça Comum, em que o estipulante não figura, por regra, como litisconsorte. No pólo ativo visualiza-se a figura do obreiro-segurado, que adquiriu o problema de saúde ocupacional em meio ao contrato de trabalho, e no pólo passivo a figura da seguradora privada, que se compromete a indenizar o segurado em caso de ocorrência do sinistro nesses casos em que o evento infortunistico não é prévio à contratação.

A demanda deve seguir o rito comum ordinário, não sendo a hipótese de ingresso imediato com ação de execução, já que o seguro por acidentes pessoais não se configura mais como legítimo título executivo extrajudicial, como se dá com o seguro de vida, na forma preconizada pelo art. 585, III do CPC – a partir da redação determinada pela Lei 11.382/2006.

Por certo, há necessidade da negativa administrativa para que se ingresse em juízo (via então ação de conhecimento), sob pena de extinção do feito sem julgamento de mérito, forte no art. 267, VI do CPC (carência da ação, por falta de interesse processual).

Como não há identidade entre o empregador e a seguradora privada, o mesmo acidente de trabalho poderá determinar uma indenização pela empresa e o pagamento do prêmio segurado, sem qualquer compensação – dada a

natureza jurídica distinta das relações firmadas. Tal lógica, aliás, é semelhante àquela que prega a não compensação de verbas de reparação de danos com a do benefício acidentário pago pelo órgão previdenciário, e que vem insculpido na CF/88, art. 7º, XXVIII. Na verdade, o mesmo acidente de trabalho autoriza, s.m.j., de forma autônoma, a cobrança de benefício acidentário, reparação de danos causados por dolo ou culpa do empregador e prêmio da seguradora.

No Tribunal Superior do Trabalho predomina a tese de que eventual compensação é impossível, pois a indenização decorrente de danos morais e materiais, verificada a responsabilidade por dolo ou culpa da empregadora, será independente do montante recebido a título de seguro:

COMPENSAÇÃO - INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE SEGURO – IMPOSSIBILIDADE. A Constituição confere ao trabalhador o direito a seguro contra acidentes. A indenização decorrente de danos morais e materiais, verificada a responsabilidade por dolo ou culpa da empregadora, será independente do montante recebido a título de seguro, nos termos do art. 7º, XXVIII, da Carta Magna. (TST, RR - 146800-52.2001.5.17.0005, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 04/03/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: 06/03/2009)

2 A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO SECURITÁRIA

Se problema sério em uma demanda securitária circunscreve-se à negativa administrativa – já que não raro a seguradora demora para prestar as informações, exige inúmeros documentos para comprovação da incapacidade, quando não estamos diante da hipótese de a seguradora

simplesmente deixar de prestar qualquer resposta ao segurado-solicitante em tempo razoável -, outro tema delicado é a que envolve a prescrição.

Ocorre que o prazo, previsto no código civil (art. 206, parágrafo 1º, II), é extremamente exíguo, sendo previsto lapso prescricional de um ano para solicitação do pedido. É bem verdade que o marco do prazo deve ser o da ciência inequívoca do evento infortunistico que dá azo ao pedido (Súmula 278 do STJ), e não da existência de meros indícios do problema incapacitante caracterizado como sinistro na apólice; bem como que durante o período em que o segurado aguarda resposta administrativa, há suspensão do prazo prescricional anual. Mesmo assim, não há como negar a extrema exiguidade do prazo, que em muitas oportunidades determina a fatal extinção do feito, com julgamento de mérito, forte no art. 269, IV do CPC.

Ainda mencionando a questão prescricional, em acidente de trabalho que motiva a ação securitária, importante se dizer que em geral as apólices possuem cobertura para quadros de invalidez, total ou parcial, sendo que o quadro provisório encontra-se excluído. Eis a razão pela qual o obreiro em benefício auxílio-doença (art. 59 Lei 8.213/91) em geral não ingressa com pedido de seguro, já que nesse caso ainda não há prova de invalidez para exigir o prêmio de seguro – exegese inclusive de acordo com a já aludida Súmula 278 do STJ. Quando, no entanto, há concessão, judicial ou mesmo administrativa, de um benefício definitivo – a aposentadoria por invalidez (art. 42 Lei 8.213/91) ou o auxílio-acidente (“meia-aposentadoria” – art. 86 Lei 8.213/91), aí sim parece, em geral, ser a situação de início do prazo prescricional para se buscar o prêmio.

No Brasil, por mais dura que seja a legislação, se o trabalhador foi, por exemplo, aposentado por invalidez em razão de acidente típico grave ocorrido nas dependências da empresa e dentro de um ano não buscar o seu prêmio de

seguro – claro, em caso de estar contribuindo ativamente para tanto, com prova cabal dos descontos mensais à seguradora privada – não tem mais o direito de exigir a pretensão em juízo, em face da prescrição, a qual passou a ser matéria de ordem pública a partir de 2006 (diante de modificação implementada pela Lei 11.280 no art. 219, V do CPC) e, assim, pode ser reconhecida de ofício pelo julgador, em qualquer grau de jurisdição, mesmo que não provocado pela parte interessada (a seguradora ré, *in casu*).

Vê-se, pois, que o segurado no Brasil não pode ingressar em juízo sem prova inequívoca de sua invalidez, sinistro constante na apólice, mas, por outro lado, caso se descuide um pouco e deixe para depois a busca do seu direito, corre o risco de restar prescrita a sua pretensão. Não é uma situação fácil, que respalda o constante acompanhamento/assessoramento de um operador do direito.

3 TEMAS POLÊMICOS NO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO DA DEMANDA SECURITÁRIA

Superadas essas questões preliminares (negativa administrativa) e prejudiciais de mérito (prescrição de um ano), no mérito propriamente dito há outros pontos que podem dificultar a percepção do prêmio pelo segurado.

A interpretação das cláusulas contratuais, especialmente a que prevê os sinistros autorizadores do pagamento do prêmio, não raro, é motivo de muita discussão na esfera administrativa e, depois, na esfera judicial.

É de se destacar, por oportuno, que eventual dúvida na exegese das cláusulas contratuais forçosamente deve ser solvida em favor da parte hipossuficiente, o segurado. Não só porque o contrato é de adesão – com as cláusulas previamente ajustadas pela seguradora – mas também

porque deve incidir, *in casu*, as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse diapasão, em recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi esclarecido que:

“a maioria dos consumidores que aderem a contratos pré-redigidos fazem isso sem conhecer precisamente os termos do contrato. Geralmente o contratado não tem a oportunidade de estudar e analisar com cuidado as cláusulas do contrato, seja porque ele as receberá somente após concluir o contrato, seja porque elas se encontram disponíveis somente em outro local, seja porque o instrumento contratual é longo, impresso em pequenas letras e em linguagem técnica, desestimulando a sua leitura e colaborando para que o consumidor se contente com as informações gerais prestadas pelo contratante. A forma como está inserida uma cláusula limitativa, seu conteúdo em relação ao objeto do contrato, ou até a apresentação de uma proposta simplificada de contratação, com a posterior entrega ao segurado do contrato, e muitas vezes, sem até tal entrega, causando um total desconhecimento das cláusulas, especialmente as limitativas, ocasionam um profundo desequilíbrio entre as partes, gerando o conflito de interesses, entre o segurado que almeja a proteção pessoal ou patrimonial, e o segurador, que necessita limitar os riscos para viabilização das indenizações. Desse modo, no conflito de interesses entre segurado e segurador, o contrato deve ser interpretado segundo o art. 407 do código de proteção ao consumidor, favorável ao consumidor, ou seja, ao segurado. Logo, estipulado no contrato de seguro a cobertura dos riscos de invalidez por acidente e comprovado pelo conjunto probatório dos autos a condição exigida à segurada, deve

ser paga a indenização do seguro privado no valor previsto na apólice” (Apelação Cível Nº 70039825724, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 31/03/2011)

O diploma infraconstitucional consumerista aponta então, de maneira clara, para a inversão do ônus probante – do ponto de vista processual – e autoriza – do ponto de vista material (nossa ênfase neste ensaio) - interpretações não restritivas das cláusulas contratuais que destacam os sinistros cobertos nas apólices.

Vale o exposto registro inclusive porque é comum as seguradoras privadas alegarem que as doenças profissionais não estejam incluídas no conceito de acidente pessoal previstas nas apólices. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, seguido pela maioria dos Tribunais estaduais, vem confirmando o contrário. O julgado abaixo é exemplo marcante desse correto encaminhamento do Poder Judiciário:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO POR INVALIDEZ PERMANENTE DECORRENTE DE LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO (LER). A lesão por esforço repetitivo inclui-se no conceito de acidente de trabalho, de forma que deve ser abrangida pela cobertura de acidentes pessoais. Precedentes do STJ. Sentença que julgou improcedente a ação reformada. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70007079734, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cacildo de Andrade Xavier, Julgado em 23/03/2005)

Além disso, deve-se dizer que a cláusula que exclui doenças do trabalho, quaisquer que sejam as suas causas, do prêmio é, s.m.j., abusiva e ilegal, contrariando os ditames do Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV c/c art. 54, §

3°), razão pela qual dever ser desconsiderada pelo Poder Judiciário, de acordo com outro importante julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO. AÇÃO DE COBRANÇA. INVALIDEZ PERMANENTE. DOENÇA ADQUIRIDA NO LOCAL DE TRABALHO. ACIDENTE PESSOAL. COBERTURA SECURITÁRIA DEVIDA DE ACORDO COM O PACTUADO. 1. O objeto principal do seguro é a cobertura do risco contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte do segurador. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, caracterizada pela sinceridade e lealdade nas informações prestadas pelo segurado ao garantidor do risco pactuado, cuja contraprestação daquele é o pagamento do seguro. 2. Desse modo, o segurador só poderá se exonerar de sua obrigação se ficar comprovado o dolo ou a má-fé do segurado, ou se houver agravamento do risco, ante o desequilíbrio da relação contratual, tendo em vista que aquele receberá um prêmio inferior ao risco garantido, em desconformidade com o avençado. 3. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes a relação securitária, podendo se definir como sendo um serviço a cobertura ofertada pela seguradora, consubstanciada no pagamento dos prejuízos decorrentes de riscos futuros estipulados no contrato aos seus clientes, os quais são destinatários finais deste serviço. 4. No caso em exame, restou devidamente comprovado mediante a prova colacionada ao presente feito que a segurada foi acometida de enfermidade que atingiu ombros, pulsos, braços e coluna. Ademais, nos termos dos art. 19 e 21, ambos da Lei 8.213/91, o evento precitado deve ser considerado acidente laboral, incluído dentro do conceito de acidente pessoal. Precedente do

STJ. 5. Portanto, a parte postulante faz jus ao pagamento da indenização securitária postulada na exordial, em razão de existência de cobertura para o evento acidente pessoal. 6. Ademais, a concessão pelo Instituto Nacional de Previdência Social da aposentadoria por invalidez implica na presunção quanto à caracterização da incapacidade total e permanente. 7. Por outro lado, cabe tão-somente ao Magistrado, analisando o conjunto probatório colacionado nos autos, valorar os elementos de convicção trazidos pelas partes, embora a conclusão da perícia realizada em Juízo tenha sido no sentido de que a incapacidade do postulante seja apenas parcial. 8. Dever de a seguradora adimplir o valor previsto na apólice firmada entre as partes. Negado provimento ao apelo (Apelação Cível N° 70029678497, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 28/10/2009)

Por fim, sobre o mérito de um processo securitário, interessante a discussão a respeito da (des)necessidade de produção de provas periciais ou orais – tópico que, reparem, acabou também sendo abarcado no aresto paradigmático supratranscrito (ponto 6, especialmente).

Ocorre que se o segurado exige o prêmio a partir de benefício definitivo concedido pelo órgão previdenciário – na via administrativa ou mesmo judicial – não parece crível se exigir do segurado que passe por longa fase instrutória, a fim de fazer prova de situação clínica já devidamente assentada. Tal postura pode ser coibida judicialmente com base no art. 130, *in fine* do CPC, o qual autoriza o indeferimento de meios de prova desnecessários ao deslinde da causa e que trazem consequentemente prejuízo direto à celeridade processual.

Se o trabalhador já foi aposentado por invalidez pelo INSS, após inúmeras perícias administrativas perante mais de um perito autárquico – ou mesmo teve garantido o benefício máximo após processo acidentário em que foi submetido à avaliação de um *expert* oficial da confiança do Juízo (além de serem compulsados outros meios de prova, como o documental e o oral), por qual razão deve ser produzida prova pericial em ulterior ação securitária? Acreditamos aqui que o feito pode ser julgamento de maneira antecipada, após devida formação de contraditório em fase postulatória, tudo de acordo com o art. 330, I do CPC.

Entendimento diverso, no sentido de que o “juiz é destinatário da prova” e pode requerer a providência probatória que bem entender, não parece ser a alternativa mais acertada (Agravo de Instrumento Nº 70009280819, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 22/07/2004). Mesmo porque, com o devido respeito ao entendimento diverso, entendemos que não é o juiz o destinatário da prova, e sim todos os integrantes da relação jurídica processual (Juízo e partes litigantes) – devendo ser produzido o meio probante realmente relevante para a solução do conflito, não sendo crível a produção de prova pericial ou mesmo oral que se mostre custosa e protelatória.

Não é essa a situação, concluímos, quando o segurado não percebe um benefício definitivo do INSS (aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente) e com base em alguns indícios clínicos procura a percepção judicial de prêmio em virtude de alegada invalidez (total ou parcial). Aqui, por certo, tendo já sido negado o pleito na via administrativa, a prova pericial é fundamental para ser resolvido o conflito, apontando o *expert* nomeado pelo Juízo a real extensão do quadro clínico, ainda duvidoso junto ao INSS que, possivelmente, vem mantendo o segurado em benefício provisório ou a ele concedeu uma alta simples para que

retorne ao mercado de trabalho. Nessa conjectura, mesmo que se apresente custosa, a prova não é procrastinatória e se mostra decisiva para o julgamento da lide securitária.

CONCLUSÃO

Em suma, a demanda securitária é uma opção possível para o segurado efetivamente lesionado, em virtude de acidente de trabalho, buscar o prêmio para o qual optou por contribuir ao longo do vínculo empregatício. Aplica-se a legislação acidentária (Lei 8.213/91) conjugada com o código civil e o código de defesa do consumidor, devendo ser apreciadas com parcimônia as disposições processuais e materiais que podem inviabilizar abusivamente o pleito do hipossuficiente.

Não se pode negar, de qualquer forma, que há um (provável) sinuoso caminho para a percepção do prêmio, que pode envolver negativa administrativa da seguradora e aguerrida discussão a partir da judicialização do conflito de interesse.

Nesse contexto, entendemos que o seguro de acidentes pessoais inclui toda a espécie de acidentes de trabalho, inclusive as doenças laborais (como a Lesão por Esforços Repetitivos), devendo ser cobrado o prêmio em ação de conhecimento em que autorizada a inversão do ônus de prova e que deverá ter aprofundada a instrução (notadamente com a produção de prova pericial) tão somente em caso de o obreiro não ter já demonstrada a sua invalidez (total ou parcial) mediante a percepção de benefício acidentário definitivo (aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente) junto ao INSS – lembrando-se que a concessão de um desses benefícios definitivos pode se dar via na via administrativa ou mesmo em razão de comando judicial acidentário transitado em julgado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Pedro. **O seguro e o novo código civil**. Rio de Janeiro: 2007.

BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSI, William. **Direito previdenciário na visão dos tribunais**. São Paulo: Método, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Hertz J. **Acidentes de trabalho na atualidade**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. 7ª ed.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: RT, 2002. 4ª Ed.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Prova e contraprova do nexó epidemiológico**. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010. 26ª ed.

MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. **Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais**. São Paulo: Saraiva, 2009. 5ª Ed.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por acidentes do trabalho ou doença ocupacional**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador.** São Paulo: LTr, 2010. 5ª ed.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____.; ROSSAL, Francisco. **Elementos para a investigação/caracterização do nexos causal e matéria acidentária.** Revista Justiça do Trabalho (2010): 43/52. HS Editora.

_____.; ROSSAL, Francisco. **Benefícios acidentários e procedimento administrativo.** Revista Trabalhista Direito e Processo n° 36 (2011): 186/200. LTr Editora.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário.** São Paulo: Atlas, 2011. 4ª ed.

ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL – UMA LEI POR INICIATIVA POPULAR

Maria Berenice Dias*

RESUMO: Temas encharcados de preconceito, como os que dizem, por orientação sexual acabam sendo condenados à invisibilidade, o legislador omite e a justiça tem dificuldade em reconhecer direitos sem lei. Daí a necessidade de uma legislação que garanta todos os direitos à população LGBT: Um Estatuto da Diversidade Sexual.

PALAVRAS-CHAVE: Homoafetividade – Gays – Lésbicas – Bissexuais – Travestis – Transexuais – Discriminação – Igualdade - Direitos

SUMÁRIO: Introdução; 1. Emendas Constitucionais; 2. Discriminação; 3. Licença-natalidade; 4. Casamento e união estável; 5. Estatuto da Diversidade Sexual; 6. A construção de um microsistema; 7. Nomes e nomenclaturas; 8. Objeto e objetivos; 9. Princípios; 10. Direito à livre orientação sexual; 11. Direito à igualdade e a não discriminação; 12. Direito à convivência familiar; 13. Direito à identidade de gênero; 14. Direito à saúde; 15. Direitos previdenciários; 16. Direito à educação; 17. Direito ao trabalho; 18. Direito à moradia; 19. Acesso à justiça e à segurança; 20. Dos meios de comunicação; 21. Relações de consumo; 22. Dos delitos e das penas; 23. Políticas públicas; 24. Legislação infraconstitucional

* Advogada. Presidenta da Comissão da Diversidade Sexual da OAB. Vice-Presidenta Nacional do IBDFAM www.mbdias.com.br www.mariaberenice.com.br www.direitohomoafetivo.com.br

INTRODUÇÃO

Em face do enorme preconceito de que são alvo, da perseguição que sofrem, da violência de que são vítimas, não há como se ter ideia do número das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, e transgêneros, identificadas pela sigla LGBT. Outro não é o motivo de não existir uma legislação que reconheça direitos ou que criminalize os atos homofóbicos de que são vítimas.

Ainda que imensurável, não há como condenar parcela da população à invisibilidade, deixando-a a margem da tutela jurídica. Desta realidade tomou consciência a Justiça quando, há mais de uma década, passou a reconhecer as uniões homoafetivas como entidade familiar. De tão reiteradas algumas decisões, direitos passaram a ser deferidos em sede administrativa, como a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão e a expedição de visto de permanência ao parceiro estrangeiro. Também a inclusão do companheiro como dependente no imposto de renda e a soma do rendimento do casal para a concessão de financiamento imobiliário foi regulamentada.

Como os avanços começaram no âmbito da Justiça, surgiu a necessidade de qualificar os profissionais para atender a crescente demanda deste segmento na busca de direitos, o que levou a Ordem dos Advogados a criar Comissões da Diversidade Sexual em todos os cantos do Brasil.

De outro lado, em face da falta de um sistema integrado de divulgação da jurisprudência, sempre houve enorme dificuldade de acesso às decisões de juízes e tribunais. Por isso as Comissões assumiram o compromisso de amearhar os julgados de todas as justiças e graus de jurisdição. O resultado foi surpreendente, o que ensejou a construção de um portal,⁸² que permitiu quantificar as quase duas mil

⁸² www.direitohomoafetivo.com.br

decisões que garantem direitos no âmbito do direito das famílias, do direito sucessório e previdenciário. Lá também são noticiados os avanços em todo o mundo.

Este levantamento em muito contribuiu no julgamento do Supremo Tribunal Federal que, ao apreciar duas ações constitucionais⁸³ reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar. A decisão, além de ter efeito vinculante e eficácia perante todos, desafiou o legislador a inserir a população LGBT no sistema jurídico. Isso porque, nunca nenhum projeto de lei ou proposta de emenda constitucional logrou ser votado – e muito menos aprovado – por qualquer das casas legislativas. Sempre prevaleceu o medo escudado em alegações de ordem religiosa, o preconceito disfarçado em proteção à sociedade.

No entanto, era chegada a hora de dar um basta à hipocrisia e alguém precisava tomar a iniciativa. Ninguém mais poderia aceitar este grande desafio do que os advogados. Afinal, foram os precursores de todos os avanços, provando que são mesmos indispensáveis à administração da Justiça, como reconhece a Constituição Federal. Foram eles que ousaram bater às portas do Poder Judiciário, buscando o reconhecimento de direitos inexistentes a um segmento invisível e alvo de severa discriminação.

Comprometido com a construção de uma sociedade livre, igualitária e democrática, a Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil assumiu a missão quase impossível de elaborar um projeto legislativo e promover uma ampla revisão da legislação infraconstitucional para assegurar os direitos que já vinham sendo reconhecidos, pela jurisprudência e na esfera administrativa.

Em 22 de março de 2011 foi aprovada a criação da Comissão Especial da Diversidade Sexual, a quem foi delegada a difícil tarefa de consolidar um conjunto de normas

⁸³ ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05.05.2011.

e regras que servisse para aperfeiçoar o sistema legal, de modo a acolher parcela significativa da população que, injustificavelmente, se encontra alijada dos mais elementares direitos de cidadania.

O Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual foi elaborado a muitas mãos. Contou com a efetiva participação das mais de 60 Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da OAB, já instaladas, ou em vias de instalação. Além disso, foram ouvidos os movimentos sociais, que encaminharam cerca de duas centenas de propostas e sugestões.

Em 23 de agosto de 2011, o Anteprojeto foi formalmente entregue ao Presidente do Conselho Federal da OAB, o mais arrojado projeto legislativo deste século, quer pela sua abrangência, quer pelo seu significado e alcance e recebeu parecer favorável do Relator, Conselheiro Carlos Roberto Siqueira Castro.

Na mesma oportunidade foi entregue ao Congresso Nacional a proposta de alteração de sete dispositivos da Constituição Federal, que deu origem a três Propostas de Emenda Constitucional.

Duas delas, sob a relatoria da Sen. Marta Suplicy, já se encontram em tramitação no Senado Federal.⁸⁴ Uma proíbe discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive nas relações de trabalho. Outra substitui a licença-maternidade e a licença-paternidade pela licença-natalidade, a ser concedida indistintamente a qualquer dos pais. A terceira, que assegura acesso ao casamento igualitário será apresentada pelo Deputado Jean Wyllys à Câmara dos Deputados tão logo alcance o número de adesões necessárias.

Em face da enorme repercussão alcançada pela Lei da Ficha Limpa, por ter sido encaminhada por iniciativa popular, as Comissões da Diversidade Sexual do país

⁸⁴ PECs 110 e 111 de 08/11/2011.

desencadearam o movimento para angariar adesões para que o Estatuto fosse levado à Câmara Federal referendado pela assinatura de cerca de um milhão e meio de cidadãos.

A campanha foi lançada, em âmbito nacional, no dia 17 de maio de 2012 – Dia Mundial de Combate à Homofobia. Simultaneamente as Comissões realizaram eventos de coleta de assinaturas, iniciativa que se repetiu em todas nas comemorações alusivas ao Dia do Orgulho Gay realizadas Brasil a fora.

Certamente é a forma de driblar a postura omissiva dos legisladores que, por medo de comprometer sua reeleição ou serem rotulados de homossexuais, até hoje se negaram a aprovar de qualquer projeto de lei que vise criminalizar a homofobia ou garantir direitos às uniões homoafetivas. Ao menos não poderão alegar que a iniciativa desatende ao desejo do povo.

Apresentar o projeto por iniciativa popular é a forma de a sociedade reivindicar tratamento igualitário a todos os cidadãos, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Esta é a primeira vez que ocorre uma movimentação social pela aprovação de uma lei que assegure direitos a lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

1 EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Uma vez que a Constituição Federal prioriza o respeito à dignidade e consagra a liberdade e a igualdade como princípios fundantes de um Estado Democrático de Direito, indispensável que, modo expresso, vete a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero; assegure os direitos decorrentes da homoparentalidade e reconheça a família homoafetiva como entidade familiar.

2 DISCRIMINAÇÃO

A Constituição Federal é cuidadosa em vetar qualquer forma de discriminação, referência que se encontra inclusive no seu preâmbulo, ao garantir uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*.

Ao identificar os objetivos fundamentais da República, a chamada Lei Maior assume o compromisso de promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. No entanto, olvidou-se o constituinte de proibir, modo expreso, discriminação em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero. Esta omissão gera um sistema de exclusão incompatível com os princípios democráticos de um estado igualitário, deixando número significativo de cidadãos fora do âmbito da tutela jurídica. Diante deste imperdoável silêncio, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais são reféns de toda a sorte de violência. Como não estão ao abrigo da legislação que criminaliza a discriminação, as perseguições de que são vítimas restam impunes. Esta é a causa maior e a pior consequência da homofobia.

Daí a indispensabilidade de inserir as expressões “orientação sexual ou identidade de gênero” no art. 3º, inc. IV⁸⁵ e no art. 5º, inc. XLI⁸⁶ da Constituição Federal, para deixar explícito que a população LGBT precisa ter sua identidade respeitada, bem como a necessidade de criminalizar os delitos fruto da intolerância homofóbica.

⁸⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, etnia, raça, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁸⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais com base em raça, sexo, cor, origem, idade, orientação sexual ou identidade de gênero;

3 LICENÇA-NATALIDADE

Duas ordens de motivação ensejaram a proposta de acabar com o tratamento diferenciado a mães e pais. Cada vez mais se valoriza a paternidade responsável, assegurando a ambos os genitores os mesmos direitos e impondo aos dois os deveres inerentes ao poder familiar. Deste modo, é indispensável consagrar a igual responsabilidade parental. Nada justifica a concessão da licença de quatro meses para a mãe e, ao genitor, somente escassos cinco dias. Essa é a justificativa para se adotar a licença-natalidade.

A exemplo da legislação de muitos países, a proposta é eliminar tanto a licença-maternidade como a licença-paternidade, assegurando, de forma indistinta, licença-natalidade, com prazo de duração de seis meses. Este é período já reconhecido para assegurar o melhor desenvolvimento da criança, que terá direito à presença de um de seus pais, da maneira que lhes seja mais conveniente.

Por isso a proposta de alteração dos incisos XVIII e XIX do art. 7^a da CF,⁸⁷ para assegurar licença-natalidade a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e oitenta dias. Durante os 15 primeiros dias após o nascimento, a adoção ou a concessão da guarda para fins de adoção, a licença-natalidade é usufruída por ambos os pais. No período subsequente, por qualquer deles, de forma não cumulativa, segundo deliberação do casal.

Como o benefício independe do sexo do genitor, eliminam-se os inúmeros questionamentos que surgem

⁸⁷ CF, art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII – licença-natalidade, concedida a qualquer dos pais, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e oitenta dias;

XIX – durante os 15 dias após o nascimento, a adoção ou a concessão da guarda para fins de adoção, a licença é assegurada a ambos os pais. O período subsequente será gozado por qualquer deles, de forma não cumulada.

frente a homoparentalidade, quando o beneficiado é um homem, ou é um casal masculino ou feminino. Cessam as dúvidas sobre a quem conceder a licença e por quanto tempo, nas hipóteses de adoção ou reconhecimento da dupla parentalidade por casais homoafetivos.

A igualdade de oportunidade a ambos vem em benefício da própria família, pois se estende a todos, independente da orientação sexual dos pais.

Outro ganho significativo é reduzir a discriminação contra as mulheres no mercado de trabalho, pois, a possibilidade da gravidez muitas vezes dificulta a inserção profissional.

4 CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

A decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 5 de maio de 2011, à unanimidade, reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar, garantiu aos parceiros homossexuais os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis. Deu ao art. 1.723 do Código Civil⁸⁸ interpretação conforme a Constituição Federal, excluindo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida como sinônimo perfeito de “família”.⁸⁹

Em face do efeito vinculante e eficácia *erga omnes* do julgado,⁹⁰ inúmeros juízes e tribunais passaram a admitir a

⁸⁸ CC, art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

⁸⁹ Ofício 81/P-MC, datado de 09.05.2011, expedido pelo Presidente Ministro Cezar Peluso, aos Presidentes de todos os Tribunais: Comunico a Vossa Excelência que o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária realizada em 5 de maio de 2011, por unanimidade, reconheceu a arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade. Também por votação unânime julgou procedente a ação, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para dar ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

⁹⁰ CF, art. 102, § 2º: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão

conversão das uniões homoafetivas em casamento, até que o Superior Tribunal de Justiça,⁹¹ garantiu acesso ao casamento, mediante habilitação direta perante o Registro Civil. Essas mudanças precisam ser inseridas na Constituição Federal, dando-se nova redação ao parágrafo 1º do art. 226,⁹² para explicitar a possibilidade do casamento civil entre duas pessoas, independente da orientação sexual.⁹³

Também é necessário substituir a equivocada referência a “homem e mulher”, constante do § 3º do mesmo art. 226⁹⁴ para acabar com a resistência de alguns em admitir a união estável entre duas pessoas como entidade familiar.⁹⁵

Somente reconhecendo a união estável e garantindo acesso ao casamento aos vínculos homoafetivos estará assegurada a extensão de todos os direitos e garantias fundamentais à população LGBT.

5 ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL

Para uma sociedade cada vez mais consciente de seus direitos, nada, absolutamente nada justifica a omissão do sistema jurídico frente à população formada por lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais. Assim, urge a aprovação de uma lei que assegure a essa significativa parcela de cidadãos o direito à vida; à integridade física e psíquica e à inclusão social. Também é indispensável o reconhecimento legal de seus vínculos afetivos o que, nada mais é do que a garantia do

eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁹¹ STJ, REsp 1.183.378 - RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011.

⁹² CF, art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º: O casamento é civil e gratuita a celebração.

⁹³ CF, art. 226, § 1º: É admitido o casamento civil entre duas pessoas, independente da orientação sexual.

⁹⁴ CF, art. 226, § 3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁹⁵ CF, art. 226, § 3º: É reconhecida a união estável entre duas pessoas como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

direito à felicidade. Um direito fundamental de todos, independente da orientação sexual ou identidade de gênero.

6 A CONSTRUÇÃO DE UM MICROSSISTEMA

A técnica mais moderna de inclusão de segmentos alvo da vulnerabilidade social no âmbito da tutela jurídica é por meio da construção de microssistemas: lei temática que enfeixa princípios, normas de conteúdo material e processual, além de dispositivos de natureza civil e penal. Essa é a estrutura do Estatuto da Diversidade Sexual, que consagra uma série de prerrogativas e direitos a homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

É assegurado o reconhecimento das uniões homoafetivas no âmbito do Direito das Famílias, Sucessório, Previdenciário e Trabalhista. Além de criminalizar a homofobia são apontadas políticas públicas de inclusão, na tentativa de reverter tão perverso quadro de omissões e exclusões sociais. Em anexo são identificados os dispositivos da legislação infraconstitucional que precisam ser alterados, acrescentados ou suprimidos, única forma a harmonizar todo o sistema legal.

Os direitos previstos no Estatuto não excluem outros que tenham sido ou venham a ser adotados no âmbito federal, estadual ou municipal e nem os decorrentes das normas constitucionais e legais vigentes no país ou oriundos dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

7 NOMES E NOMENCLATURAS

A primeira controvérsia que surgiu quando da elaboração do Estatuto foi a respeito do seu nome. As sugestões de chamá-lo de “Estatuto da Diversidade” ou “Estatuto da

Igualdade” foram descartadas por não gizar que se trata da tutela de parcela específica da população.

Existiram focos de resistência ao uso do vocábulo “diversidade”, que, por ressaltar o aspecto de diferença, poderia ter conotação pejorativa. No entanto, como a expressão também significa diverso, de outro jeito, conceito sem viés preconceituoso, foi a opinião que prevaleceu.

Outra decisão alvo de enormes debates, foi não definir o que seja sexo, gênero, orientação sexual, identidade de gênero e nem os sujeitos aos qual o Estatuto se destina: homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros, intersexuais. Além de a lei não ser o espaço adequado para trazer definições ou conceitos, estas são expressões que não dispõem de significado unívoco.

Ainda assim, houve a preocupação de referir o maior número de segmentos, da forma mais explícita possível. Optou-se por falar em “homossexuais” ao invés de “gays”, estrangeirismo que, em sua origem, não identifica a orientação homossexual. Apesar de a expressão “homossexual” não dizer exclusivamente com a população masculina, a inclusão do termo “lésbicas” atendeu a antiga reivindicação, para que seja assegurada mais visibilidade ao gênero feminino. Mas, como se trata de expressão contida no termo generalizante, foi inserida em segundo lugar e não como figura na sigla LGBT.

O vocábulo transgênero – originalmente utilizado para englobar transexuais e travestis – sempre ensejou muita polêmica, por serem inconfundíveis as características de duas modalidades de identidades de gênero. Apesar disso o termo foi mantido no Estatuto por definir as pessoas que mudam transitoriamente de identidade, sendo assim identificados *drags queens* e *crossdressers*.

A referência aos intersexuais – que antes recebiam o nome de hermafroditas – justifica-se por inexistir qualquer

regulamentação ou regra protetiva a quem nasce com características sexuais indefinidas.

8 OBJETO E OBJETIVOS

No seu primeiro dispositivo o Estatuto diz a que vem: promover a inclusão de todos, combater a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia.

Também identifica a quem visa proteger, para que lhes seja assegurado igual dignidade jurídica: heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

A referência à heterossexualidade, no entanto, não significa que o Estatuto abriga todas as condutas sexuais e as mais diversas expressões da sexualidade, amplitude que não se comporta em uma lei que tem por justificativa a proteção da identidade homossexual e seus relacionamentos afetivos.

9 PRINCÍPIOS

Como toda a legislação que se destina a tutelar segmento determinado, exposto a alguma espécie de vulnerabilidade, exclusão ou discriminação, indispensável a identificação dos princípios que a rege.

Daí a consagração, como princípios fundamentais na interpretação e aplicação do Estatuto da Diversidade Sexual, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o respeito à diferença. Também são erigidos como princípios: a livre orientação sexual; o respeito à intimidade; a privacidade; a autodeterminação; e o reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero.

No âmbito das relações vivenciais são consagrados como princípios, o direito à convivência comunitária e

familiar, à liberdade de constituição de família e de vínculos parentais.

Mas talvez o mais significativo princípio seja o que diz com o direito fundamental à felicidade, que merece estar previsto na própria Constituição Federal, como princípio fundante do Estado, pois se trata de direito que deve ser garantido a todos os cidadãos.

Além de incorporadas as normas constitucionais consagradoras de princípios, garantias e direitos fundamentais, são invocadas as normas constantes de tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Expressamente é imposto respeito aos Princípios de Yogyakarta.

10 DIREITO À LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL

Consagrado o direito à livre orientação sexual e identidade de gênero como direitos fundamentais, é assegurado a todos o direito de viver a plenitude de suas relações afetivas e sexuais.

Em face da inviolabilidade de consciência e de crença são proibidas práticas que obriguem alguém a revelar, renunciar, negar ou modificar sua identidade sexual. Cada um pode conduzir sua vida privada, sem pressões de qualquer ordem, garantia que alcança não só a própria pessoa, mas qualquer membro da sua família ou comunidade.

Também é vedada a incitação ao ódio ou comportamentos que preguem a segregação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero, condutas que, inclusive, são criminalizadas.

11 DIREITO À IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO

O princípio da igualdade compreende o direito à diferença e a proibição à discriminação. Por isso a necessidade da expressa referência à vedação de atitudes constrangedoras, intimidativas ou vexatórias que tenham por objetivo anular ou limitar direitos e prerrogativas da população LGBT.

De forma exemplificativa são identificadas como discriminatórias algumas posturas: proibir o ingresso ou a permanência em estabelecimento público ou estabelecimento privado aberto ao público; prestar atendimento seletivo ou diferenciado não previsto em lei; preterir, onerar ou impedir hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares; dificultar ou impedir locação, compra, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis; proibir expressões de afetividade em locais públicos, sendo as mesmas manifestações permitidas aos demais cidadãos.

Tais práticas, além de configurarem crime de homofobia, geram responsabilidade por danos materiais e morais.

12 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Afirmado o direito à constituição da família, independente da orientação sexual ou identidade de gênero de seus membros, de forma expressa a família homoafetiva goza da especial proteção do Estado, como entidade familiar, fazendo jus a todos os direitos assegurados à união heteroafetiva, no âmbito do Direito das Famílias e das Sucessões.

Além de o companheiro estrangeiro ter direito à concessão de visto de permanência, é admitido o reconhecimento do casamento, da união civis e da união estável formalizados em países estrangeiros.

O direito à constituição de família alcança também os vínculos homoparentais, quer individualmente, quer pelo

casal homoafetivo frente aos filhos biológicos, adotados ou socioafetivos.

Como os pares com a mesma identidade sexual não dispõem de capacidade procriativa, é garantido acesso às técnicas de reprodução assistida por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, de forma individual ou conjunta. É expressamente admitido o uso de material genético do casal para práticas reprodutivas.

Também é assegurada a guarda, a adoção, a habilitação individual ou conjunta à adoção de crianças e adolescentes, fazendo qualquer dos pais jus à licença-natalidade, com duração de cento e oitenta dias. A licença é usufruída durante os 15 primeiros dias por ambos os pais e, no período subsequente, por qualquer deles de forma não cumulada.

Quando ocorre a separação do casal, o exercício do poder familiar é garantido a ambos os genitores, devendo ser estabelecida a obrigação alimentar e assegurado o direito de convivência, com preferência pela guarda compartilhada.

A proibição de os pais expulsarem de casa ou discriminarem o filho em face de sua orientação sexual ou identidade de gênero gera obrigação indenizatória, além da responsabilidade por abandono material quando o filho for menor de idade.

13 DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO

A livre expressão da identidade de gênero é reconhecida a transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, que têm direito ao uso do nome social, independente da realização da cirurgia de redesignação sexual ou da alteração do nome registral.

O direito à retificação do nome e da identidade sexual no Registro Civil independe da realização da cirurgia de transgenitalização.

Para a adequação do sexo morfológico à identidade de gênero é garantida a realização dos procedimentos de hormonoterapia e transgenitalização pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Havendo indicação terapêutica de equipe médica e multidisciplinar, procedimentos complementares não cirúrgicos de adequação à identidade de gênero podem iniciar a partir dos 14 anos de idade, mas a cirurgia de redesignação sexual somente pode ser realizada a partir dos 18 anos.

É vedada a realização de qualquer intervenção médico-cirúrgica de caráter irreversível para a determinação de gênero em recém-nascidos e crianças diagnosticadas como intersexuais.

Em todos os espaços públicos e abertos ao público é assegurado o uso das dependências e instalações correspondentes à identidade social.

O uso do nome social é garantido nos estabelecimentos de ensino, devendo constar em todos os registros acadêmicos.

Igual garantia é assegurada nas relações de trabalho, devendo o nome social ser inserido na Carteira de Trabalho e nos assentamentos funcionais.

14 DIREITO À SAÚDE

A necessidade de capacitação de médicos, psicólogos e demais profissionais da área de saúde para atender a população LGBT visa impedir a utilização de instrumentos e técnicas para criar, manter ou reforçar preconceitos, estigmas, estereótipos ou ações que favoreçam a patologização de comportamentos ou práticas homossexuais.

De forma expressa são proibidas promessas de cura ou de reversão da identidade sexual, bem como ações

coercitivas para que alguém se submeta a tratamentos não solicitados.

A orientação sexual ou identidade de gênero não podem ser usadas como critério para seleção de doadores de sangue, sendo proibido questionar a orientação sexual de quem se apresenta voluntariamente como doador.

15 DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS

São garantidos direitos previdenciários de forma universal. Às instituições de seguro ou previdência públicas ou privadas é vedado negar qualquer espécie de benefício em face da orientação sexual ou identidade de gênero do beneficiário.

Do mesmo modo, os planos de saúde não podem impedir ou restringir a inscrição como dependente do cônjuge ou do companheiro homoafetivo do beneficiário.

16 DIREITO À EDUCAÇÃO

É proibido o uso de materiais didáticos e metodologias que reforcem a homofobia, o preconceito e a discriminação.

Os estabelecimentos de ensino devem coibir, no ambiente escolar, a prática de *bullying* por orientação sexual ou identidade de gênero do aluno ou pelo fato de pertencer a uma família homoafetiva.

As atividades escolares referentes a datas comemorativas precisam atentar à multiplicidade de formações familiares, de modo a evitar qualquer constrangimento aos alunos filhos de famílias homoafetivas.

Os professores devem ser capacitados para uma educação inclusiva, com o objetivo de elevar a escolaridade em face da identidade sexual dos alunos ou de seus pais, com o fim de reduzir a evasão escolar.

17 DIREITO AO TRABALHO

O acesso ao mercado de trabalho é assegurado a todos, sendo vedado inibir o ingresso, proibir a admissão ou a promoção no serviço público ou privado, em função da identidade sexual do servidor.

Também é proibido demitir ou estabelecer diferenças salariais entre empregados ou servidores que ocupem o mesmo cargo e desempenhem iguais funções, em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero.

A administração pública e a iniciativa privada devem adotar programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda, além de promover campanhas com o objetivo de elevar a qualificação profissional dos servidores e empregados travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais.

Em respeito ao princípio da proporcionalidade, e visando assegurar igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, é adotado o sistema de cotas a travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais, para ingresso no serviço público. Empresas e organizações privadas serão incentivadas a adotar medidas similares.

18 DIREITO À MORADIA

Como o direito à moradia tem assento constitucional, é proibida qualquer restrição à aquisição ou à locação de imóvel em decorrência da identidade sexual do adquirente ou locatário.

Também é assegurada a conjugação de rendas do casal para a concessão de financiamento habitacional na aquisição da casa própria.

É afirmada a responsabilidade por dano moral da administração do imóvel ou condomínio que for omissa em

inibir condutas que configurem prática discriminatória nas áreas de uso comum.

19 ACESSO À JUSTIÇA E À SEGURANÇA

As demandas que tenham por objeto a exigibilidade dos direitos previstos no Estatuto devem tramitar em segredo de justiça, sendo obrigatória, para fins estatísticos, a identificação da natureza das ações.

As ações não criminais são de competência das Varas de Família e os recursos devem ser apreciados pelas Câmaras Especializadas de Família dos Tribunais de Justiça, onde houver.

Devem ser criadas delegacias especializadas para o atendimento de denúncias por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Às vítimas de discriminação é garantida assistência, acolhimento, orientação e apoio, quando da apuração de práticas delitivas.

O encarceramento no sistema prisional deve atender à identidade sexual do preso, ao qual é assegurada cela separada se houver risco à sua integridade física ou psíquica.

É garantida visita íntima sem qualquer diferenciação quanto à identidade sexual ou de gênero do preso.

20 DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Os meios de comunicação de massa, como rádio, televisão, *internet* e redes sociais, bem como peças publicitárias, devem assegurar respeito à diversidade sexual, não podendo fazer qualquer referência de caráter preconceituoso ou discriminatório em face da população LGBT.

Constitui prática discriminatória publicar, exhibir a público, qualquer aviso, sinal, símbolo ou emblema que incite a intolerância.

21 RELAÇÕES DE CONSUMO

São práticas discriminatórias sujeitas a sanções penais impedir acesso a estabelecimento público ou aberto ao público, assim como impor restrições no fornecimento de bens ou prestação de serviços ao consumidor, em decorrência de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os serviços públicos e privados têm o dever de capacitar seus funcionários e empregados para evitar manifestações discriminatórias.

22 DOS DELITOS E DAS PENAS

Ainda que significativos tenham sido os avanços no âmbito do Poder Judiciário na concessão de direitos, é indispensável previsão legal para que a homofobia seja punida criminalmente. É mais do que conhecido o princípio de que ninguém pode ser condenado pela prática de um ato sem que haja lei anterior que o defina como crime.

Desde 2006, projeto de lei – ora sob o nº PLC 122 – tenta criminalizar a homofobia. Apesar de ter sido aprovado na Câmara Federal, no Senado não avança. Foram apresentadas tantas alterações e emendas que o projeto restou desconfigurado. Essa a justificativa para a incorporação dos seus dispositivos ao Estatuto.

Com pena de reclusão de 2 a 5 anos, são punidas condutas discriminatórias, bem como toda a manifestação que incite o ódio ou pregue a inferioridade de alguém em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

No âmbito das relações de trabalho gera responsabilidade criminal deixar de contratar alguém, dificultar a contratação ou negar ascensão profissional a cargo ou função, motivado por preconceito de sexo.

Está sujeito à mesma pena o responsável pelo estabelecimento comercial que recusar, impedir acesso ou negar atendimento a alguém em face de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

O Estatuto cria uma agravante genérica, elevando em um terço a pena de quem pratica delito em que ficar evidenciada motivação homofóbica.

23 POLÍTICAS PÚBLICAS

Não basta a lei prever direitos. Para garantir a participação em condição de igualdade e de oportunidade na vida econômica, social, política e cultural do país, é indispensável conscientizar a sociedade da igual dignidade de heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

Daí a necessidade de adoção de uma série de políticas públicas no âmbito da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, destinadas a conscientizar a sociedade da igual dignidade de todos, independente da orientação sexual ou identidade de gênero.

Por isso a imposição de 34 medidas que promovam a igualdade de oportunidades no acesso à saúde, educação, emprego e moradia.

Como é garantido acesso ao Sistema Único de Saúde – SUS, é indispensável o investimento em recursos humanos dos profissionais da área de saúde para acolherem a população LGBT em suas necessidades e especificidades.

Imposto aos profissionais da educação o dever de abordar as questões de gênero e sexualidade sob a ótica da

diversidade sexual, cabe ao poder público promover a capacitação dos professores para uma educação inclusiva.

Em face da significativa evasão escolar, se fazem necessárias ações com o objetivo de elevar a escolaridade de homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transexuais e intersexuais.

Para assegurar a igualdade de oportunidades na inserção no mercado de trabalho, é indispensável a adoção de programas de formação profissional, de emprego e geração de renda voltadas à população LGBT.

Também é necessária a promoção de campanhas com o objetivo de promover a qualificação profissional de travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais.

É imposta à administração pública e incentivada a iniciativa privada a adotar sistema de cotas a travestis e transexuais, transgêneros e intersexuais.

Assegurado acesso das entidades familiares homoafetivas para a aquisição da casa própria, é garantida a conjugação de rendas do casal para a concessão de financiamento habitacional, devendo o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social considerar suas peculiaridades sociais e econômicas.

Também devem ser implementadas ações de ressocialização e proteção da juventude em conflito com a lei que esteja exposta a experiências de exclusão social em face de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os serviços públicos e privados devem capacitar seus funcionários para melhoria de atenção e acolhimento das pessoas, evitando qualquer manifestação de preconceito e discriminação sexual.

Para garantir a integridade física, psíquica, social e jurídica da população LGBT em situação de violência, várias medidas são impostas, como a criação de centros de referência contra a discriminação e de atendimento especializado na estrutura nas Secretarias de Segurança

Pública, bem como a capacitação e qualificação dos policiais civis e militares e dos agentes penitenciários.

24 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A discriminação que existe na sociedade sempre contagiou o legislador, o qual, além de negar-se a aprovar leis que assegurem direitos, não perde a oportunidade de carimbar a legislação com o seu preconceito, fazendo uso das expressões “homem e mulher”, “pai e mãe”, quando trata da família.

Assim, além da alteração da Constituição Federal e a consolidação dos direitos em uma única lei, são identificados os dispositivos da legislação infraconstitucional que precisam ser adequados ao novo sistema normativo.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL