



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR

**REVISTA DA
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Nº 4**

1ª Edição

Brasília
2011

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Afonso Carlos Roberto do Prado

DIRETOR-GERAL DA ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

João Paulo Gondim Picanço

CONSELHO EDITORIAL

Diretor-Geral da Escola Superior da Defensoria Pública da União

João Paulo Gondim Picanço

Diretor do Departamento de Direito Constitucional e Ciências Afins

Estevão Ferreira Couto

Diretor do Departamento de Direito Infraconstitucional

Felipe Caldas Menezes

Diretor do Departamento de Direito Penal e Processual Penal

André Carneiro Leão

A revista da Defensoria Pública da União é uma publicação semestral destinada à divulgação de artigos acadêmicos inéditos na área de acesso à justiça, democracia, garantias fundamentais e direitos humanos. Para submeter um trabalho à avaliação do Conselho Editorial, envie o texto para revistadpu@dpu.gov.br.

2011, 1ª edição

ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Setor Comercial Sul, Quadra 02, Bloco C, nº 256

CEP 70.302-000, Brasília/DF

Revista da Defensoria Pública da União,
Defensoria Pública da União. N.4 (dez./2010 - ago/2011)
Brasília: DPU, 2010 – 268p.

Semestral
ISSN 1984-0322

1. Jurisprudência - Periódico. 2. Direito - Doutrina -
Jurisprudência. I. Brasil. Defensoria Pública da União

CDDir 340.6

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
EDITORIAL	7
A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA IMPORTÂNCIA NO TRABALHO DA DEFENSORIA <i>Vânia Márcia Damasceno Nogueira</i>	9
A SITUAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA: COTEJO ENTRE OS INSTRUMENTOS TEÓRICOS EXISTENTES E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS POR UMA INFRAESTRUTURA URBANA INADEQUADA E EXCLUDENTE – POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO <i>Viviane Ceolin Dallasta</i>	41
ACUSAR OU NÃO ACUSAR? IN DUBIO PRO SOCIETATE É(?) A SOLUÇÃO. UMA PERVERSA FORMA DE LIDAR COM A DÚVIDA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO <i>Márcio Ferreira Rodrigues Pereira</i>	67
UMA NOVA FUNÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS <i>Waltenberg Lima de Sá</i>	81

APRESENTAÇÃO

ASPECTOS CONTROVERSOS DOS BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS <i>Eduardo Amin Menezes Hassan</i>	97
DELITOS INFORMÁTICOS: CONVENÇÃO DE BUDAPESTE <i>Denise Tanaka dos Santos</i>	123
PEÇA PROCESSUAL: AÇÃO CIVIL PÚBLICA DA ISENÇÃO DE TAXA DE CONCURSO DO MPU <i>João Paulo Campos Dorini</i>	145
PEÇA PROCESSUAL: CASO CÉSIO 137 DE GOIÂNIA <i>Vania Márcia Nogueira</i>	151
PEÇA PROCESSUAL: EXCESSO DE PRAZO NA PREVENTIVA 691 <i>Tatiana Lemos</i>	211
O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA SOCIAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL <i>Marcos Antônio Chaves de Castro</i> <i>Leonardo Mendes Memória</i>	217

Chegamos ao quarto número da Revista da Defensoria Pública da União fechando um ciclo de sensível e contínuo crescimento institucional. É o símbolo de uma gestão de sucesso promovida no âmbito da ESDPU até então sob a batuta do eminente Defensor Público Federal Holden Macedo da Silva, o qual merece aplausos pelas relevantes conquistas perpetradas ao longo de toda sua gestão.

Mas o encerramento deste ciclo não representa a solução de continuidade das boas iniciativas. O leitor pode continuar esperando da Revista da Defensoria Pública da União o estímulo à discussão técnica e científica de problemas jurídicos diretamente relacionados com a atuação dos Defensores Públicos Federais e todos os conseqüentes, a exemplo da democratização e ampliação do acesso à justiça e a crescente ideia de que o defensor público atua, na dicção do Ministro Carlos Britto, a serviço da humanização do direito.

Tal como nas edições anteriores, na presente o leitor poderá apreciar substanciosos artigos em gama ainda mais variada, demonstrando a diversidade de matérias e temas com os quais os defensores públicos lidam diariamente, exigindo uma contínua capacitação e reciclagem. Já dizia Eduardo Juan Couture, em uma adaptação feita para nossa realidade: “O Direito se transforma constantemente. Se não seguiremos seus passos, serás a cada dia um pouco menos defensor público”.

Por fim, diante deste novo ciclo, sob direção do eminente Defensor Público Federal João Paulo Gondim Picanço, pode-se esperar por boas e profundas mudanças para as edições futuras, como a ampliação funcional da Revista da Defensoria Pública da União que, além da disseminação de artigos doutrinários, passará a prestar informações sobre a própria atuação institucional da DPU em todas as áreas.

Não tenho dúvidas de que esta gestão que se inicia prestigiará e preservará as boas práticas da anterior, bem como empreenderá o contínuo aprimoramento da Revista da Defensoria Pública da União como ferramenta de grande utilidade para a instituição e seus membros.

Alexandre Mendes Lima de Oliveira

Defensor Público Federal de Segunda Categoria

EDITORIAL

Esta edição nº 4 da Revista da Defensoria Pública da União brinda-nos com artigos excepcionalmente instigantes.

No âmbito do processo civil comum, destaco o apenas aparente ingresso em desuso do instituto da exceção de pré-executividade com o novo modelo dos embargos à execução promovido pelas Leis nos 11.232/05 e 11.382/06 (desnecessidade de garantia do juízo), tema abordado de forma lapidar pela eminente Defensora Pública Federal Vânia Márcia Damasceno Nogueira. Na seara institucional, o Defensor Público Federal Waltenberg Lima de Sá discorre sobre a nova visão da Defensoria Pública enquanto curadora do respeito aos direitos humanos, especialmente sobre a proteção dada aos refugiados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como seus reflexos no arcabouço jurídico brasileiro.

Além dos citados, há outros bons artigos de nossos colaboradores tratando de aspectos controversos referentes ao LOAS; das pessoas portadoras de deficiência e o direito à acessibilidade; uma nova visão sobre o princípio do in dubio pro societate; dos delitos informáticos em face da Convenção de Budapeste; e do acesso à justiça social, com respeito ao devido processo legal.

Também merecem destaque as bem lançadas peças jurídicas, a exemplo da ação civil pública versando sobre a isenção de taxa de inscrição em concurso público, da lavra do Defensor Público Federal João Paulo Campos Dorini e do habeas corpus impetrado pela Defensora Pública Federal Tatiana Siqueira Lemos, em razão do excesso de prazo na prisão cautelar.

Enfim, resta-nos agradecer aos nossos colaboradores e desejar a todos uma boa leitura.

Alexandre Mendes Lima de Oliveira

Defensor Público Federal de Segunda Categoria

**A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO
DIREITO FUNDAMENTAL E SUA IMPORTÂNCIA
NO TRABALHO DA DEFENSORIA PÚBLICA**

THE EXCEPTION OF PREVIOUS EXECUTIVE AS
FUNDAMENTAL RIGTH AND ITS IMPORTANCE
IN THE WORK OF PUBLIC DEFENDER

Vânia Márcia Damasceno Nogueira

Defensora Pública Federal

Pós-Graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Goiás

Mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna/MG

Graduada pela Universidade Federal de Minas Gerais

Membro do Comitê de Ética Animal da Fundação Ezequiel Dias

Contato: vaniamarciadpu@pop.com.br

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito fundamental e acesso à justiça. 3 Novo direito processual civil. 4 Considerações sobre as inovações processuais na execução. 5 Exceção de pré-executividade. 6 Defensoria Pública. 7 Defesa dos hipossuficientes na execução. 8 Conclusão. 9 Referências. 10 Bibliografia consultada.

Resumo: Este trabalho visa a apontar a importância da exceção de pré-executividade no direito processual brasileiro, não obstante as inovações introduzidas pelas Leis nºs 11.232/05 e 11.382/06, além de ressaltar que esse instituto, longe de cair em desuso, é um dos instrumentos que garante o direito fundamental de acesso à justiça e, por isso, muito importante na prática diária da Defensoria Pública na defesa dos hipossuficientes.

Palavras-chave: Direito fundamental de acesso à justiça. Exceção de pré-executividade. Defensoria Pública.

Abstract: This paper seeks to show the importance of the exception of previous executive in the Brazilian procedural law, despite the innovations introduced by the laws n. 11.232/05 and 11.382/06, besides standing out that this institute, from falling into disuse, is one instrument that guarantee the fundamental right of access to justice and therefore very important in the practice of Public Defender in the defense of poor.

Keywords: The fundamental right of access to justice. Exception of previous executive. The Public defender.

1 Introdução

O direito fundamental indica aquele direito fundante imprescindível à realização e à sobrevivência da pessoa humana e à sua manutenção de vida com dignidade. Um dos instrumentos que garante ao homem a salvaguarda de seus direitos fundamentais é o acesso à justiça, que é entendido, atualmente, como uma nova concepção de “ordem jurídica justa” e não apenas como um mero direito de petição. No entanto, é necessário que esse direito seja respaldado por decisões rápidas e justas durante todo o processo e não apenas em parte dele.

O direito processual das últimas décadas, antes visto como um apêndice do direito material, ou seja, um mero instrumento para a sua realização, passa a ser considerado um fim em si mesmo, além de valorizado por seus resultados, possuindo, entre as suas finalidades, a produção da justiça: o acesso a uma ordem jurídica justa. Nessa busca, inúmeras reformas são realizadas no estatuto processual (Código de Processo Civil – CPC), principalmente nos processos executivo e recursal. Nesse sentido, as recentes modificações trazidas pelas Leis nºs 11.232/05 e 11.382/06 causaram modificações substanciais na execução, principalmente no que se refere à defesa do executado, através dos embargos de execução e da novel impugnação. Tais inovações levaram a doutrina a questionar se um dos instrumentos de autorização doutrinária muito utilizado

nesse momento processual – a exceção de pré-executividade – estaria condenado ao desuso e, portanto, esvaziado na seara do direito.

Todavia, a prática da Defensoria Pública na defesa dos economicamente necessitados no processo executivo demonstra que a exceção de pré-executividade ainda possui imensa utilidade no processo. Por isso, deve ter tutela contínua pelos tribunais e pela doutrina, principalmente porque se traduz em um dos instrumentos garantidores do acesso à justiça no decorrer de todo o processo, conferindo ao devedor hipossuficiente a isonomia processual necessária para a produção de uma decisão justa.

2 Direito fundamental e acesso à justiça

Em que pese existirem inúmeras expressões sinônimas de direitos fundamentais, entre os quais: direitos humanos, direitos da personalidade, direitos naturais, direitos do homem, liberdades públicas etc., a nomenclatura desse instituto não implicará a defesa de seu mérito. O importante é entender que direito fundamental constitui um direito fundante e base principiológica de um determinado ordenamento jurídico.

Para Gregório Assagra de Almeida,

a expressão Direitos Fundamentais surgiu na França no ano de 1770, como marco do movimento político cultural que conduziu à declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Alcançou relevância na Alemanha e foi incluída na Constituição de Weimar, de 1919, a partir daí difundindo-se por inúmeras outras Constituições de todo o mundo.¹

¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo** – Superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 321-324.

Com um teor nuclear respaldado pela dignidade humana, “o termo fundamental indica que se trata de situações jurídicas imprescindíveis à realização e à sobrevivência da pessoa humana [...], devendo ser reconhecidos e concreta e materialmente efetivados.”² Nesse contexto, Luis Roberto Barroso explica que “o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo [...] A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.”³

O acesso à justiça é um direito fundamental, pois, através dele, garantem-se os demais direitos que conferem o *status* de dignidade ao ser humano. Mauro Capelletti afirmou que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”⁴

Sendo o constituinte, em regra, mais progressista que o legislador ordinário,⁵ poder-se-ia esperar que todos os direitos fundamentais viessem elencados no texto constitucional; no entanto, os estudiosos do direito sabem que tal proposição é absurda nessa seara, sendo impossível ao legislador esgotar todas as situações e respaldar todos os direitos a que a sociedade faz jus. Para tanto, é mister lançar um olhar pós-positivista sobre a Carta Magna, deixando ao intérprete a árdua e gratificante tarefa de encontrar a dignidade humana em todo o texto constitucional.

2 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

3 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

4 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 12.

5 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. rev. atual. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Em outras palavras, a interpretação da Constituição não pode se ater a dogmas arcaicos, impedindo uma leitura descortinada da extensão dos direitos por ela garantidos. Miguel Reale já disse que “o próprio legislador, por conseguinte, é o primeiro a reconhecer que o sistema de leis não é suscetível de cobrir todo o campo de experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado sequer pelo legislador no momento da feitura da lei.”⁶

A Constituição da República Federativa do Brasil não explicitou o direito de acesso à justiça, embora este esteja implícito em todo o texto constitucional e consagrado em inúmeros princípios da Carta Magna, como o devido processo legal (art. 5º, LIV), a assistência judiciária integral e gratuita (art. 5º, LXXIV), o juiz natural (art. 5º, LIII), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) e a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), mas é no princípio da inafastabilidade de acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV) que muitos autores apontam a exteriorização do acesso à justiça.⁷

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal confere ao Judiciário tarefa relevante na defesa dos direitos fundamentais, que consagra a inafastabilidade da jurisdição, incumbindo-lhe, no exercício de suas atribuições, conferir a esses direitos a máxima eficácia possível, afastando qualquer ameaça ou ofensa aos direitos fundamentais.⁸ É com base nesses princípios que se extrai o instituto da exceção de pré-executividade, doravante demonstrado.

Essa pulverização do direito fundamental de acesso à justiça por todo o texto constitucional não diminui, senão aumenta, sua importância para o Estado Democrático de Direito, porque, nesse momento político da história, não se pode conceber que a ausência de um texto escrito venha a prevalecer sobre a

6 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 300.

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

8 Ibid.

base principiológica que rege todo o direito. Ronald Dworkin, através de seus estudos sobre os diferentes papéis das regras e princípios, contribuiu nobremente para se entender que a “Constituição deve ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.”⁹

É urgente esse novo olhar através do reconhecimento normativo dos princípios constitucionais, uma vez que “não é mais dado encarar a construção do direito apenas a partir de seu enfoque científico, voltado exclusivamente para uma estruturação sistêmica de seus elementos constitutivos, sem se ocupar em perquirir os resultados econômicos e sociais das elaborações dogmáticas formuladas.”¹⁰

Ultrapassada a discussão em torno da existência deste direito fundamental (acesso à justiça) no texto constitucional, resta entender sua dimensão e aplicabilidade. Kasuo Watanabe, confirmando as lições de Cappelletti, afirma que “a problemática no acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciários já existentes”,¹¹ pois não basta o direito de petição no Judiciário, é preciso “viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.”¹² (19)

Diante de tantas desigualdades socioeconômicas e culturais, esse acesso ainda se faz temerário pela ausência de definitiva estruturação dos órgãos responsáveis diretos pelo acesso dos hipossuficientes à justiça, a exemplo da

9 DWORKIN, 1997 apud BARROSO, 2002.

10 BARROSO, Lucas Abreu. A demonstração da função social da propriedade como pressuposto da concessão de tutela de urgência em ação possessória. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigma.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. v. 1. p. 277-291.

11 WATANABE, Kasuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela jurisdicional dos interesses difusos – Doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses.** São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 85-97.

12 Ibid.

Defensoria Pública. No entanto, como afirmado por Watanabe,¹³ não é somente no momento postulatório que se define a efetividade do acesso à justiça; esse acesso deve ser assegurado no decorrer de todo o processo, inclusive na fase executória, afastando-se, ainda, a lentidão dos provimentos finais do Poder Judiciário e fazendo-se observar a qualidade dessas decisões.

Para que “o sistema possa ser igualmente acessível a todos, produzindo resultados que sejam individualmente e socialmente justos”,¹⁴ é mister que os instrumentos de acesso ao Judiciário acompanhem as necessidades da sociedade e a base principiológica que forma e conforma o direito de uma determinada época. Nesse contexto, uma das ferramentas de acesso à justiça a ser abordado neste trabalho é o processo, visto em toda a sua plenitude e não apenas nas etapas de concessão do direito, ou seja, também nas etapas coercitivas e executórias de efetivação do direito concedido.

3 Novo direito processual civil

O direito processual, por muito tempo, foi considerado um mero apêndice do direito material; não se tinha noção do direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Assim, ele era considerado um instrumento técnico para realizar o direito material, como se tivesse um fim em si mesmo, sem se preocupar com a própria efetividade e sua incidência na vida e na sociedade.

Na década de 1970, com o surgimento da fase metodológica do direito processual denominada instrumentalista, de resultados ou de efetividade, decorrente das ondas renovatórias de acesso à justiça e de Cappelletti,¹⁵ o processo

13 Ibid.

14 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8.

15 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8.

passa a ser valorizado de acordo com seus resultados, buscando-se, com ele, a realização da justiça e não apenas a concretude do direito material individual. Além disso, a jurisdição adquire uma amplitude que não se restringe a um escopo somente; não se trata mais de fazer atuar o direito objetivo ou pacificar o conflito, unicamente, mas se busca a educação para a vida em sociedade, a afirmação do Estado e do direito, a pacificação com justiça, enfim, a cidadania.¹⁶

Nesse sentido, Ada Pellegrini afirma que “o processo é valorizado de acordo com a utilidade, medida em função dos benefícios que possa acarretar ao titular de um interesse material juridicamente protegido [...]. De que adianta uma ciência processual conceitualmente perfeita, porém, que não atinja os fins para os quais foi criada?”¹⁷ Ainda, a efetividade do processo encontra-se na busca de decisões justas, como afirma Dinamarco, “de como ele é posto a disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes.”¹⁸

Esse novo direito processual civil contemporâneo desencadeou inúmeras reformas no campo processual, entre as quais: a criação de tutelas jurisdicionais diferenciadas (procedimento monitorio, tutela inibitória etc.), a criação de meios alternativos para resolução dos conflitos (arbitragem, compromisso de ajustamento de condutas etc.) e reformas no sentido de tornar o processo mais célere e eficiente (súmulas vinculantes, antecipação dos efeitos da tutela, criação dos juizados especiais, alterações na sistemática recursal, modificações da fase executória etc.). No entanto, apesar desse objetivo, a celeridade buscada não pode interferir na qualidade das decisões ou no afastamento dos princípios constitucionais que respaldam o acesso ao Judiciário; ao contrário, deve com eles

16 MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Jurisdição, ação e processo à luz da processualística moderna. Para onde caminha o processo? **Mundo Jurídico**, 3 set. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=278>. Acesso em: 26 maio 2008.

17 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/material/Texto_prof_a_Ada_18_02.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2008.

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994a. p. 303.

andar em parceria. Daí a importância de se observar o princípio do contraditório ao longo de todo o processo.

Sobre esse princípio, afirma Rosemiro Pereira Leal que o interlocutor, em sua defesa, tem direito de se manifestar ou, até mesmo, de exercer a liberdade de nada dizer (silêncio), concluindo que “o processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida imponderável da liberdade das partes.”¹⁹

Em que pese serem todas as modificações de notória importância na seara processual, são as alterações no processo de execução, trazidas pelas Leis nºs 11.232/05 e 11.382/06, que ensejaram a presente discussão em torno do instituto denominado exceção de pré-executividade, para demonstrar que o contraditório também deve ser observado na fase executiva.

4 Considerações sobre as inovações processuais na execução

A novel tutela jurisdicional executiva iniciou-se com a Lei nº 10.444/02, que tratou das execuções das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa,²⁰ passou pela Lei nº 11.232/05, que disciplinou as execuções das obrigações de pagar fundadas em título executivo judicial, estabelecendo o procedimento de cumprimento de sentença,²¹ e chegou à Lei nº 11.382/06, que trouxe importantes modificações na tutela jurisdicional executiva dos títulos executivos

19 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 88.

20 BRASIL. Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 maio 2002.

21 BRASIL. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 2005.

extrajudiciais.²²

A grande modificação introduzida em 2005 foi a unicidade e sincretismo do processo de conhecimento com o processo de execução, face aos títulos executivos judiciais. Assim, a fase de execução deixa de ser uma etapa autônoma, sucedendo-se à fase de conhecimento, inclusive com extinção do uso dos embargos à execução e introdução do instituto da impugnação no chamado cumprimento de sentença.

Sobre o tema, leciona José Carlos Barbosa Moreira que foi eliminada

a diferenciação formal entre o processo de conhecimento e o de execução, ressalvadas as hipóteses do art. 475-N, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e a de ser devedora a Fazenda Pública. Em vez de dois processos sucessivos, teremos um só, no qual se sucederão, ao longo de duas fases, mas praticamente sem solução de continuidade, os atos de uma e de outra espécie.²³

Seguindo o norte da celeridade no processo sincrético, a defesa do executado agora se faz através do instituto da impugnação, mero incidente realizado no curso do cumprimento de sentença, o qual, embora tenham que ser observados alguns requisitos para a sua validade (art. 475-L do CPC),²⁴ constitui procedimento mais simplificado, protocolado nos mesmos autos da ação de conhecimento, sem a necessidade de garantir o juízo da execução.

Por isso, em geral, a impugnação não tem efeito suspensivo, ao contrário do que ocorria com os embargos à execução, que sempre tinham efeito suspensivo

22 BRASIL. Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 dez. 2006.

23 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Cumprimento” e “execução” de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 54, n. 346, p. 11-25, ago. 2006. p. 11.

24 BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

até a reforma da Lei nº 11.382/06, que afastou esse efeito dos embargos.²⁵ O não cabimento do efeito suspensivo é em regra, pois a impugnação pode até suspender a execução, no entanto, somente como medida de exceção e desde que comprovado que a continuidade da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

A partir da Lei nº 11.382/06, reafirmou-se que a execução dos títulos jurídicos judiciais realiza-se pelo processo sincrético – cumprimento de sentença –, no qual a defesa do executado faz-se através da impugnação, e, na execução dos títulos jurídicos extrajudiciais, a defesa ainda utiliza a ação autônoma de embargos à execução, que ainda existe na execução de títulos extrajudiciais, na execução contra a Fazenda Pública (art. 741 do CPC),²⁶ na execução de alimentos (art. 732 do CPC)²⁷ e na execução fiscal (Lei nº 6.830/80).²⁸

Cabe ressaltar que os embargos de execução constituem ação autônoma de conhecimento, embora sejam utilizados como meio de defesa na fase de execução; em virtude disso, é imprescindível que o executado seja citado e que os embargos sejam distribuídos e registrados com autuação própria, devendo, ainda, preencher requisitos específicos de admissibilidade para a sua aceitação e ser observadas as condições genéricas de qualquer ação autônoma.

Antes da reforma processual da Lei nº 11.382/06, fazia-se necessário também a segurança do juízo para oposição dos embargos à execução, posto que estes sempre suspendiam a execução. Explica Alexandre Câmara Freitas que “o oferecimento de embargos do executado sem que tenha havido prévia segurança do juízo, nos casos em que tal requisito é exigido, terá como consequência a extinção do processo incidente sem resolução do mérito.”²⁹

25 BRASIL, 2006.

26 Id., 1973.

27 Ibid.

28 BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 1980.

29 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen

Como a garantia do juízo é, por si só, uma constrição sobre o patrimônio do executado, o que poderia causar-lhe inúmeros gravames, parte da jurisprudência já admitia a oposição dos embargos à execução, independentemente da garantia do juízo, caso o título executivo não se revestisse das formalidades legais, constasse alguma nulidade ou o executado fosse pobre e não dispusesse de bens para dar à penhora, sendo essa última argumentação muito utilizada na defesa dos hipossuficientes pela Defensoria Pública.

Na exposição de motivos do projeto de lei que culminou na Lei nº 11.382/06, o então ministro do Estado da Justiça, Marcio Thomas Bastos, defendeu a extinção da pré-executividade nas execuções de títulos extrajudiciais pelo fato de que a defesa do executado não mais necessitaria de segurança do juízo, fazendo-se via embargos, em regra, sem efeito suspensivo.³⁰ Atualmente, não mais existe a exigência legal de garantia do juízo – penhora dos bens do executado para a apresentação dos embargos à execução –, no entanto, não se pode olvidar que a garantia ainda é exigível para conceder o efeito suspensivo aos embargos, caso se deseje a suspensão do processo executivo.

Nesse contexto, nulidades de ordem pública podem e devem ser arguidas pelo juiz *ex officio* a qualquer tempo no processo, pois “sem título executivo líquido, certo e exigível não há possibilidade de execução válida. Trata-se de condição da própria execução, o que deve ser verificado de ofício pelo Juiz quando do recebimento da petição inicial, indeferindo-a.”³¹ Não obstante, caso o juiz não observe as nulidades patentes e já se tenha expirado o prazo de 15 dias para a apresentação da impugnação (execução de títulos judiciais) e a oposição dos embargos da execução (execução de títulos extrajudiciais) ou ainda, mesmo

Juris, 2006. v. II.

30 RAMOS, Itamar de Ávila. A exceção de pré-executividade e as recentes alterações legislativas realizadas no Código de Processo Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2097, 29 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12511>>. Acesso em: 15 out. 2009.

31 HAESER, Moacir Leopoldo. Do cabimento da exceção de pré-executividade. **Doutrina – Artigos diversos**. Disponível em: <<http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5133.htm>>. Acesso em: 16 out. 2009.

que se apresentem em tempo hábil as referidas defesas executivas e surjam nulidades em atos posteriores, relacionados à penhora, por exemplo, não caberia a defesa através da exceção de pré-executividade? E se couber, qual o prazo peremptório?

5 Exceção de pré-executividade

De imediato, ressalta-se que pouco importa a discussão doutrinária sobre a melhor nomenclatura que caracterize esse instituto: impugnação no juízo de admissibilidade, objeção de pré-executividade, oposição pré-processual etc.; uma vez que a maior parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça utiliza a terminologia ‘exceção de pré-executividade’, assim será considerado neste estudo. Ainda, o que importa ser destacado aqui é que, não obstante a inexistência de legislação específica que regule o instituto, ele existe e é respaldado no direito brasileiro pelo próprio texto constitucional e, apesar de parte da doutrina entender que esse instituto restou em desuso pelas recentes modificações no processo de execução, ele se faz presente na prática diária da defesa na tutela executiva, como se verá adiante.

A exceção de pré-executividade afasta a necessidade de garantir o juízo – nomeação de bens à penhora para defesa no momento executivo do processo – e, através dela, o executado pode apontar vícios que extinguiriam de imediato a execução. Ainda, por se tratar de arguição de matéria de ordem pública, pode ser suscitada a qualquer tempo e nos próprios autos do processo de execução, inclusive arguida de ofício pelo juiz, mas, ao contrário dos embargos, em que se pode alegar qualquer matéria que lhes seja lícita deduzir como defesa em processo de conhecimento, inclusive quanto à produção de provas, na exceção de pré-executividade, poderão ser alegadas questões referentes aos pressupostos processuais, condições da ação ou presença de nulidades ou defeitos no título executivo.

Foi Pontes de Miranda o primeiro no direito brasileiro a abordar a exceção de pré-executividade, em 1966, no Parecer nº 95, que tratou do indeferimento de abertura de falência antes da penhora ou depósito da Cia. Siderúrgica Mannesman, motivando que os processos eram baseados em títulos falsos. Nesse parecer, Pontes de Miranda propugnou pela admissibilidade de um meio de defesa endoprocessual, que é a exceção.³²

Realmente, inexistente legislação específica que regule esse instituto, seja no CPC, seja na Lei de Execução Fiscal, seja em qualquer outra norma de natureza processual. Outrossim, no texto constitucional, não existe menção expressa sobre a sua existência, porém, como já dito, o princípio do acesso à justiça deve prevalecer durante todo o processo, como também na fase executiva, sendo que, através desse direito fundamental e dos princípios elencados no texto constitucional, notadamente os incisos LIV e LV do art. 5º (contraditório e ampla defesa)³³, norteia-se e extrai-se a exceção de pré-executividade. Por isso a importância da hermenêutica no campo do direito, revisitada de modo crítico baseada na teoria dos direitos fundamentais.

Um dos caminhos buscados é a neoconstitucionalização, que, conforme esclarece Gregório Assagra Almeida, é

a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista na busca pela transformação com justiça.³⁴

Antes da inovação da sistemática pertinente ao processo de execução, seja de título judicial ou extrajudicial, pelas Leis nºs 11.232/05 e 11.382/06, era

32 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Dez anos de pareceres**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1975. 4 v. p. 137.

33 BRASIL, 1988.

34 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. Xlviii.

pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial do cabimento da exceção de pré-executividade para apontar nulidades capazes de ensejar a imediata extinção do processo, independentemente de penhora.³⁵ O intuito de suspender a ação executiva, mediante a arguição de uma nulidade processual, não modificou com as recentes inovações processuais, sendo essa argumentação comumente utilizada na defesa dos hipossuficientes pela Defensoria Pública.

Por sua vez, Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina afirmam que, após a Lei nº 11.382/06, continua possível o manejo de exceção de pré-executividade no processo de execução de título extrajudicial, com o intuito de se alegar matérias a respeito das quais não tenha ocorrido preclusão, ainda que já se tenha exaurido o prazo para a apresentação dos embargos.³⁶

6 Defensoria Pública

O homem não poderia viver em sociedade se não estivesse constituído em um sistema que viabilizasse: soluções de lides, para evitar o *jus puniendi* de cada um e em sua própria concepção; e a elaboração de instrumentos que padronizassem as condutas de forma abstrata e modos de operacionalizar esse sistema. Para tanto, criou-se o Estado, que existe para dar condições ao ser humano de sociabilizar-se.

35 RAMOS, 2009.

36 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento**. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 419; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006**. São Paulo: RT, 2006. p. 151; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: RT, 2007. v. 3. p. 194.

À medida que foi evoluindo o sistema e aumentando o número de indivíduos na sociedade, o Estado passou a delegar poderes e atividades a “órgãos” estatais para realização de diversas funções e, simultaneamente, atribuiu competências a cada Poder e estabeleceu um “sistema de freios e contrapesos” para que um Poder, ainda que autônomo, controlasse o outro, evitando limites e excesso de “poderes”. Assim, o Estado continuou único e soberano, mas dividido harmonicamente em “funções”, para atender com qualidade, eficiência e moralidade à sociedade, respeitando e consagrando os direitos fundamentais, individuais e sociais de cada ser humano. A esse Estado, deu-se o nome Estado de Direito.

Um dos órgãos mais democráticos e realizadores do direito fundamental de acesso à justiça criado no Estado de Direito é a Defensoria Pública, cuja origem data de 5 de maio de 1897, quando um decreto instituiu a Assistência Judiciária no Distrito Federal, à época na cidade do Rio de Janeiro. Já a gênese da Defensoria Pública da União adveio do Decreto nº 17.231A, de 26 de fevereiro de 1926, que criou a função de advogado de ofício para a Justiça Militar da União,³⁷ e da Lei nº 7.384/85, que reestruturou o quadro da Defensoria de Ofício da Justiça Militar.³⁸

Todavia, foi a Constituição Federal de 1988 que estabeleceu, em seu art. 134, que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.³⁹ Em 1994, a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, organizou a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e prescreveu normas

37 BRASIL. Decreto nº 17.231A, de 26 de fevereiro de 1926. Manda observar o Código da Justiça Militar. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 3 mar. 1926.

38 Id. Lei nº 7.384, de 18 de outubro de 1985. Dispõe sobre a reestruturação da Defensoria de Ofício da Justiça Militar e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1985.

39 Id., 1988.

gerais para a sua organização nos Estados.⁴⁰ Já em 1995, a Defensoria Pública da União foi implantada, em caráter emergencial e provisório, organizando-se em diversos Estados e no Distrito Federal.

Embora cada Estado brasileiro tenha o dever de manter organizada sua Defensoria Estadual, o órgão é uno e indivisível, conforme prescreve a Lei Complementar nº 80/94.⁴¹ Não obstante, a Emenda Constitucional nº 45/04, de forma desarrazoada, concedeu autonomia funcional, administrativa e orçamentária à Defensoria Estadual, e somente a ela, prejudicando o direito das pessoas que dependem da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal, transformando-se em um texto inconstitucional.⁴²

No último dia 7 de outubro de 2009, foi sancionada a novel Lei Complementar nº 132, que institui novas regras e organiza o sistema de Defensoria Pública no país.⁴³ Segundo a nova lei complementar, os defensores públicos da União passam a ser denominados defensores federais, mas, lamentavelmente, a lei não pode solucionar a assimetria funcional criada pela emenda retrocitada, ainda existente.

Num país de tantos desiguais e hipossuficientes econômicos, o princípio da gratuidade é um importante mecanismo de efetividade do acesso à justiça. As Constituições brasileiras sempre trouxeram dispositivos relativos à justiça

40 Id.. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jan. 1994.

41 Ibid.

42 Id.. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

43 Id.. Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 out. 2009.

gratuita ou à assistência judiciária gratuita, que consiste na isenção das despesas inerentes ao processo. No entanto, a atual Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXIV, inovou e ampliou trazendo a assistência jurídica integral e gratuita, ultrapassando a assistência judiciária (isenção das custas pelo Estado) para custear ao hipossuficiente também a defesa técnica, ou seja, colocar-lhe à disposição o auxílio de um profissional do direito através da Defensoria Pública.⁴⁴

Portanto, a democratização da justiça tornou-se possível através desse órgão, de modo que, para grande número de brasileiros para quem o acesso ao Judiciário era inacessível, isso virou realidade. Mas não basta a concretização do direito de petição, ainda restam efetivar-se a justiça célere, as decisões justas e o respeito incondicional aos princípios processuais, principalmente ao contraditório e à ampla defesa, seja no conhecimento, seja na execução. Ainda, não se pode olvidar que tanto o autor quanto o réu (ou exequente e executado) possuem o direito de ação, o direito de exigir a prestação jurisdicional ou resistir a ela.

Não reconhecer a existência e utilidade da exceção de pré-executividade é negar uma forma de defesa, mesmo que na tutela executiva; constitui-se num verdadeiro cerceamento ao direito fundamental de acesso à justiça e “uma afronta brutal ao próprio processo de execução que necessariamente deve estar unido dos preceitos constitucionais sob os quais deve estar abalizado, já que assim funciona a sistemática da hierarquia jurídica.”⁴⁵ Isso porque nenhum ato de defesa é somenos importante a ponto de ser reduzido ou esvaziado por existir outros mecanismos paritários.

44 BRASIL, 1988.

45 AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A exceção de pré-executividade à luz da lei de execução fiscal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 334, 6 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5258>>. Acesso em: 15 out. 2009.

7 Defesa dos hipossuficientes na execução

A exceção sempre foi aceita pela doutrina e pela jurisprudência, antes das reformas processuais, para alegar qualquer matéria que pudesse extinguir a execução, como o pagamento, ou as matérias de ordem pública, cuja arguição poderia e deveria ser feita pelo próprio juiz ou, ainda, quando o executado não possuía bens a serem penhorados – registro de quase todos os assistidos pela Defensoria Pública. O fato de agora inexistir na execução a exigência da segurança do juízo não obsta a utilização da exceção de pré-executividade.

Primeiramente, pode-se alegar o princípio da economia e celeridade processual para afirmar que a defesa do devedor, na execução de títulos extrajudiciais, pode ser feita mediante a exceção de pré-executividade, antes mesmo da oposição dos embargos à execução, caso se constate matéria que venha a extinguir de pronto a execução. Não há dúvidas que, ao impedir a referida ação de conhecimento (embargos), há economia e celeridade. Em outras palavras, evitar que se prossiga um processo fadado à extinção é impedir um gasto inútil e desnecessário com o prosseguimento da ação; nesse sentido explica Teresa Arruda Alvim Wambier:

Seria absurdo que o sistema não contivesse freios, consubstanciados nas decisões negativas de admissibilidade, cujo objetivo é evitar que prossiga uma etapa procedimental gerada por um pedido fadado ao insucesso. É justamente a isto que se visa com o possibilitar que o executado alegue certo tipo de ‘defesa’, mesmo antes da citação, principalmente quando se trata de alegações que, se conhecidas e acolhidas, devem gerar necessariamente a extinção daquilo que nem execução chegou a ser.⁴⁶

A exceção de pré-executividade serve, também, para atos executivos ocorridos após a apresentação dos embargos ou da impugnação, tais como:

46 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo: RT, 1998. p. 410.

nulidades na penhora, leilão etc., e, não obstante existam os embargos à arrematação, pelo mesmo motivo de economia e celeridade, as matérias de ordem pública cognoscível, pois, *ex officio*, poderão ser levantadas através da exceção. Esse mecanismo é muito utilizado pela Defensoria Pública na defesa de seus assistidos quando estes sofrem constrições sobre seus rendimentos laborais através da denominada penhora *on-line*.

Também não é lógico pensar que o devedor que tenha perdido o prazo de oposição de embargos (na execução de títulos extrajudiciais) ou de impugnação (na execução de títulos judiciais) por qualquer motivo venha a perder o direito ao contraditório na tutela executiva, se a matéria a ser arguida em defesa é de ordem pública. Nesse caso, o Estado Juiz, que deveria alegar *ex officio* (art. 267, § 3º, do CPC)⁴⁷ tais matérias, estaria beneficiando uma das partes ao impedir que a outra levante a questão em qualquer tempo antes do transito em julgado.

Mas é na defesa dos hipossuficientes que o instituto da exceção de pré-executividade faz-se mais presente. Se o motivo que levou o devedor a perder o prazo para oposição de embargos ou de impugnação tenha sido a ausência de um profissional do direito para auxiliar o devedor, o executado recebe a citação e, sem condições econômicas de procurar o advogado, procura a Defensoria Pública somente depois de escoado seu prazo de defesa. Além disso, não seria razoável limitar o acesso à justiça de pessoas economicamente carentes, ainda que na fase de execução da ação, principalmente se se constata que há vício no procedimento executório suficiente a anulá-lo.

Cândido Rangel Dinamarco, lecionando sobre a necessidade de paridade de direitos para as partes envolvidas na execução, argumenta que, em prol da celeridade e eficiência, não se pode perder a noção de equilíbrio e justiça, objetivo primeiro do Judiciário. O autor informa que o sistema de proteção ao executado na execução torna-se patente no art. 620 do CPC, ao afirmar que a justiça deve tornar a execução tão suportável quanto possível ao devedor e ao seu patrimônio:

47 BRASIL, 1973.

Da generosa regra do art. 620, que tem muitas aplicações específicas no corpo da própria lei é preciso extrair toda a riqueza de seu conteúdo a todo o momento e com muita frequência na prática do processo executivo, sob pena de receber o executado um tratamento incompatível com o espírito de justiça que há de presidir toda a vida dos direitos e obrigações.

[...]

São essas as idéias que devem presidir o equilíbrio entre o interesse de celeridade e eficiência da execução e o interesse do devedor em despendar o mínimo possível para a satisfação do seu credor.⁴⁸

As reformas processuais da última década não foram tão amplas a ponto de impedir a segurança do juízo em todos os embargos de execução previstos na legislação vigente. Por exemplo, não alcançaram a legislação específica da execução fiscal feita pela Fazenda Pública, na qual ainda é necessário garantir o juízo com a penhora para a propositura dos embargos à execução fiscal (Lei nº 6.830/80).⁴⁹

Cândido Rangel Dinamarco ainda explica:

Deixar que a execução se instaure, com a constrição patrimonial inicial sobre o patrimônio do executado (penhora), para se apreciar a questão da existência do título somente em eventuais embargos, constitui grave e ilegal inversão sistemática. Até que oferecidos os embargos, ou para sempre se eles não o forem, ter-se-á uma execução processada sem satisfazer a exigência legal do título executivo.⁵⁰

Cabe observar que a Lei de Execução Fiscal prescreve que, até a decisão de primeira instância, a certidão de dívida ativa poderá ser emendada

48 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 320-321.

49 BRASIL, 1980.

50 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994b. p. 448.

ou substituída, assegurando ao executado a devolução do prazo, inclusive levando à extinção da execução fiscal, até a decisão de primeira instância, se, a qualquer título, for cancelada a inscrição da dívida ativa, sem qualquer ônus para as partes.⁵¹ Ou seja, a própria administração, ao identificar nulidade no título executivo, pode entender inviável sua cobrança (execução); é a utilização prática do poder-dever de anular os próprios atos viciados (Súmulas nºs 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal).⁵²

Se o Estado Administração pode e deve apurar e anular o título executivo, com muito mais razão, pode e deve o Estado Juiz, dentro do processo, através da exceção de pré-executividade, argumentar pela nulidade, o que deve ser passível de arguição a qualquer tempo. Outro não poderia ser o entendimento, sob pena de diferenciar situações análogas que buscam o mesmo objetivo.

O que se observa de modo claro em todas essas inovações é o propósito de cumprir o acesso à justiça em toda a sua plenitude, através de um processo rápido, eficiente, justo para todos os litigantes, independentemente da posição da parte no polo processual (exequente ou executado) ou de seu poder econômico para manejar a prestação jurisdicional, e que perdue por todo o processo, seja na fase de conhecimento, seja na fase de execução. Ainda, a jurisprudência de novos julgados sob a égide da Lei nº 11.382/06 refirma a grande utilidade da exceção de pré-executividade, mesmo após as modificações processuais ocorridas.⁵³

51 BRASIL, op. cit.

52 Id.. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 346**, de 13 de dezembro de 1963. *Brasília: Imprensa Nacional, 1964*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 473*, de 3 de dezembro de 1969. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 10 dez. 1969.

53 “REsp 617029/RS - Data do Julgamento 27/02/2007: 1. A exceção de pré-executividade constitui instrumento idôneo à arguição da prescrição, bem como ao reconhecimento de nulidade de título verificada de plano, desde não haja necessidade de contraditório e dilação probatória. Precedentes. 2. Recurso especial provido.” “AgRg no Ag 755160/SP - Data do Julgamento 06/02/2007: 1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva.” “Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.008381-3/001 – TJMG - Data do Julgamento 06/02/2007: Com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, que alterou o CPC, a penhora via on line

Assim, não restam dúvidas de que é possível entender as razões que registram a necessidade de manutenção do instituto da exceção de pré-executividade para resguardar os direitos do executado. Basta a simples hermenêutica do ordenamento como um todo para percebermos que esse instituto possui farto e forte embasamento jurídico, lastreado nos princípios constitucionais que permeiam o acesso à justiça.

8 Conclusão

Só se terá garantido o tão almejado “acesso à justiça” no processo de execução, eliminando conflitos e fazendo justiça, se for dada ao executado a chance de participar efetivamente do processo, trazendo a este suas alegações capazes de fulminar de plano a execução, antes que tenha seus bens atingidos pela constrição. A exceção de pré-executividade é essa chance, sendo que o fim do novo processo civil e a busca incansável do texto constitucional no atual Estado de Direito são suficientes para respaldar os corolários do contraditório e da ampla defesa ao longo de todo o processo, inclusive na tutela executiva.

está acobertada pela lei instrumental. [...] Doutrinariamente, tem-se entendido que, embora a sistemática processual só contemple a via de embargos para oferecimento da defesa, a regra comporta exceções para permitir, sem embargos e sem penhora, alegar-se na execução: a) matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, tais como: pressupostos processuais, condições de ação, e outros, chamando-se tais defesas de objeção de pré-executividade; b) matérias argüidas pela parte, e que dispensam dilação probatória para serem examinadas e compreendidas, tais como: pagamento, decadência, retenção por benfeitorias, e outros. O certo é que a exceção de pré-executividade atende ao interesse público quanto à economia processual, desde que dispense dilação probatória. É cediço que tem o devedor o direito de se defender pelo meio que entender adequado, independentemente do cabimento de medidas outras para sua defesa, sendo, indubitavelmente, cabível a exceção de pré-executividade para discutir matéria de ordem pública.” (MUNIZ, Antônio Carlos. A exceção de pré-executividade, a reforma processual (Lei nº 11.382/2006) e a aplicação da lei no tempo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1394, 26 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9807>>. Acesso em: 15 out. 2009).

A exceção de pré-executividade é um direito fundamental, porque está embasada em princípios constitucionais que permeiam o acesso à justiça. Dessa forma, a falta de previsão legal do instituto não pode ser visto como empecilho à sua utilização no direito brasileiro, visto que, até o presente momento, foi aceito amplamente pelos tribunais, além do fato de o aparecimento de um novo mecanismo de defesa não poder ser excludente de outro mais antigo se ambos se prestam a realizar o mesmo fim e não se excluem por incompatibilidades técnicas.

Nesse contexto, o trabalho da Defensoria Pública representa a democracia em seu plano prático, sendo o órgão o resumo do sentimento de justiça e igualdade pelo qual clama a sociedade atual. Essa redução das desigualdades sociais, objetivo fundamental de nossa República, fora do campo de políticas públicas é efetivado pelo amplo acesso ao Judiciário, que, muitas vezes, vê-se obrigado a suprir a ausência do Estado Administração, sendo imprescindível a assistência prestada pela Defensoria Pública aos hipossuficientes.

Cabe ressaltar, por fim, que o instituto da exceção de pré-executividade não caiu em desuso na execução de títulos judiciais ou extrajudiciais, demonstrando ser um importante mecanismo de defesa para evitar prejuízos aos executados, amplamente utilizado pela Defensoria Pública no hercúleo dever funcional. Em suma, uma vez que não deve haver empecilhos ao trabalho da defesa, nunca, restam incólumes as condicionantes da exceção de pré-executividade no direito brasileiro.

9 Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito material coletivo** – Superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A exceção de pré-executividade à luz da lei de execução fiscal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 334, 6 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5258>>. Acesso em: 15 out. 2009.

BARROSO, Lucas Abreu. A demonstração da função social da propriedade como pressuposto da concessão de tutela de urgência em ação possessória. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigma**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. v. 1. p. 277-291.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

BRASIL. Decreto nº 17.231A, de 26 de fevereiro de 1926. Manda observar o Código da Justiça Militar. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 3 mar. 1926.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 346**, de 13 de dezembro de 1963. Brasília: Imprensa Nacional, 1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473, de 3 de dezembro de 1969. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 10 dez. 1969.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

_____. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 1980.

_____. Lei nº 7.384, de 18 de outubro de 1985. Dispõe sobre a reestruturação da Defensoria de Ofício da Justiça Militar e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1985.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jan. 1994.

_____. Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 maio 2002.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

_____. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 2005.

_____. Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 dez. 2006.

_____. Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 out. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. II.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994a.

_____. **Execução civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994b.

_____. **Execução civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/material/Texto_prof_a_Ada_18_02.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2008.

HAESER, Moacir Leopoldo. Do cabimento da exceção de pré-executividade. **Doutrina** – Artigos diversos. Disponível em: <<http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5133.htm>>. Acesso em: 16 out. 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Jurisdição, ação e processo à luz da processualística moderna. Para onde caminha o processo? **Mundo Jurídico**, 3 set. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=278>. Acesso em: 26 maio 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Cumprimento” e “execução” de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 54, n. 346, p. 11-25, ago. 2006.

MUNIZ, Antônio Carlos. A exceção de pré-executividade, a reforma processual (Lei nº 11.382/2006) e a aplicação da lei no tempo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1394, 26 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9807>>. Acesso em: 15 out. 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Dez anos de pareceres**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1975. 4 v.

RAMOS, Itamar de Ávila. A exceção de pré-executividade e as recentes alterações legislativas realizadas no Código de Processo Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2097, 29 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12511>>. Acesso em: 15 out. 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

WATANABE, Kasuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela jurisdicional dos interesses difusos** – Doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 85-97.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento**. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, Jose Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006**. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: RT, 2007. v. 3.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo: RT, 1998.

10 Bibliografia consultada

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça em preto em branco: retratos institucionais da Defensoria Pública**. São Paulo: Lumen Juris, 2004.

ARAÚJO, Adilson Vieira. **A penhora na execução civil e suas limitações**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo : IBDC, 1999.

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 1999.

DIDIER JR, Fredie. **Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: RT, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. Acesso à justiça: a importância das defensorias públicas na defesa do povo. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de setembro de 2007. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/59861>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

GALIEZ, Paulo. **Princípios institucionais da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **A Defensoria Pública**. O Estado e a cidadania. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e

procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARMELSTEINS, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES, Felipe Caldas. **Defensoria pública da União: princípios institucionais, garantias e prerrogativas dos membros e um breve retrato da instituição**. Brasília: Defensoria Pública da União, [s.d.]. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_principios_institucionais_Felipe.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2008.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Guilherme Pena de. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. **Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado**. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1984.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. São Paulo: RT, 1995.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição federal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Org.). **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Holden da. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 1. ed. Brasília: Fortium, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves; OLIVEIRA, Allan Helber. **Processo civil 2**. Processo de Execução. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

“A SITUAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA: COTEJO ENTRE OS INSTRUMENTOS TEÓRICOS EXISTENTES E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS POR UMA INFRAESTRUTURA URBANA INADEQUADA E EXCLUDENTE – POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO”

Viviane Ceolin Dallasta¹

Todas as formas de racismo e de exclusão constituem, em última análise, maneiras de negar o corpo do outro. Poderíamos fazer uma releitura de toda a história da ética sob o ângulo dos direitos dos corpos, e das relações de nosso corpo com o mundo.

Umberto Eco

Sumário: Introdução. 1 Conceituação. 2 A deficiência física: dados estatísticos e contextualização histórica. 3 Abordagem pela perspectiva dos direitos humanos. 3.1 Instrumentos internacionais de proteção aos portadores de deficiência física. 3.2 Legislação nacional aplicável. 4 Tentativa de efetivação dos direitos das pessoas portadoras de deficiência física. 5 Conclusão. 6 Referências. 7 Bibliografia consultada.

Palavras-chave: Cidadania. Dignidade. Integração. Isonomia. Direitos humanos. Violação.

¹ Defensora Pública Federal, titular do 5º Ofício Previdenciário em São Paulo-SP.

Introdução

No Brasil, a abundância legislativa é notória e se ocupa em regular os diversos âmbitos da vida em sociedade. No entanto, o conteúdo das leis existentes, muitas vezes, revela-se ignorado pelos próprios interessados na sua efetivação. Nesse contexto, identificado um problema grave nas cidades brasileiras, qual seja, a ausência de políticas públicas para a implementação de infraestrutura urbana que respeite as pessoas com deficiência, não exacerbando as suas limitações inerentes, propõe-se o presente estudo.

A intenção primordial do trabalho consiste em uma tentativa de efetivação da integração participativa dos deficientes físicos nos vários aspectos da vida social, através da facilitação do seu deslocamento. Para tanto, parte-se da premissa de que, se o Poder Executivo não efetua planejamento urbano apto a propiciar a independência e a dignidade das pessoas com necessidades físicas diferenciadas, devem-se buscar providências na seara do Poder Judiciário, almejando o cumprimento da legislação vigente.

Assim, tratar-se-á, inicialmente, da delimitação conceitual da expressão ‘deficiente físico’, porquanto será referida constantemente ao longo da exposição, tendo em vista que se cuida do objeto central do estudo. Serão mencionados, também, dados estatísticos, a fim de fomentar reflexões sobre a extensão e a relevância da questão suscitada. Por conseguinte, será referida a problemática da deficiência em determinados períodos históricos.

Vencidas as fases preliminares do trabalho, abordar-se-á a questão da deficiência física como matéria afeta aos direitos humanos, porquanto implica, diretamente, noções de cidadania, respeito, tolerância e, especialmente, dignidade humana e isonomia.

Cumprido referir que o método de abordagem utilizado é o dialético, uma vez que, ao se tratar do tema proposto, constatam-se contradições no

processo de evolução dos direitos humanos, levando-se em consideração as constantes transformações, bem como a mudança de mentalidade e o grau de comprometimento verificado na sociedade. Por sua vez, o método de procedimento adotado é o monográfico, pois se parte da observação das condições de vida das pessoas com deficiência física, contrapondo-se à legislação existente.

Por fim, é importante mencionar que se afigura uma tarefa árdua escrever sobre a deficiência física através da perspectiva dos direitos humanos, quando se constata diariamente a aguda dissonância entre a realidade urbana e os instrumentos teóricos existentes, ensejando violações rotineiras, as quais são tacitamente aceitas, levando em consideração a inércia daqueles que deveriam implementar as políticas públicas competentes.

1 Conceituação

O presente trabalho encontra-se delimitado no âmbito da deficiência física, configurando-se necessário o estabelecimento de algumas notas conceituais.

O art. 1º da Resolução nº 3.447 (O CORREIO, 1981, p. 7), intitulada Declaração dos Direitos dos Deficientes (aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, em 9 de dezembro de 1975), proclama que o termo ‘deficiente’ designa “toda pessoa em estado de incapacidade de prover por si mesma, no todo ou em parte, as necessidades de uma vida pessoal ou social normal, em consequência de uma deficiência congênita ou não de suas faculdades físicas ou mentais.”

Em 1980, a Organização Mundial da Saúde (OMS), de forma mais minuciosa, estabeleceu uma distinção entre três condições físicas e/ou mentais, que define e classifica aqueles que não se encontram rigorosamente em condição de independência e autonomia para as atividades cotidianas, bem como para as

tarefas profissionais e socioculturais (OMS, 2010). Cuida-se da Classificação Internacional dos Casos de: Impedimento (impediment), que se referem a uma alteração (dano ou lesão) psicológica, fisiológica ou anatômica em um órgão ou estrutura do corpo humano; Deficiência (disability), que estão ligados a possíveis sequelas que restringem a execução de uma atividade; e Incapacidade (handicap), que se relacionam aos obstáculos encontrados pelos portadores de deficiência em sua interação com a sociedade (levando em consideração a idade, o sexo, os fatores sociais e culturais).

Entretanto, em 1994, de acordo com o explicitado por Cintra (1995), a ONU publicou um documento intitulado World Programme of Action Concerning Disabled Persons, alterando o primeiro termo da classificação para impairment, em vez de impediment. Destaca-se que tal alteração não implica somente uma alteração semântica, porém, mais do que isso, uma fundamental mudança de concepção, uma vez que impairment, em tradução livre, significa “prejuízo”, diversamente de impediment, que revela a circunstância de estar “impedido”.

Assim, houve um abrandamento da condição social das pessoas pertencentes ao primeiro grupo, porquanto estar prejudicado no desempenho de determinada atividade não significa estar impedido, impossibilitado. A diferença é substancial e denota o modo como os deficientes vêm, modernamente, sendo tratados no meio acadêmico, reflexo da inserção gradual desse grupo na vida social e profissional. Além disso, ressalte-se que a situação de estar “impedido” relaciona-se mais a fatores externos, ambientais, do que com o aspecto subjetivo do indivíduo, com a sua situação corporal. É nessa perspectiva que o trabalho ganha importância.

No âmbito nacional, há o Decreto nº 3.298/99, que, em seu art. 3º, faz as devidas distinções entre deficiência, deficiência permanente e incapacidade, bem como, no art. 4º, inciso I, estipula que é considerada pessoa com deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, membros com

deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções (BRASIL, 1999).

Assinale-se que, não obstante não haver discrepâncias entre os conceitos expostos, a conceituação supraexpandida, prevista no Decreto nº 3.298/99, será a adotada no presente trabalho, uma vez que é a utilizada em nosso país, servindo como parâmetro em pesquisas e para a obtenção de dados estatísticos, além de coadunar à realidade nacional, como a seguir será visto.

2 A Deficiência Física: Dados Estatísticos e Contextualização Histórica

A temática, objeto do trabalho, reveste-se de relevância quando se observam os dados estatísticos acerca do número de pessoas com alguma deficiência, especialmente quando se trata de países em desenvolvimento ou de terceiro mundo, em que as (a falta de) condições propiciam o acontecimento de eventos, doenças e descuidos, que tornam o povo mais suscetível de sofrer qualquer tipo de moléstia.

Segundo a OMS (2005), 10% (dez por cento) da população de cada país possui algum tipo de deficiência física, sensorial (visual e auditiva) e mental. No Brasil, o Censo Demográfico 2000 (IBGE, 2000), indicou que aproximadamente 24,5 milhões de pessoas, ou 14,5% da população total, apresentam algum tipo de incapacidade ou deficiência. Esse aumento percentual deve-se ao fato de o Brasil estar incluído nos chamados países em desenvolvimento, pois os índices de deficiência estão intrinsecamente relacionados à situação econômica e social. É também por essa razão que, nas regiões Norte e Nordeste do país, a incidência de casos de deficiência afigura-se mais elevada, porquanto os meios de vida e prevenção apresentam maiores déficits.

No âmbito restrito da deficiência física, pelos cálculos da OMS (2005), 2% (dois por cento) são constituídos por pessoas com esse tipo de deficiência. Assim, com base nos dados atualmente disponíveis, seriam aproximadamente 517.563 (quinhentos e dezessete mil, quinhentas e sessenta e três) pessoas com algum tipo de deficiência física no Brasil.

É importante ressaltar que a problemática da deficiência acompanha a humanidade através da sua evolução, uma vez que a circunstância de haver uma considerável parcela de pessoas com algum tipo de deficiência física não é uma situação recente. Pelo contrário, as inúmeras lutas, batalhas, guerras que norteavam as relações sociais geravam um incrível número de mutilados, deficientes e pessoas com doenças crônicas, em um tempo em que a força física prevalecia e tinha o condão de estabelecer a condição de vencedor versus perdedor.

Nesse contexto, a discriminação à pessoa com deficiência é um dos problemas sociais que acompanham os homens desde os primórdios da civilização. Na própria Bíblia, no Antigo Testamento, é possível encontrar passagens que desprezam a figura do deficiente, que simbolizava impureza e pecado. Por exemplo, no livro do Levítico, que trata exclusivamente dos deveres sacerdotais e da legislação cerimonial, Moisés proclamou aos israelitas (Lev. 21, 21-23):

Todo o homem da estirpe do sacerdote Arão, que tiver qualquer deformidade (corporal), não se aproximará a oferecer hóstias ao Senhor, nem pães ao seu Deus; comerá, todavia, dos pães que se oferecem no santuário, contanto, porém, que não entre do véu para dentro, nem chegue ao altar, porque tem defeito, e não deve contaminar o meu santuário. (BÍBLIA, 1982).

De igual modo, em determinados períodos históricos, como na Roma Antiga, comportamentos discriminatórios podem ser visualizados, conforme

Moacyr de Oliveira (apud ALVES, 1992), na Lei das XII Tábuas, na parte que versava sobre o pátrio poder, segundo o qual o patriarca estava autorizado a matar os filhos nascidos defeituosos. Os gregos, por sua vez, com seu profundo culto ao corpo perfeito e seu espírito altamente competitivo, conforme Feltrin e Lizarau (1990), advogavam a tese da “morte lenta” para os inválidos e idosos, pois entendiam que essas pessoas não tinham mais qualquer utilidade no meio social, constituindo apenas um incômodo aos mais jovens.

Na Idade Média, a deficiência foi associada a eventos sobrenaturais diabólicos, circunstância que conferia conotação extremamente negativa e humilhante aos deficientes. Conforme Alves (1992), os deficientes eram considerados bruxos ou hereges e, conseqüentemente, eram mortos ou, então, usados como “bobos da corte”. Como também refere Feltrin e Lizarau (1990), as obras de arte desse período são elucidativas, uma vez que espíritos reputados malignos, seres lendários e desumanos são, invariavelmente, representados com desproporções físicas, rostos monstruosos ou membros contorcidos.

Como se pode inferir, não se afiguram recentes as constantes violações dos direitos humanos das quais os deficientes têm sido alvo, culminando, no século XX, com a 2ª Guerra Mundial, quando, conforme dados veiculados pela revista *Veja* (A ÉTICA, 2005), estima-se que mais de três milhões de deficientes físicos tenham sido mortos de forma sistemática pelos nazistas.

Foi essa tragédia, em nível mundial, que ensejou a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, a fim de ser uma carta de princípios norteadores das relações sociais, bem como do relacionamento entre os diversos Estados, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade. Circunstância que fomentou uma incipiente mudança de mentalidade, observada na segunda metade do século XX e que ganha força à medida que ocorre um maior comprometimento social, ampliando a abrangência dos chamados “direitos humanos”, como adiante será visto.

3 Abordagem pela Perspectiva dos Direitos Humanos

Inicialmente, cumpre esclarecer que somente em 1993, na Declaração de Viena, foi confirmado que as pessoas com deficiência estão incluídas no âmbito da proteção proporcionada pela *Carta Internacional dos Direitos Humanos*, consentâneo ao declarado no item 63 daquela.² Logo, faz-se necessária a adoção de posturas que reflitam a principiologia e os escopos intentados na Carta. Nesse sentido, faz-se mister referir o que se entende por “direitos humanos”, ou melhor, justificar a posição tomada quanto ao enfoque adotado, visto que a doutrina alerta para a ausência de consenso na esfera conceitual, bem como para heterogeneidade terminológica verificada.

Nesse contexto, Herkenhoff (1994, p. 30-31), sob uma vertente jusnaturalista, expõe que

por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas

² “A Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos reafirma que todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são universais e a sua observância inclui as pessoas com deficiência. Todas as pessoas nascem iguais e têm os mesmos direitos à vida e bem estar, à educação e ao trabalho, à vida autônoma e à participação ativa em todos os aspectos da sociedade. Qualquer discriminação direta ou outro tratamento discriminatório negativo de uma pessoa com deficiência constitui, por isso, uma violação dos seus direitos.” (Disponível em: <http://www.fao.org/faoterm/link_dett.asp?pub_id=157236> Acesso em: 15 jul. 2005).

sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Outrossim, atualmente o que importa é a proteção conferida aos direitos identificados, segundo as características e necessidades de determinada categoria social, visto que o ser humano revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento nem igual proteção.

Seguindo essa linha de raciocínio, serão apresentados, a seguir, os principais instrumentos no âmbito internacional correlatos ao tema proposto.

3.1 Instrumentos internacionais de proteção às pessoas com deficiência física

Entre os inúmeros instrumentos internacionais existentes na seara dos direitos humanos, merecem destaque os seguintes, por serem pertinentes à problemática em apreço:

- **Declaração Universal dos Direitos Humanos:**³ em seu art. I estatui que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” e, ainda, em seu art. II, que

toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (ONU, 1948).

³ Proclamada pela Resolução nº 217A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948.

Lembram-se esses dispositivos, especificamente, não obstante toda a Declaração estar permeada por noções principiológicas que aduzem a temática do respeito, da tolerância e do tratamento igualitário e digno.

Esta Declaração foi inovadora no sentido de que, pela primeira vez, aliou-se o rol dos direitos civis e políticos ao elenco dos direitos sociais, econômicos e culturais, introduzindo uma conotação e linguagem renovadas aos direitos humanos, afirmando, ainda, que a igualdade e a liberdade são indissociáveis, cada uma dependendo da concreção da outra para se efetivar, conjuntamente.

Dessa forma, a Declaração consolida a natureza indivisível e interdependente dos direitos nela previstos e, sobretudo, seu caráter universal. Estatui, portanto, que os direitos devem ser observados independentemente da diversidade cultural, política, econômica e religiosa das sociedades. Enfim, buscou-se reconstruir o valor dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a reger a ordem internacional, constituindo o fundamento de todos os documentos subsequentes na seara dos direitos humanos.

Entretanto, faz-se mister ponderar que, apesar dos notáveis avanços alcançados desde a sua proclamação, em 1948, a Declaração ainda constitui mero horizonte no caminho da maioria das pessoas;

- **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem:**⁴ de modo similar à anterior, configura-se uma carta de princípios, que deve ser observada na íntegra. Foi instituída no âmbito do continente americano, como forma de reiterar a adesão, bem como fortalecer o disposto na Declaração Universal;

- **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:**⁵ dispõe, em

4 Aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948.

5 Adotado pela Resolução nº 2.200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de

seu art. 26, que

todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. (ONU, 1966).

Como se pode perceber, este Pacto confirma o tratamento isonômico e a absoluta vedação a qualquer forma de discriminação observada nas declarações anteriores, ao menos no âmbito formal;

- **Convenção Americana sobre Direitos Humanos:**⁶ conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, enumera, no Capítulo II, os direitos civis e políticos, entre eles: o direito à liberdade pessoal, a proteção da honra e da dignidade e a igualdade perante a lei;

- **Declaração dos Direitos do Deficiente:** instrumento pouco conhecido, foi proclamado no Ano Internacional do Deficiente (1975), tendo sido instituído pela ONU. Dispõe sobre terminologia aplicável, direitos, acesso à informação, proteção e autonomia do deficiente;

- **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:**⁷ conhecido como Protocolo de San Salvador, atinge o cerne da questão

dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

6 Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

7 Adotado e aberto à assinatura no XVIII Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988. Ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996.

ao proclamar, em seu art. 18, a “Proteção dos deficientes”, estatuinto, in verbis:

Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim e, especialmente, a:

- a) Executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais;
- b) Proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes;
- c) Incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo;
- d) Promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena. (OEA, 1988).

Aqui se visualizam as premissas norteadoras da legislação brasileira no que tange à arquitetura e planejamento urbanos, os quais devem dispensar especial atenção às necessidades dos deficientes físicos e, sobretudo, propiciar o seu bem-estar e a inserção no convívio social, priorizando a sua independência, da qual a dignidade configura decorrência inexorável;

- **Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência:**⁸ em

⁸ Aprovada pela Resolução nº 45/91, de 14/12/1990, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

seu art. I, nº 2, “a”, define discriminação como

toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência [...], que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais. (ONU, 1990).

Importante essa definição a fim de poder ser analisada a ocorrência de condutas discriminantes, de forma objetiva, propiciando a responsabilização dos agentes envolvidos.

Assim, tendo em vista que foram apresentados declarações, pactos e convenções dos quais o Brasil é signatário,⁹ é interessante tecer algumas considerações acerca da incorporação de um ato ou tratado internacional, bem como sobre a posição que ocupam no ordenamento jurídico interno.

Conforme leciona Moraes (2003), a incorporação ocorre em três fases: a primeira consiste na celebração do tratado, convenção ou qualquer outro ato internacional, cuja competência é privativa do Presidente da República (art. 84, VIII, da Constituição Federal – CF) (BRASIL, 1988); a segunda diz respeito à promulgação e publicação pelo presidente do Senado Federal de um decreto legislativo, devidamente autorizado pelo Congresso Nacional, o qual é competente para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49, I, da CF) (BRASIL, 1988); e a terceira fase refere-se à edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional ratificado pelo Congresso Nacional. É nesse terceiro momento que a norma inserida pelo ato ou tratado internacional adquire executoriedade interna.

Foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 198, de 13/06/2001, e promulgado pelo Decreto Legislativo nº 3.956, de 08/10/2001, da Presidência da República.

⁹ Ressalta-se que a norma internacional contida em um ato ou tratado do qual o Brasil seja signatário, por si só, não dispõe de qualquer vigência e eficácia no direito interno.

Acerca da posição ocupada no ordenamento jurídico interno pelas normas previstas nos tratados internacionais, é importante referir que o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que inseriu o § 3º ao art. 5º da CF, alterou relevantemente a questão, pois, quando os acordos versarem sobre matéria atinente aos direitos humanos e forem aprovados por ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalerão, no ordenamento jurídico brasileiro, às emendas constitucionais (BRASIL, 2004).¹⁰ Portanto, ingressam com o status de lei nacional máxima.

Após esta breve explanação acerca da previsão positivada, em âmbito internacional, cumpre referir-se à legislação nacional, a qual se erigiu em respeito àquela, uma vez que o Brasil ratificou as convenções e pactos retrorreferidos.

3.2 Legislação nacional aplicável

Em respeito à concepção de “direitos humanos” adotada, preferiu-se apresentar, em capítulo apartado, a legislação nacional pertinente, correlata aos direitos fundamentais positivados na CF. Essa ressalva faz-se necessária, tendo em vista que, apesar dos inúmeros pactos ratificados pelo Brasil, as pessoas com deficiência continuam ausentes dos procedimentos dos órgãos responsáveis pela aplicação dos tratados das Nações Unidas, inclusive, nos relatórios emanados por esses órgãos, a questão da deficiência é omissa, o que significa que os relatórios elaborados pelos Estados-membros não evidenciam a implementação de medidas de salvaguarda dos direitos humanos das pessoas com deficiência física.

¹⁰ Ainda não se teve notícia acerca dessa forma de incorporação. Ressalte-se que, antes da Emenda Constitucional nº 45/04, as normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais ingressavam, indistintamente, como normas infraconstitucionais.

Assim, levando-se em consideração que o presente estudo visa, sobretudo, ao acesso à justiça, ao exercício da cidadania, bem como à efetividade dos direitos das pessoas com deficiência física, é imprescindível a apresentação das bases constitucionais de tais direitos, inclusive da legislação nacional aplicável, a fim de transmutar esses direitos em ações sociais tangíveis.

De modo a corroborar o exposto, Sarlet (2005) lembra que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do status jurídico que esta lhe atribui, visto que, do contrário, falta-lhes a necessária cogência. Ademais, há o intuito de conferir ao presente estudo um caráter mais completo e abrangente; por essa razão, é oportuna a constatação dos direitos dos deficientes físicos, também, sob a ótica dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados.

Sendo assim, no título referente aos “Princípios Fundamentais” (arts. 1º a 4º), bem como no referente aos “Direitos e Garantias Fundamentais” (arts. 5º e 6º), ambos da CF de 1988, encontra-se o fundamento das questões abordadas, através dos princípios norteadores da República Federativa do Brasil, a qual se constitui em um Estado Democrático de Direito, com fundamento na cidadania e na dignidade da pessoa humana, cujos objetivos são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, através da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e, acima de tudo, prezar pela prevalência dos direitos humanos, da igualdade e da liberdade (BRASIL, 1988).

Ainda, em relação às pessoas com deficiência, a CF proíbe a construção de barreiras nos logradouros e edifícios de uso público, bem como prevê a adaptação dos veículos de transporte coletivo, de modo a torná-los acessíveis aos deficientes físicos, dispondo, inclusive, acerca da competência para tal mister (arts. 23, II, 227, § 2º, e 244) (BRASIL, 1988).

No que diz respeito à legislação infraconstitucional, a seguir estão elencados as leis e decretos que tangem a questão da acessibilidade do deficiente físico:

- **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989:** nela se ressaltam os arts. 2º, parágrafo único, inciso V, “a”, 3º, 7º e 8º, incisos V e VI, os quais dispõem sobre a adoção e execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, bem como permitam o acesso dos deficientes físicos a edifícios, logradouros e aos meios de transporte. Ainda, refere expressamente à aplicação subsidiária da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e, por fim, define como crime punível, com reclusão de um a quatro anos, deixar de cumprir a execução de ordem judicial expedida na ação civil aludida na lei em comento (BRASIL, 1989);
- **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999:** regulamenta a lei suprarreferida. Em síntese, prevê, pormenorizadamente, a questão da acessibilidade da pessoa portadora de deficiência física ou com mobilidade reduzida em lugares públicos ou privados, quando destinados ao uso coletivo. Também, dispõe sobre terminologias, requisitos mínimos de acessibilidade exigíveis, aplicação das normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), entre outras providências previstas no Capítulo IX, arts. 50 a 54 (BRASIL, 1999);
- **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000:** promove, especificamente, a acessibilidade dos deficientes físicos, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação (BRASIL, 2000). Atinge o âmago da temática proposta no trabalho, devendo ser observada na íntegra.

Por conseguinte, após esta sucinta apresentação legal, far-se-á uma análise relacionando os direitos humanos, enquanto direitos difusos,¹¹ e o acesso à justiça dos deficientes físicos, de modo a concretizar a previsão in abstracto, a qual se fez menção.

4 Tentativa de Efetivação dos Direitos das Pessoas com Deficiência Física

Observa-se que, apesar de tímida, a sociedade como um todo e, antes disso, as próprias pessoas em situação especial iniciam um processo de conscientização acerca da necessidade de proteção e de respeito aos direitos coletivos e difusos, num movimento chamado, por Séguin (2002, p. 25), de “microdesvitimização, privilegiando a análise de situações específicas e individualizadas de vitimização, adotando comportamentos de ações afirmativas em prol das minorias e dos grupos vulneráveis.”

Essa tomada de consciência crítica é de crucial importância, uma vez que, através de uma observação rápida e superficial da infraestrutura das cidades brasileiras, percebe-se que as conquistas legais não têm refletido na real situação urbana. Ainda, o poder público não tem se mostrado solícito à efetivação de políticas públicas consistentes, de modo a atender às necessidades das pessoas com deficiência física. Nesse sentido, não se pode obstar o exercício da cidadania de uma parcela considerável da população, bem como relativizar sua dignidade e independência, por tempo indefinido, até que a administração, considerada em suas três esferas, organize-se e desenvolva mecanismos que proporcionem o efetivo cumprimento das leis vigentes.

¹¹ A Lei nº 7.853/89 prevê a defesa dos interesses coletivos ou difusos dos portadores de deficiência física, circunstância aferível na leitura da própria ementa da lei, bem como estabelecida em seu art. 3º (BRASIL, 1989).

É por tudo isso que se propõe a utilização da via judicial para compelir o Poder Executivo a implementar as medidas necessárias, a fim de conferir agilidade à prestação estatal e, mais que isso, iniciar o processo de modernização e democratização das vias públicas e dos locais de acesso ao público, minimizando a dicotomia verificada entre a teoria e a realidade urbana de nosso país.

Nesse diapasão, Bobbio (1992, p. 67) já asseverava que,

num discurso geral sobre os direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora pra que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido e que os juristas falam de ‘direito’).

Nesse contexto, na seara dos direitos transindividuais, a atuação da Defensoria Pública da União adquire relevo e respaldo legal, juntamente aos demais legitimados à propositura de ações civis públicas, com o intuito de cumprir o disposto na legislação (art. 3º da Lei nº 7.853/89) (BRASIL, 1989).

Corroborando tal proposta a noção da indivisibilidade dos direitos humanos, conforme o explicitado por Soberón (1998, p. 20):

Nesse novo cenário, convém realçar dois aspectos essenciais para o avanço dos direitos humanos no mundo: o combate à impunidade e o reconhecimento do caráter indivisível daqueles direitos. Quanto ao princípio de indivisibilidade, ele exprime em primeiro lugar o rechaço de uma hierarquização dos direitos humanos

aliado ao reconhecimento da relação dialética entre as liberdades individuais e as condições indispensáveis a seu exercício.

Já se observa a propositura tímida de ações judiciais visando ao alcance de tais objetivos, como se pode verificar, exemplificativamente, no Recurso Especial nº 37.162, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do qual se propôs uma obrigação de fazer para a construção de obras de acesso dos deficientes físicos ao “metrô” (BRASIL, 1997). Por epílogo, cumpre referir a competência jurisdicional para o processo e julgamento das ações com o conteúdo invocado.

Destarte, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, a competência para o processo e julgamento das causas relativas a direitos humanos é da Justiça Federal, a qual está prevista no art. 109, inciso V-A, observado o disposto no § 5º do mesmo artigo (BRASIL, 2004). Legitima-se, assim, a atuação da Defensoria Pública da União para a matéria, levando em conta, sobretudo, seus princípios institucionais.

Por fim, é mister frisar que as questões suscitadas constituem uma incipiente tentativa de colocar em prática um verdadeiro Estado Democrático de Direito, com ampla participação social e no qual a “democracia” destaque-se como a realização de valores para a otimização da convivência humana.

5 Conclusão

Por intermédio do explanado, não se teve a pretensão de solucionar os problemas enfrentados pelos deficientes físicos, os quais sofrem com a ignorância e o descaso da população reputada como “normal”, do governo e, inclusive, dos próprios familiares, pois o “sentimento” de (des)igualdade perante os demais transcende o âmbito jurídico.

Com efeito, afigura-se fato notório que o ideal de inserção, em que o indivíduo pudesse estar ativo e integrado no convívio social, independentemente das suas peculiaridades subjetivas, revela-se uma utopia, devendo ser esta concebida não no sentido conformista de algo inatingível, mas sim com a conotação de uma luta constante, uma ideia que se constrói pelo esforço de inúmeras pessoas, em todas as épocas.

Por outro lado, todo o exposto deve ser considerado uma modesta apresentação da problemática, a qual pode ser utilizada como referencial teórico na fundamentação de ações judiciais, ou melhor, como um norteador de pesquisas nas principais fontes apresentadas, uma vez que há tratados, há previsão constitucional, há leis específicas sobre a matéria, que, todavia, não se convertem em realidade.

Além disso, isso tudo teve o escopo primordial de informar os diretamente implicados no assunto, muitas vezes leigos, esclarecendo-os acerca dos seus direitos, bem como apresentar a legislação existente, inclusive mostrando a preocupação mundial sobre a questão da inserção do deficiente. Para tanto, foram explanados os instrumentos existentes no âmbito internacional, bem como a legislação nacional pertinente à temática, de modo a viabilizarem-se meios de se conferir consequências práticas úteis às pessoas com deficiência física, obstando as violações observadas cotidianamente.

Destarte, há o intuito de minimizar a revolta das pessoas em tal situação, que, não obstante têm de conviver com suas limitações físicas, sofrem, ainda, com as limitações ambientais impostas por construções mal projetadas – apenas para exemplificar: o meio-fio das vias públicas, em geral, não apresenta rampas de acesso em bom estado de conservação para a passagem de cadeiras de rodas; os edifícios não possuem elevadores; não há locais específicos destinados ao estacionamento de deficientes nas áreas mais movimentadas dos centros urbanos; assim como os meios de transporte coletivo não priorizam as pessoas com necessidades especiais. Ademais, tais inadequações corroboram a formação

dos “pré-conceitos” de um imaginário social deletério em relação ao deficiente, considerado, na maioria das vezes, uma pessoa menos apta, menos capaz e, conseqüentemente, de menor “valor”.

Saliente-se que o ora tratado não está afeto a qualquer paternalismo ou assistencialismo estatal, apenas se intenta a efetivação dos instrumentos já existentes para a concretização dos direitos inerentes à pessoa, em especial à pessoa com deficiência física, infelizmente (e por absoluta ignorância alheia), ainda segregada na sociedade.

Cumprase asseverar, por fim, que a legislação explanada não se encontra exaurida, porquanto se deve observar, inclusive, a legislação pertinente de cada Estado, de cada Município, a fim de possibilitar o exame minucioso das peculiaridades atinentes à localidade analisada.

6 Referências

A ÉTICA que nasceu do horror. Veja, São Paulo, ano 38, n. 18, p. 134-135, maio 2005.

ALVES, Rubens Valtecides. Deficiente físico: novas dimensões de proteção ao trabalhador. São Paulo: LTr, 1992.

BÍBLIA sagrada. 1. ed. Rio de Janeiro: Gamma, 1982.

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

_____. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela

jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 out. 1989.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 37.162/SP. Recorrente: Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô. Recorrido: José Carlos Barbosa dos Santos e Outros e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, 16 de agosto de 1993. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 17 nov. 1997.

_____. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 1999.

_____. Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dez. 2000.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

FELTRIN, Beatriz Cecília Dias; LIZARAU, Elizabeth Pinto. Deficiência física: desafios para o resgate da cidadania. Santa Maria: [s.n.], 1990.

HERKENHOFF, João Baptista. Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 1.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo demográfico e contagem da população. Banco de dados agregados. 2000. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/listabl.asp?z=cd&o=7&i=p&c=2112>>. Acesso em: 10 jul. 2005.

O CORREIO da Unesco, Rio de Janeiro, ano 9, n. 3, mar. 1981.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Data and statistics. Disponível em: <<http://www.who.int/research/en/>>. Acesso em: 10 jul. 2005.

_____. International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF). Classifications. Disponível em: <<http://www3.who.int/icf/icftemplate.cfm>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração universal dos direitos humanos. Paris: ONU, 1948.

_____. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Nova Iorque: ONU, 1966.

_____. Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. Nova Iorque: ONU, 1990.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. San Salvador: OEA, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÉGUIN, Elida. Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

7 Bibliografia consultada

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. São Paulo: Moderna, 1998.

EL CORREO da Unesco, Paris, ano XXVII, n. 3, mar. 1974.

FURASTÉ, Pedro Augusto. Normas técnicas para o trabalho científico. 13. ed. Porto Alegre: [s.n.], 2004.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HERKENHOFF, João Baptista. Direitos humanos – A construção universal de uma utopia. Aparecida/SP: Santuário, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEVIN, Leah. Derechos humanos: preguntas y respuestas. Espanha: UNESCO, 1998.

LIPPO, Humberto. Trajetória recente das pessoas com deficiência: legislação, movimento social e políticas públicas. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. Relatório Azul 2004: garantias e violações dos direitos humanos, Porto Alegre: CORAG, 2004. p. 234-253.

MANNRICH, Nelson (Org.). Constituição federal. 6. ed. São Paulo: RT, 2005.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér et al. A integração de pessoas com deficiência: contribuições para uma reflexão sobre o tema. São Paulo: Memnon, 1997.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. Do direito social aos interesses transindividuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NOGUEIRA, Alberto. A reconstrução dos direitos humanos da tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

O CORREIO da Unesco, Rio de Janeiro, ano 26, n. 12, dez. 1998.

PINHEIRO, Humberto. Portadores de deficiência, portadores de direitos. Mundo Jovem, Porto Alegre, p. 4-5, ago. 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. Mecanismos internacionais e construção de um sistema nacional de proteção dos direitos humanos. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. Relatório Azul 2004: garantias e violações dos direitos humanos, Porto Alegre: CORAG, 2004. p. 362-369.

PRADO, Adélia et al. Direitos humanos no cotidiano. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001.

REZEK, Francisco. Direito internacional público. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBAS, João Baptista Cintra. Viva a diferença! Convivendo com nossas restrições ou deficiências. São Paulo: Moderna, 1995.

_____. O que são pessoas deficientes? São Paulo: Brasiliense, 2003.

SANTOS, Cleber Mesquita dos. Os direitos humanos, o Brasil e os desafios de um povo. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Otto Marques da. Uma questão de competência. São Paulo: Memnon, 1993.

SWINARSKI, Christophe. Direito internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana: principais noções e institutos. São Paulo: Revista dos Tribunais; Universidade de São Paulo, 1990.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos – Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

VENTURA, Deisy. Monografia jurídica: uma visão prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ZOVATTO, Daniel. Los derechos humanos en el sistema interamericano: recopilación de instrumentos básicos. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

ACUSAR OU NÃO ACUSAR? IN DUBIO PRO SOCIETATE É(?) A SOLUÇÃO. UMA PERVERSA FORMA DE LIDAR COM A DÚVIDA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Márcio Ferreira Rodrigues Pereira¹

Resumo: No âmbito do direito processual penal, em pelo menos dois momentos marcantes da persecução penal em juízo (recebimento da denúncia e decisão de pronúncia), a fórmula in dubio pro societate vem sendo repetida à exaustão por significativo setor da comunidade jurídica. A pretensão deste estudo é desvelar tanto o caráter perverso que tal discurso encobre quanto a carência de base constitucional para o referido brocardo.

Palavras-chave: Princípio do in dubio pro societate. Princípio do in dubio pro reo. Admissibilidade da acusação. Pronúncia.

PROSECUTE OR NOT PROSECUTE? IN DUBIO PRO SOCIETATE IS(?) THE SOLUTION. A PERVERSE WAY TO DEAL WITH DOUBT IN THE CRIMINAL JUSTICE PROCESS

Abstract: Under the criminal procedural law, at least two moments in the criminal prosecution in court (receiving the complaint and the decision to prosecute), the formula in dubio pro societate has been repeated to exhaustion by a significant sector of the legal community. The intention of this study is to reveal both the perverse nature that such discourse obscures and the lack of constitutional basis for that maxim.

Keywords: In dubio pro societate principle. In dubio pro reo principle. Admissibility of the accusation. Pronunciation.

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador, mestre em cultura e sociedade pela Universidade Federal da Bahia e advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0886576951570531>.

O “princípio” do *in dubio pro societate* é costumeiramente invocado por vasto setor da comunidade jurídica em, pelo menos, dois momentos específicos da *persecutio criminis*: no ato de recebimento da inicial penal e na fase de pronúncia no procedimento do júri. Tanto em um quanto em outro momento, uma das ideias fundamentais representadas pelo referido “princípio” é a seguinte: a dúvida quanto à autoria da infração penal, que, normalmente, milita em prol do réu (*in dubio pro reo*), nessas situações especiais, resolve-se em favor da sociedade (da acusação, portanto).

Note-se, de plano, que só se cogita da regra do *in dubio pro societate* quando está em jogo a autoria da infração penal. Dito em outros termos, não há que se falar em *in dubio pro societate* quando o que está em questão é a materialidade do fato. É que, nesse particular, exige-se que o magistrado esteja convencido de que o fato existiu, tanto para receber a inicial penal, quanto para pronunciar o acusado. Desse modo, seja pela via do exame de corpo de delito, seja por meio de outra prova apta a demonstrar a materialidade do fato (testemunhal, v. g.²), o certo é que, repita-se, é preciso estar convencido quanto à existência de um fato com aparência de criminoso. Na linha do que estamos sustentando aqui, consultar: Pacheco (2010, p. 528), Nucci (2006, p. 757), Oliveira (2009, p. 696) e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 81646/PE julgado em 04/06/2002) (BRASIL, 2002).

Esclarecido esse ponto, retomemos o tema.

No caso de recebimento da exordial acusatória, segundo dizem, justifica-se a fórmula *in dubio pro societate*, pois não se exige certeza da autoria da infração penal, bastando, ao revés, a presença de um mínimo de provas (suporte

² Superior Tribunal de Justiça: HC 23898/MG (BRASIL, 2003a) e HC 22899/SC (BRASIL, 2003b).

probatório mínimo³) para que se possa receber a peça acusatória. Ademais, consoante afirmam, não deve o juiz, nesse momento (recebimento da inicial), fazer incursão aprofundada nas provas, pois, agindo assim, estaria incorrendo em pré-julgamento do caso. Por esses motivos, sufraga-se que a dúvida deve ser resolvida pela admissibilidade da peça acusatória (ou seja, a favor da sociedade).

Pensando dessa maneira, estão, por exemplo, Demercian e Maluly (2009, p. 388) e Bonfim (2010, p. 525), asseverando esse último que: “na fase do recebimento da denúncia vigora o princípio do *in dubio pro societate*, ou seja, caso haja dúvida sobre a pertinência da ação penal, deve ela ser admitida.”

Comungam dessa opinião, também, os tribunais superiores. Vejamos um exemplo:

Quando a denúncia descreve conduta que, em tese, constitui crime, incabível é a alegação de falta de justa causa, tanto mais porque, nessa fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, bastando, para o recebimento da denúncia, a mera probabilidade de procedência da ação penal. (BRASIL, 2007).

No que concerne à decisão de pronúncia (art. 413 do Código de Processo Penal – CPP⁴), é também com muita frequência que se invoca o aludido “princípio” do *in dubio pro societate*. As razões para a adoção do brocardo nesse momento decisório são as seguintes. Primeiramente, diz-se que, em sede de decisão de pronúncia (assim como ocorre no recebimento da inicial penal), não se exige certeza da autoria do réu, mas apenas, conforme sublinha o próprio art. 413 do CPP (BRASIL, 1941), indícios suficientes desta.

³ O suporte probatório mínimo para o regular exercício da ação penal (ou, simplesmente, “justa causa”) é, por muitos, considerado a quarta condição da ação penal (além das tradicionais: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de parte e interesse de agir), significando a presença de elementos razoáveis, idôneos de prova, que sejam aptos a deflagrar uma ação penal contra alguém. Nesse particular, consultar Jardim (2000, p. 95; 169).

⁴ “Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.” (BRASIL, 1941).

Ademais, outro motivo dado pela tradicional doutrina para sustentar o *in dubio pro societate* na fase de pronúncia diz respeito à questão do juiz natural da causa no procedimento do júri. Explica-se: como, no júri, o juiz natural da causa é os jurados (e não o magistrado togado), eventual dúvida a respeito da admissibilidade da acusação deve ser resolvida pelo tribunal popular. É comum, pois, encontrar, em diversos manuais de processo penal e decisões jurisprudenciais, a seguinte frase: “na dúvida, deve o juiz pronunciar o acusado”.

Adotando essa forma de pensar, estão diversos autores, como: Pacheco (2010, p. 528), Mirabete (2006, p. 1084), Lima (2009, p. 846) e Bonfim (2010, p. 555), afirmando esse último que: “na dúvida, cabe ao juiz pronunciar, encaminhando o feito ao Tribunal do Júri, órgão competente para o julgamento da causa. Nessa fase vigora a máxima *in dubio pro societate*.”

Nessa mesma linha, manifestam-se os tribunais superiores: “Por ocasião da pronúncia vige o princípio *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, compete ao Tribunal do Júri a soberana decisão sobre a autoria criminosa.” (BRASIL, 2010).

Pois bem, o que acabamos de ver sobre o “princípio” do *in dubio pro societate* trata-se de tradicional orientação, que há muito domina o cenário jurídico brasileiro. Entretanto, tendo em mente o contemporâneo sistema processual penal brasileiro, pensamos que diversas críticas podem ser lançadas ao aludido “princípio”, devendo mesmo a sua constitucionalidade ser colocada em xeque.

Na realidade, não estamos sozinhos nisso, pois certo setor da doutrina vem se opondo com veemência ao *in dubio pro societate*, como, por exemplo, Nucci (2006, p. 711), Greco Filho (2010, p. 397), Rangel (2007, p. 523), Tourinho Filho (2010, p. 739), Choukr (2009, p. 693), Lopes Jr. (2009, p. 281) e Oliveira (2009, p. 696).

É, pois, acompanhados desses autores, que pretendemos, nas próximas linhas, efetuar uma leitura crítica do mencionado princípio.

Primeiramente, deve-se registrar que, apesar da impropriedade do termo ‘*in dubio pro societate*’ frente ao sistema processual penal contemporâneo (algo que comentaremos mais a seguir), se se pretende concluir, a partir dessa expressão, pela inexigibilidade de certeza quanto à autoria de uma infração penal (e apenas isso) no momento do recebimento da inicial penal e da pronúncia, não vemos maiores problemas nisso (embora, repita-se, o termo é inadequado).

De fato, assiste razão à tradicional doutrina quando diz que, no momento de recebimento da peça acusatória e na fase de pronúncia, não se pode exigir certeza quanto à autoria da infração penal. No primeiro caso (recebimento), seria mesmo bastante incoerente exigir qualquer certeza do magistrado; isso porque, cumpre recordar, a inicial penal, normalmente, ampara-se numa investigação preliminar (inquérito policial, por exemplo), que carece de contraditório, ampla defesa etc. Assim, como se exigir um juízo de certeza frente a um material probatório colhido em fase pré-processual? Ademais, é preciso lembrar que a eventual tentativa de se obter “certezas” no ato de recebimento da peça acusatória conduziria a um indesejável pré-julgamento do caso.

Em se tratando de pronúncia, a necessidade de certeza quanto à autoria é igualmente (e corretamente) dispensada. Nessa hipótese, apesar de o juiz possuir provas produzidas sob o pálio do contraditório, da ampla defesa e das demais garantias do devido processo legal, não pode o magistrado proferir uma decisão pautada em “certezas”, pois, agindo assim, estaria subtraindo a competência do tribunal popular – juiz natural para esse tipo de causa. Atento a isso, o legislador ordinário exigiu não certeza da autoria, mas indícios suficientes desta (vide art. 413 do CPP) (BRASIL, 1941).

Porém, embora concordemos com esses clássicos dizeres efetuados pela tradicional doutrina brasileira, não podemos deixar de registrar que o emprego

da expressão ‘in dubio pro societate’, mesmo que seja para apenas dar o sentido anteriormente exposto, parece-nos totalmente inadequado. Inadequado porque, diante do sistema de garantias da Constituição Federal, revela-se impróprio (para não dizer inviável) sustentar algo como: “na dúvida em prol da sociedade”. É que vigem, em nosso sistema processual penal – em todos os procedimentos, inclusive no do júri –, os princípios constitucionais do estado jurídico de inocência e do in dubio pro reo. Assim, não encontra amparo constitucional uma regra como a do in dubio pro societate. Na realidade, não é apenas uma questão de inexistência de amparo constitucional, há, em verdade, total incompatibilidade com a Constituição.

Oliveira (2009, p. 174), na linha do que está sendo apresentado aqui, também não vê como “aceitar semelhante princípio (ou regra) em uma ordem processual garantista.” Também questionando a base constitucional do “princípio” do in dubio pro societate estão Lopes Jr. (2009, p. 281) e Tourinho Filho (2010, p. 740), dizendo esse último que admitir o referido princípio entre nós

é desconhecer que num País cuja Constituição adota o princípio da presunção de inocência torna-se em heresia sem nome falar em in dubio pro societate. Muito a propósito, Ada P. Grinover et al.: ‘Em todo e qualquer tipo de processo penal nenhuma presunção pode superar as estabelecidas em favor do acusado ou do condenado’ [...].

Desse modo, tendo em vista a incompatibilidade da expressão frente à Constituição, pensamos ser necessário varrê-la do cenário jurídico brasileiro (doutrina e jurisprudência).

Nesse contexto, no caso de recebimento da inicial penal, melhor seria falar em juízo de admissibilidade da acusação, ou seja, havendo suporte probatório mínimo (entendido como elementos razoáveis, sérios, idôneos de prova), recebe-se a peça acusatória. Igualmente, na hipótese de pronúncia, não

se deve falar em in dubio pro societate, sendo preferível trocar o termo também por admissibilidade da acusação. A diferença, segundo nos parece, é que, aqui (pronúncia), o suporte deverá ser mais robusto do que o do recebimento da inicial penal. Além disso, existindo indícios suficientes de autoria (leia-se: indícios aptos a gerar uma eventual condenação pelos jurados), submete-se o acusado aos juízes leigos – verdadeiros juízes naturais da causa.

Fosse apenas uma questão de inadequação terminológica da expressão ‘in dubio pro societate’ frente à Constituição de 1988, menos mal, encerraríamos o presente trabalho neste mesmo parágrafo. O problema, no entanto, como se tentará demonstrar a seguir, é bem maior.

Com a devida vênia, a referida expressão criou, no Brasil, certa “cultura jurídica” perversa e violadora de garantias fundamentais do indivíduo. Isso porque a ideia do in dubio pro societate, ao arraigar-se profundamente no pensamento do julgador em duas importantes etapas da persecução penal (recebimento da inicial penal e pronúncia), fez com que o magistrado, em caso de dúvida, abandonasse os princípios do estado jurídico de inocência e do in dubio pro reo, resolvendo a questão em prol da sociedade.

Pensamos que essa prática – deveras autoritária – revela-se absolutamente incompatível com o sistema de garantias da Constituição Federal; a “dúvida” não pode ser resolvida em prol da sociedade. Pergunta-se, lembrando as lições de Lopes Jr. (2009, p. 281) e Rangel (2007, p. 79): em material de admissibilidade da acusação, de onde se tirou a ideia de que uma situação duvidosa pode ser resolvida em prol da sociedade? Pelo contrário, a dúvida deve ser resolvida, por imperativo constitucional (estado jurídico de inocência e in dubio pro reo), em prol do acusado, julgando-se, portanto, inadmissível a acusação (seja não recebendo a inicial penal, seja impronunciando o réu, seja absolvendo sumariamente, conforme o caso).

Sobre o tema, tratando especificamente da pronúncia, diz Tourinho Filho (2010, p. 740):

Se o juiz tem dúvida, a solução é a impronúncia ou a absolvição. Nunca a pronúncia. Mesmo em se tratando de *in dubio pro societate*, na realidade esse princípio é essencialmente falso. Se o juiz não encontra prova que dê respaldo a um decreto condenatório, a absolvição não é um nenhum favor rei. ‘El juez no duda cuando absolve. Está firmemente seguro, tiene la plena certeza. De que? De que faltan pruebas para condenar’ (Santiago S. Melendo. *In dubio pro reo*. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 158). Se na pronúncia o juiz fica na dúvida, a solução é a impronúncia ou a absolvição.

E arremata Nucci (2006, p. 711):

É preciso destacar que o controle judiciário sobre a admissibilidade da acusação necessita ser firme e fundamentado, tornando-se inadequado remeter a julgamento pelo Tribunal do Júri um processo sem qualquer viabilidade de haver condenação do acusado. A dúvida razoável, que leva o caso ao júri, é aquela que permite tanto a absolvição quanto a condenação. Assim, não é trabalho do juiz togado ‘lavar as mãos’ no momento de efetuar a pronúncia, declarando, sem qualquer base efetiva em provas, haver dúvida; e esta deve ser resolvida em favor da sociedade, remetendo o processo a julgamento pelo Tribunal Popular.

Nessa senda, afastando também a ideia de *in dubio pro societate*, parecem-nos sóbrias as palavras de Greco Filho (2010, p. 370), quando discorre sobre a postura que o magistrado deve ter na fase de pronúncia: “O raciocínio do juiz da pronúncia, então, deve ser o seguinte: segundo minha convicção, se este réu for condenado haverá uma injustiça? Se sim, a decisão deverá ser de impronúncia ou de absolvição sumária.”

Ainda sobre a pronúncia, criticaríamos dizendo que a tradicional orientação sobre o tema parece ter criado uma verdadeira ode à competência dos jurados para as causas do júri, que chega ao ponto de atropelar (ignorar) garantias constitucionais fundamentais, como a do estado jurídico de inocência e a do *in dubio pro reo*. Parece haver verdadeiro “pavor” de suprimir qualquer crime doloso contra a vida da apreciação do “Supremo” Tribunal Popular, porém não se veem maiores “temores” quando o que está em jogo é a possibilidade de ocorrer um julgamento injusto, pautado, para piorar, na convicção íntima dos jurados.⁵ Pelo contrário, o que se observa é até certa desenvoltura. Esquece-se que, assim como a Constituição previu no seu art. 5º a instituição do júri com competência para julgar os crimes dolosos contra a vida (inciso XXXVIII, alínea ‘d’), previu, no mesmo dispositivo (art. 5º), princípios como o estado jurídico de inocência (inciso LVII) (BRASIL, 1988). Conclusão: não faz sentido (e é deveras perversa) essa excessiva preocupação com o juiz natural da causa no procedimento do júri (mera questão de competência), em detrimento de garantia muito mais relevante: a liberdade individual.

Ainda, corroborando as ideias que estamos apresentando aqui, não poderíamos deixar de mencionar outros dois ferrenhos críticos do “princípio” em questão; estamos falando de Rangel (2007) e Lopes Jr. (2009). A seguir, transcrevemos algumas críticas que esses autores realizam.

O primeiro, comentando sobre o uso do brocardo no momento de recebimento da inicial penal, assevera que

o chamado princípio do *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus [...]. O Ministério, como defensor da ordem jurídica e dos

⁵ Vale lembrar que o júri brasileiro adota a regra da íntima convicção dos jurados, isto é, estes decidem a sorte do réu sem a necessidade de fundamentação.

direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal. [...] Não há nenhum dispositivo legal que autorize esse chamado princípio do *in dubio pro societate*. O ônus da prova [...] é do Estado e não do investigado. Jogá-lo no banco dos réus com a alegação de que na instrução o MP provará os fatos que alegou é achincalhar com os direitos e garantias individuais, desestabilizando a ordem jurídica com sérios comprometimentos ao Estado Democrático de Direito. (RANGEL, 2007, p. 79).

E, sobre a aplicação do famigerado “princípio” na fase de pronúncia, sublinha que,

se há dúvida, é porque o Ministério Público não logrou êxito na acusação que formulou em sua denúncia, sob o aspecto da autoria e materialidade, não sendo admissível que sua falência funcional seja resolvida em desfavor do acusado, mandando-o a júri, onde o sistema que impera, lamentavelmente, é o da íntima convicção. O próprio processo judicial instaurado, por si só, já é um gravame social para o acusado, que, agora, tem a sua dúvida a seu favor e, se houve dúvida quando se ofereceu denúncia, o que, por si só, não poderia autorizá-la, não podemos perpetuar essa dúvida e querer dissipá-la em plenário, sob pena dessa dúvida autorizar uma condenação pelos jurados. (RANGEL, 2007, p. 593).

Lopes Jr. (2010, p. 281), por seu turno, discorrendo sobre a aplicação do *in dubio pro societate* na fase de pronúncia, declara que

não se pode admitir que os juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio na recepção pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar os réus, enviando-lhes para o tribunal do júri e desconsiderando o imenso

risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário. [...] insistimos em que nesse momento decisório [pronúncia] aplica-se a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

Por fim, é também digno de destaque que, ainda que timidamente, alguns tribunais estaduais vêm se insurgindo contra a ideia do *in dubio pro societate*, adotando a antitética fórmula: *in dubio pro reo*. Segue um exemplo disso: “aplicação do aforismo do *in dubio pro reo* e não do *in dubio pro societate*.” (TJ/PR RT 534/416).

Referências

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 81646/PE. Paciente: Luiz Augusto Alves de Azevedo. Impetrante: Bóris Trindade e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 5 de fevereiro de 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 9 ago. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 23898/MG. Impetrante: Breno Garcia de Oliveira Junior e outros. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 26 de agosto de 2002. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 24 fev. 2003a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 22899/SC. Impetrante: Edson Aparecido Stadler. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, 28 de junho de 2002. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 23 jun. 2003b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 21170/RS. Recorrente: Elissandro da Silva Vaz. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, 27 de abril de 2007. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 8 out. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 135724/PE. Impetrante: Célio Avelino de Andrade. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 14 de maio de 2009. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 abr. 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de processo penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de processo penal comentado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACHECO, Denilson Feitoza. Direito processual penal. Teoria crítica e práxis. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

UMA NOVA FUNÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Waltenberg Lima de Sá

Defensor Público Federal de 1ª Categoria e ex-Advogado da União

Resumo: O presente trabalho analisa uma das consequências do incremento das funções institucionais da Defensoria Pública pela Lei Complementar 132, de 07 de outubro de 2009, que torna explícita sua vocação para promover os direitos humanos. Discorre sobre a proteção dada aos refugiados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como seus reflexos no arcabouço jurídico brasileiro. Faz considerações sobre o devido processo legal para a análise da condição de refugiado dos estrangeiros que aportam no país. Constata a necessidade de assistência pela Defensoria Pública desde o início do procedimento perante a Polícia Federal, para tanto devendo obrigatoriamente ser comunicada de sua abertura.

Palavras-chave: Direitos humanos. Refugiados. Defensoria Pública. Devido processo legal. Deportação.

Abstract: This paper examines the consequences of an increase in institutional functions of the Public Defender by Complementary Law No. 132 of 7 October 2009, which makes explicit its purpose is to promote human rights. Discusses the protection afforded to refugees under international human rights and its impact in Brazilian legal. Raises questions regarding the due process for the analysis of refugee status of foreigners who arrive in the country. Notes the need for assistance by the Public Defender since the start of proceedings before the Federal Police, for that must always be notified of its opening.

Keywords: Human rights. Refugees. Public Defender. Due process. Deportation.

Introdução

O Direito Internacional dos Direitos Humanos já há algum tempo encontra terreno fértil no sistema jurídico brasileiro, mostrando-se um Estado de vanguarda na adesão aos tratados internacionais sobre a matéria e na absorção de seus preceitos pela legislação interna. No entanto, a implementação de tais tratados tem-se mostrado deficitária ante a insuficiência de instrumentos aptos a concretizá-los.

O presente artigo aborda a imprescindibilidade da assistência jurídica da Defensoria Pública aos estrangeiros irregulares. Para tanto, parte do Direito Internacional dos Refugiados como ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujos preceitos foram incorporados pela ordem jurídica brasileira no delineamento do sistema de proteção dos refugiados.

Como corolário, a normatização interna que regula a matéria sofre os influxos dos princípios plasmados no referido sistema protetivo, dentre os quais o devido processo legal, a ser necessariamente observado quando do procedimento de deportação do estrangeiro irregular, bem como naquele destinado ao reconhecimento da sua condição de refugiado.

1. O Direito Internacional dos Refugiados como ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Com o término da Segunda Guerra Mundial, sobretudo em razão do holocausto e todas as atrocidades das quais foram vítimas milhares de seres humanos em todo o planeta, os direitos humanos ascenderam no plano jurídico como forma de garantir a proteção de pessoas perseguidas em função de sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social.

Por isso, o Direito internacional dos refugiados tem sido alvo de crescente preocupação por parte dos Estados. Atualmente, pode-se dizer que se encontra bem estruturado, sendo um dos ramos do Direito Internacional Público que mais se desenvolveram nas últimas décadas¹.

Visando assegurar direitos aos refugiados condizentes com a dignidade da pessoa humana, após a 2ª Grande Guerra, a comunidade jurídica internacional

passou a editar instrumentos normativos ratificados por vários Estados, destacando-se a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967.

A definição de refugiado é trazida pela própria Convenção de 1951, que estabelece em seu art. 1º, “A”:

(...) o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa: ... que ... temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade encontra-se fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Mais adiante se adotou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (novembro de 1969), erigindo uma gama de direitos à categoria de direitos fundamentais, inerentes a todos os indivíduos por sua simples condição de ser humano.

Como expressão soberana de sua vontade e em um papel de liderança, o Estado brasileiro ratificou os instrumentos normativos acima citados e hoje é um dos países que mais têm recebido requerimentos de refúgio.

Com efeito, em 1960, foi o primeiro país do Cone Sul a ratificar a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados (Decreto-legislativo 11, de 7/7/1960, promulgado pelo Decreto 50.215, de 28/1/1961, atualizado pelo Decreto 99.757, de 3/12/1990), ratificando, posteriormente, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (Decreto 70.946, de 7/8/1972). Outrossim, em 1997 foi o primeiro país do Cone Sul a sancionar uma lei nacional de refúgio (Lei 9.474, de 22/7/1997).

No âmbito das Nações Unidas, o Alto Comissariado para os refugiados – UNHCR (Acnur em português), criado em 1951, é o órgão responsável para proteger e apoiar os refugiados de todo o mundo, por meio de repatriação voluntária, integração local e reassentamento em um terceiro país. O órgão realiza projetos de ajuda humanitária envolvendo Organizações Não Governamentais (ONG) em todo o mundo.

Atento à evolução do tema, pontifica Paulo Henrique Gonçalves Portela² que “a matéria é objeto da atenção do Direito Internacional dos Refugiados, ramo do Direito das Gentes que visa a regular a proteção de pessoas nessa situação e a estabelecer o marco legal da cooperação internacional contra o problema”.

2. O sistema de proteção dos refugiados no Brasil

Conforme já frisado, o Brasil é um dos países que mais recebem estrangeiros e que mais declaram o *status* de refugiado. Consoante dados fornecidos pela Polícia Federal³, existem 1.267.840 (um milhão, duzentos e sessenta e sete mil, oitocentos e quarenta) estrangeiros registrados no Brasil, localizados em maior quantidade nos seguintes Estados: São Paulo – 659.423, Rio de Janeiro – 268.936, Paraná – 66.040, Rio Grande do Sul – 60.807, Minas Gerais – 37.148 e Bahia – 27.088.

O Conare – Comitê Nacional para os Refugiados –, órgão da Administração Pública brasileira criado pela Lei 9.497/1997, é o responsável por receber os requerimentos e determinar se os solicitantes reúnem as condições necessárias para serem reconhecidos como refugiados. Também é de sua atribuição a coordenação de políticas assistenciais aos refugiados, bem como a aprovação ou não dos programas e orçamentos anuais do Acnur.

As Cáritas Arquidiocesanas de São Paulo e do Rio de Janeiro oferecem assistência jurídica, orientação social, cursos de português e apoio na procura de empregos e moradia, além de participar das atividades e reuniões colegiadas do Conare.

Em que pese essa posição de vanguarda do Brasil no tratamento aos estrangeiros, a assistência jurídica era ofertada de maneira oficiosa, não alcançando os alienígenas de maneira ampla e invariável, visto que prestada por instituições paraestatais de forma esporádica e pontual, sequer abrangendo todo o território nacional.

Assim, verificava-se não haver uniformidade e constância, ou seja, regularidade decorrente da adoção sistemática de um procedimento apto a viabilizar a prestação de serviço público devidamente organizado para tanto. Ademais, não eram raros os casos em que os alienígenas não recebiam qualquer assistência jurídica, visto que os procedimentos eram ultimados sem ser-lhes oportunizado o auxílio de profissional habilitado.

Dessa forma, visando garantir a efetivação dos direitos previstos nos acordos internacionais ratificados pelo Brasil, o legislador pátrio aprovou a Lei Complementar 132, de 7 de outubro de 2009, elegendo a Defensoria Pública como a instituição vocacionada para a promoção dos direitos humanos, bem como incluindo nas suas funções institucionais a difusão e a conscientização dos direitos humanos e a legitimidade para representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos⁴.

3. O devido processo legal para o reconhecimento da condição de refugiado

3.1 O arcabouço jurídico internacional

O artigo 7º, § 1º, da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, prescreve que “ressalvadas as disposições mais favoráveis previstas por esta convenção, um Estado Contratante concederá aos refugiados o regime que concede aos estrangeiros em geral”.

Mais adiante, a Convenção continua a estabelecer outros direitos aos refugiados, inclusive direitos de ordem processual, como o direito de ser tratado no mesmo patamar que um nacional e de obter assistência judiciária gratuita. É o que está previsto no artigo 16 da referida convenção, *in verbis*:

Art. 16 – Direito de Propugnar em Juízo

1. *Qualquer refugiado terá, no território dos Estados Contratantes, livre e fácil acesso aos tribunais.*
2. *No Estado Contratante em que tem sua residência habitual, qualquer refugiado gozará do mesmo tratamento que um nacional, no que concerne ao acesso aos tribunais, inclusive a assistência judiciária e isenção de cautio judicatum solvi.*
3. *Nos Estados Contratantes outros que não aquele em que tem sua residência habitual, e no que concerne às questões mencionadas no parágrafo 2, qualquer refugiado gozará do mesmo tratamento que um nacional do país no qual tem sua residência habitual.*

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, traz um extenso rol de direitos fundamentais

inerentes a todo ser humano. Várias garantias judiciais foram concedidas, cuja inteligência é perfeitamente aplicável às garantias aos refugiados, vejamos:

Artigo 8 - Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;*
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;*
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;*
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;*
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*

Como se pode observar, a ordem jurídica internacional, sensível à situação fática vivenciada por aqueles que buscam refúgio, concedeu tratamento isonômico entre eles e os estrangeiros de forma geral.

3.2 O arcabouço jurídico brasileiro

Conforme delineado acima, a proteção jurídica concedida aos estrangeiros tem evoluído no plano internacional no sentido de dar acolhida à

efetividade dos direitos humanos. No Brasil, esta proteção tem égide, sobretudo, na Constituição Federal de 1988, nos tratados internacionais ratificados pelo país e na Lei 9.474/1997.

A nossa Constituição traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). No artigo 4º elenca, dentre os princípios aplicados às relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (inciso II), a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX) e a concessão de asilo político (inciso X). O artigo 5º assegura também o contraditório e a ampla defesa em processo judicial e administrativo (inciso LV) e a prestação de assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados (inciso LXXIV).

Nesse sentido, a lição de Liliana Lyra Jubilut⁵:

Com base nesses princípios, pode-se afirmar que os alicerces da concessão do refúgio, vertente dos direitos humanos e espécie do direito de asilo são expressamente assegurados pela Constituição Federal de 1988, sendo ainda elevados à categoria de princípios de nossa ordem jurídica. (...) Dessa forma, além de obrigar o Brasil a zelar pelo respeito aos direitos humanos e a conceder asilo, assegurando mediatamente o refúgio, a Constituição Federal de 1988 estipula a igualdade de direitos entre os brasileiros e estrangeiros – incluindo-se os solicitantes de refúgio e os refugiados – do que se depreende que, salvo as exceções nele previstas, este documento coloca o ordenamento jurídico nacional, com todas as suas garantias e obrigações, à disposição dos estrangeiros que vêm buscar refúgio no Brasil. Desta feita, a Constituição Federal de 1988 traz as bases legais para a efetivação do instituto do refúgio no Brasil bem como dispõe sobre o tratamento jurídico a ser dispensado aos solicitantes de refúgio e refugiados – enquanto estrangeiros – no Brasil, mostrando-se consciente da importância do tema no atual momento da comunidade internacional.

Não é demais ressaltar que as referidas normas internacionais têm natureza jurídica de tratados de direitos humanos, revestindo-se do *status* de supralegalidade dentro da hierarquia normativa brasileira, revogando, assim, toda a legislação infraconstitucional que com elas sejam incompatíveis, como restou consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 87.585 (Informativo 531).⁶

Ademais, com a aplicação do instituto do refúgio há a transferência da responsabilidade de proteção do indivíduo de um Estado para a comunidade internacional, por meio de um de seus membros. Tal fato ocorre em função de a Organização das Nações Unidas (ONU), apesar de possuir um órgão específico para tratar do tema, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur), não contar com um território que lhe seja próprio, no qual a proteção possa ser gozada.

Não bastasse, o Brasil optou por recepcionar o instituto do refúgio não só por meio da ratificação da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, mas também pela adoção de uma lei específica: a Lei 9.474/1997, cujos termos decorreram do Programa Nacional de Direitos Humanos de 1996, o qual demonstrou claramente o desejo do governo brasileiro de se inserir na ordem internacional no que concerne à proteção da pessoa humana.

O mencionado Diploma Legal traz em seu bojo o conceito de refugiado, nos seguintes termos:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Percebe-se que a possibilidade de reconhecer um indivíduo como refugiado em função de grave e generalizada violação de direitos humanos não é consagrada pela Convenção de 1951, sendo uma inovação da lei brasileira inspirada em dois instrumentos regionais de proteção aos refugiados: a Convenção relativa aos Aspectos dos Refugiados Africanos, da Organização da Unidade Africana, de 1969, e a Declaração de Cartagena, da Organização dos Estados Americanos, de 1984. Com a inclusão deste dispositivo, a lei brasileira permite a proteção de um maior número de pessoas, ampliando seu espectro humanitário.

Desse modo, verifica-se que o Brasil, ao adotar a Lei 9.474/1997, teve como finalidade o melhor cumprimento das obrigações que lhe foram imputadas pela ratificação da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, inclusive ampliando seu âmbito de proteção, o que torna imperiosa a adoção de procedimentos internos que viabilizem seu exercício pelos destinatários, sob pena de se tornar letra morta.

Apregoa, ainda, a multicitada Lei que o refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, bem como poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado⁷, consagrando o princípio do *non-refoulement*, preceito norteador do Direito Internacional dos Refugiados, pelo qual “não se admite que o refugiado seja enviado de volta ao Estado de onde proveio e em que corre risco de perseguição ou de vida, ou seja, é a proibição de rechaço desse estrangeiro”.⁸

Portanto, é vedada a deportação do estrangeiro que manifeste interesse em receber o reconhecimento estatal de sua condição de refugiado, sobretudo quando aquela medida tenha o condão de entregá-lo ao Estado onde corra perigo de vida ou perseguição. Tal proibição de expulsão ou de *rechaço* já tinha sido consagrada na Convenção de 1951 (artigo 33):

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de forma alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que sua vida ou liberdade seja ameaçada em decorrência de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas.

2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo à segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do referido país.

Acerca do tema, assevera Paulo Henrique Gonçalves Portela⁹:

Com isso, é proibida a deportação do interessado no refúgio, mormente quando a medida possa levar a pessoa ao território de um Estado onde corra perigo, inclusive no caso de passageiros clandestinos ou irregulares, a menos que o potencial refugiado, ‘por

motivos sérios seja considerado um perigo à segurança do país no qual ele se encontra ou que, tendo sido condenado definitivamente por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do referido país’.

Saliente-se, ainda, que o artigo 10 do mesmo Diploma Legal preceitua que “a solicitação, apresentada nas condições previstas nos artigos anteriores, suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem”.

Assim, da análise de todo o arcabouço normativo, mormente do direito internacional dos refugiados encampado pelo Brasil, inegável que não só os réus em processo penal¹⁰, mas qualquer indivíduo em território alienígena, ainda que sob a condição de refugiado, possui direito à assistência judiciária gratuita, a ser fornecida pelo Estado soberano onde se encontrar, preceito este incorporado pela ordem jurídica nacional.

3.3 A necessidade de comunicar à Defensoria Pública o início do procedimento de deportação

Neste ponto, para melhor visualização do momento em que se faz necessária a intimação da Defensoria Pública para atuar na defesa daquele que pleiteia o reconhecimento de sua condição de refugiado, revela-se fundamental uma rápida análise do procedimento administrativo da deportação, uma vez que os potenciais postulantes do *status* de refugiado são, em regra, estrangeiros que estão em situação irregular no país, sujeitos, assim, à deportação.

Nas palavras de Francisco Rezek¹¹:

A deportação é uma forma de exclusão, do território nacional, daquele estrangeiro que aqui se encontra após uma entrada irregular – geralmente clandestina –, ou cuja estada tenha-se tornado irregular – quase sempre por excesso de prazo, ou por exercício de trabalho remunerado, no caso do turista.

A deportação está disciplinada na Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) e no Decreto 86.715/1981, que a regulamenta, sendo o Departamento de Polícia Federal o órgão do Poder Executivo que possui atribuição para sua efetivação.

Sobre a deportação, dispõem os arts. 57 e 58 da Lei 6.815/1980, *in verbis*:

Art. 57. Nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação.

§ 1º Será igualmente deportado o estrangeiro que infringir o disposto nos artigos 21, § 2º, 24, 37, § 2º, 98 a 101, §§ 1º ou 2º do artigo 104 ou artigo 105.

§ 2º Desde que conveniente aos interesses nacionais, a deportação far-se-á independentemente da fixação do prazo de que trata o caput deste artigo.

Art. 58. A deportação consistirá na saída compulsória do estrangeiro.

Parágrafo único. A deportação far-se-á para o país da nacionalidade ou de procedência do estrangeiro, ou para outro que consinta em recebê-lo.

Regulamentando os dispositivos legais supracitados, o Decreto 86.715/1981 delimitou o procedimento da deportação nos seguintes termos:

Art. 98 - Nos casos de entrada ou estada irregular, o estrangeiro, notificado pelo Departamento de Polícia Federal, deverá retirar-se do território nacional:

I - no prazo improrrogável de oito dias, por infração ao disposto nos artigos 18, 21, § 2º, 24, 26, § 1º, 37, § 2º, 64, 98 a 101, §§ 1º ou 2º do artigo 104 ou artigos 105 e 125, II da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980;

II - no prazo improrrogável de três dias, no caso de entrada irregular, quando não configurado o dolo.

§ 1º - Descumpridos os prazos fixados neste artigo, o Departamento de Polícia Federal promoverá a imediata deportação do estrangeiro.

§ 2º Desde que conveniente aos interesses nacionais, a deportação far-se-á independentemente da fixação dos prazos de que tratam os incisos I e II deste artigo.

Art. 99 - Ao promover a deportação, o Departamento de Polícia Federal lavrará termo, encaminhando cópia ao Departamento Federal de Justiça.

Verifica-se dos dispositivos legais e regulamentares acima transcritos a total ausência de balizas procedimentais que proporcionem uma sistemática prestação de assistência jurídica àqueles que ingressam irregularmente no país, malferindo, assim, o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, assegurado pela Carta da República em seu art. 5º, LV, bem como violando preceitos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967.

Pode-se facilmente depreender que, sem a devida assistência, o estrangeiro muitas vezes sequer saberá quais requerimentos poderá formular perante as autoridades locais, já que, após ser notificado, terá no máximo apenas três dias para sair do país (a situação daquele que aporta clandestinamente no Brasil para pedir refúgio enquadra-se no inc. II do art. 98 do Dec. 86.715/1981), ao término do qual será retirado compulsoriamente pela Polícia Federal, podendo até mesmo ser deportado imediatamente, nos termos do § 2º acima transcrito.

Dessa forma, é imperiosa a necessidade de que em todos os procedimentos administrativos decorrentes da entrada irregular de estrangeiro no Brasil seja cientificado o órgão nacional oficialmente responsável pela prestação de assistência jurídica, sob pena de se fazer tábula rasa do direito de petição de refúgio (Lei 9.474/1997, art. 7º), assim como de todos os direitos assegurados na legislação aqui delimitada.

Como é cediço, no âmbito do Estado brasileiro, a Defensoria Pública é órgão constitucionalmente destinado a prestar o serviço público essencial de assistência jurídica integral e gratuita, de forma permanente, nos termos do art. 134 da Constituição Federal.

Apesar de sua recente implementação, a Defensoria Pública tem importância crescente no resguardo ao contraditório e à ampla defesa, exemplo disso foi a edição da Lei 11.449/2007, que alterou a dicção do art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, para os seguintes termos:

Art. 306, § 1º - Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Com essa nova sistemática, a Defensoria Pública passou a atuar na defesa do indiciado desde a sua apresentação em estabelecimento policial ou penitenciário. Desde o início do inquérito policial a Defensoria Pública já é intimada a patrocinar sua defesa.

Ressalte-se que não só o hipossuficiente econômico faz jus à assistência da Defensoria Pública, mas também o hipossuficiente jurídico, a exemplo do que acontece na curadoria especial e na defesa dativa em processo criminal, onde o resguardo da ampla defesa e contraditório por si só justificam o patrocínio do Defensor Público.

Assim, quando um estrangeiro em situação irregular é encontrado pela Polícia Federal, poderá requerer junto ao Conare o pedido de refúgio em processo administrativo (Lei 9.474/97, art. 7º). Todavia, muitas vezes, esse pedido sequer chega a ser formulado devido à falta de conhecimento.

Com efeito, a única forma de harmonizar o procedimento administrativo sumário da deportação com o direito do estrangeiro de pedir refúgio ao Brasil é efetivar-se a intimação da Defensoria Pública da União tão logo um estrangeiro em situação irregular seja detido pela Polícia Federal.

A regular intimação da Defensoria Pública da União, nesse caso, é necessária para assegurar a efetividade de todos os direitos elencados pelas normas internacionais devidamente ratificadas pelo Brasil, dos quais, vale repisar, o direito de ser tratado juridicamente como um nacional, o que engloba a defesa em processo judicial e administrativo executada por um Defensor disponibilizado pelo Estado, caso ele mesmo não constitua advogado.

Importante frisar que esses direitos não se restringem aos processos judiciais, repercutindo também em processos administrativos. O pedido de refúgio junto ao Conare e o acompanhamento do processo administrativo em sede da Polícia Federal também são alcançados por essa proteção.

Todavia, verifica-se que no cotidiano tal expediente ainda não é regularmente adotado ante a falta de obrigatoriedade explícita em norma específica do procedimento de deportação, o que inegavelmente pode levar à supressão dos direitos dos alienígenas.

Não obstante, basta que se interprete o procedimento de acordo com os preceitos constitucionais e supralegais para restar inafastável a obrigatoriedade da comunicação ao órgão estatal de defesa desde a apresentação do estrangeiro à Polícia Federal.

Ora, obrigar-se perante a ordem internacional, bem como franquear a assistência jurídica aos estrangeiros irregulares em solo brasileiro, de nada adiantaria sem que a Defensoria Pública fosse intimada para conhecimento dos fatos, mesmo que o alienígena não tome a iniciativa de requerê-lo, pois não é incomum que desconheça a disponibilidade de tal serviço.

Conclusão

Como forma de instrumentalizar a concretização dos direitos humanos, a Lei Complementar 132, de 07 de outubro de 2009, atribui à Defensoria Pública a missão institucional de promovê-los, o que constitui um avanço do Estado brasileiro na busca do adimplemento das obrigações assumidas perante a comunidade internacional, a exemplo do respeito ao devido processo legal aos que pretendem o reconhecimento da condição de refugiados.

A legislação de regência do procedimento de deportação, que prevê a sumária retirada do estrangeiro irregular do território nacional, deve passar por um processo de filtragem constitucional e ser interpretada em conjunto com o arcabouço jurídico que rege o instituto do refúgio.

Assim, à luz do que foi delineado, com fulcro nas normas internacionais ratificadas pelo Brasil e na própria legislação nacional, conclui-se ser imperiosa a intimação da Defensoria Pública da União, em todo país, para atuar na defesa dos estrangeiros, desde a sua apresentação à Polícia Federal.

Notas

¹ Para Paulo Henrique Gonçalves Portela in: *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodivm, 2009, pp. 733-734: Um dos problemas que preocupam a sociedade internacional é a frequência com que pessoas, individualmente ou em grupo, abandonam o local onde vivem em decorrência de conflitos armados, desastres naturais ou perseguições de caráter político, ideológico ou religioso e se dirigem a outro Estado com o objetivo de ali encontrar a devida proteção. Tais pessoas normalmente são conhecidas como *refugiados* e necessitam de atenção especial, fazendo jus a normas peculiares de proteção enquanto permanecerem no território do ente estatal para onde se deslocaram.

² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 734.

³ Ofício 206/2008 DELEMIG/SR/DPF/BA.

⁴ Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;

(...)

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos;

(...)

XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas;

⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, pp. 181-182.

⁶ Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expandido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento. (HC 87585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008).

⁷ Art. 5º: O refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública.

(...)

Art. 7º: O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível. Bem como que em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

⁸ DELL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.396.

⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 735.

¹⁰ Atento à referida peculiaridade, na sessão plenária do dia 22 de outubro 2009, o Min. Celso de Melo chamou a atenção para a importância do tema: *O Min. Celso de Mello salientou, quanto ao art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que tal questão certamente deverá ser considerada por esta Corte em casos futuros se e quando ocorrer transgressão a essa norma de vital importância, a qual consubstancia uma prerrogativa que compõe hoje o universo conceitual dos direitos básicos da pessoa humana. Afirmou ter a impressão de que, em diversos procedimentos penais instaurados no Brasil contra súditos estrangeiros, as autoridades brasileiras não têm tido a percepção de que há uma obrigação imposta em tratado internacional multilateral, subscrito pelo Brasil e incorporado ao plano do direito positivo interno. Concluiu tratar-se, portanto, de uma matéria da qual o Tribunal deve se ocupar, especialmente no contexto da garantia do devido processo e da observância de direitos básicos que assistem a qualquer pessoa e, em particular, aos estrangeiros quando efetivada a sua prisão por autoridades brasileiras. (Ext-1126, Inf. STF 564, 19 a 23/10/2009).*

¹¹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 195.

Bibliografia

DELL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Juspodivm, 2009.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ASPECTOS CONTROVERSOS DOS BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS

Eduardo Amin Menezes Hassan
Defensor Público Federal
Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia

Sumário: 1 Introdução. 2 Assistência Social como Direito Fundamental de Segunda Dimensão. 3 As Espécies de Benefícios Assistenciais. 3.1 Benefício de Prestação Continuada. 3.1.2 O Benefício de Prestação Continuada para o Deficiente Físico. 3.1.3 O Benefício de Prestação Continuada para o Idoso. 3.1.4 O Critério Objetivo da Renda *per capita* de ¼ do Salário-Mínimo. 3.1.5 O Benefício de Prestação Continuada para o Estrangeiro. 3.2 Benefícios Eventuais. 3.3 O Benefício de Transferência de Renda. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Este estudo vislumbra a necessidade de se discutir as polêmicas referentes aos benefícios assistenciais, no que diz respeito aos requisitos para concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC) e sua jurisprudência, à falta de implantação dos benefícios eventuais pelos Municípios, bem como a alguns problemas referentes ao Bolsa Família.

Para tanto, enfoca-se, sucintamente, o conceito dos benefícios assistenciais, suas características e alguns aspectos controversos de cada espécie. Entretanto, o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, mas o objetivo de contribuir para a discussão da assistência social como “conjunto de ações do Estado destinadas a garantir a dignidade da pessoa humana a partir dos valores da liberdade, da igualdade de chances e da solidariedade gerenciada.”¹

¹ TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1138.

Nesse contexto, os direitos fundamentais são de importância singular para a consagração de uma sociedade baseada no Estado de Direito. Já a seguridade social, através do pilar da assistência social, é um dos meios utilizados pelo Estado para que determinadas pessoas tenham o mínimo de dignidade, sendo o BPC responsável por tirar mais de três milhões de pessoas da miséria.²

Aliás, a assistência social forma o tripé da seguridade social juntamente à saúde e à previdência social, consagradas pelo art. 6º da Constituição Federal como direitos sociais e dentro do título II “Dos direitos e garantias fundamentais”.³ Destarte, cumpre-nos a obrigação de tecer alguns comentários sobre a assistência social como direito fundamental de segunda dimensão.

2 Assistência Social como Direito Fundamental de Segunda Dimensão

Os direitos fundamentais podem ser de primeira, segunda ou terceira dimensão – nesse momento, faz-se alusão ao lema da Revolução Francesa: *Liberté, Fraternité, Égalité* –, sendo que alguns doutrinadores falam em quarta e, até, quinta dimensão. Neste trabalho, restringiremo-nos à análise do direito de segunda dimensão, que exige uma obrigação de fazer do Estado em prol da sociedade. Mais especificamente, trataremos dos benefícios assistenciais como política social para hipossuficientes.

Inicialmente, cabe ressaltar que o Estado Social (*Welfare State*) surge após a deflagração de duas guerras mundiais, nas quais a população, como um todo,

² Segundo informações no *site* do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, em 2010, serão mais de três milhões de beneficiários do BPC, com um investimento aproximado de R\$ 20,1 bilhões. (BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Benefício de prestação continuada**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais/bpc>>. Acesso em: 22 out. 2010a).

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

suportou uma extrema necessidade de amparo, de subsistência, razão que levou o Estado a passar a fazer algo em seu proveito, não bastando apenas o respeito aos limites individuais. A partir desse contexto, os direitos sociais surgem e se exige uma ação positiva do Estado em favor dos cidadãos, prestando-se serviços públicos como assistência social, previdência, saúde, lazer, educação, oferecimento de emprego etc.

Por sua vez, os direitos de segunda geração, ou segunda dimensão, tiveram sua ascensão no século XX e constituem os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, além de serem direitos objetivos, pois conduzem os indivíduos sem condições de ascender aos conteúdos dos direitos, através de mecanismos e da intervenção do Estado. Além disso, pedem a igualdade material, através da intervenção positiva do Estado, para a sua concretização, e vinculam-se às chamadas “liberdades positivas”, exigindo uma conduta positiva do Estado pela busca do bem-estar social.

Assim, esses direitos são muito importantes como meio para alcançar a justiça social. Segundo Sarlet,

a utilização da expressão ‘social’ encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma classificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas [...].⁴

Nesse sentido, após a Revolução Industrial, o Estado passou a gerenciar de forma organizada as manifestações referentes à fraternidade e começou a intervir na sociedade para atender a demandas na área social. Observe o que afirma Tavares sobre o assunto:

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2010.

Os poderes públicos deixaram, então, a postura meramente absenteísta de não interferência na autonomia privada para passar a gerenciar a garantia de condições mínimas de vida digna às pessoas na sociedade, criando mecanismos de fraternidade compulsória na prevenção de infortúnios.⁵

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, previu a assistência social como direito social em seu art. 6º, bem como nos arts. 203 e 204, dos quais se infere que a assistência social deve proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência, a velhice e os portadores de deficiência, desde que necessitem.⁶

A assistência social é uma política social que tem por objetivo garantir a dignidade da pessoa humana através de prestações. Essa dignidade, segundo Sarlet, consiste na

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os seres humanos.⁷

Assim, percebe-se que ela é de extrema importância na proteção da dignidade da pessoa, tendo como objetivo, em resumo, combater à pobreza e, para tanto, utiliza-se de pequenos benefícios e serviços.

5 TAVARES, 2008, p. 1123.

6 BRASIL, 1988.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2006. p. 60.

3 As Espécies de Benefícios Assistenciais

Os benefícios assistenciais são, hoje, de três espécies: o BPC, os benefícios eventuais e os benefícios de transferência de renda. Como é da essência da assistência social, para ter direito a esses benefícios, a pessoa deve demonstrar a necessidade, observando-se o requisito de cada benefício. Dessa forma, não há necessidade de contribuição do necessitado, o que seria um contrassenso na política de assistência social.

3.1 Benefício de Prestação Continuada

A Lei nº 6.179/74 instituiu a renda mensal vitalícia, que era concedida aos idosos maiores de 70 anos ou inválidos, que não exercessem atividade remunerada ou não possuíssem rendimento mensal maior que 60% de um salário-mínimo, bem como não possuíssem meio.⁸ Em suma, tratava-se do “amparo social”.

Após 14 anos, a Constituição Federal, no seu art. 203, V, afirma:

Art. 203 – A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.⁹

No entanto, a regulamentação só vem cinco anos após a promulgação da Constituição, através da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) – Lei

8 BRASIL. Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974. Institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 dez. 1974.

9 Id., 1988.

nº 8.742/93¹⁰ –, que prevê o BPC e extingue a renda mensal vitalícia, que era considerada o benefício previsto no dispositivo constitucional anteriormente descrito. Especificamente, em seu art. 20, a lei estabelece que o BPC é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 anos ou mais que comprovarem não possuir meios de prover o próprio sustento nem tê-lo provido por sua família; essa idade foi alterada pelo Estatuto do Idoso para 65 anos (art. 34 c/c art. 118 da Lei nº 10.741/03¹¹).

O BPC é concedido e administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em virtude de essa autarquia possuir um rede de agências, com estruturas humana e física mais adequadas para esse mister. Trata-se, portanto, de observância ao princípio da eficiência administrativa, conforme preceitua Ibrahim:

A concessão é feita pelo INSS devido a preceitos práticos – se o INSS já possui estrutura própria espalhada por todo o país, em condição de atender à clientela assistida, não haveria necessidade da manutenção em paralelo de outra estrutura.¹²

Cabe ressaltar que a previdência social e a assistência social não mais integram a mesma estrutura ministerial, sendo, atualmente, a assistência social coordenada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), criado pela Lei nº 10.683/03.¹³

10 Id. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 dez. 1993.

11 Id. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 out. 2003a.

12 IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 16.

13 BRASIL. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 maio 2003b.

3.1.2 O Benefício de Prestação Continuada para o deficiente

Como inferido anteriormente, o BPC foi instituído com a finalidade de amparar a pessoa portadora de deficiência ou idosa que demonstre hipossuficiência econômica, de modo que não possa prover a sua subsistência ou tê-la provida pelo núcleo familiar. Nesse diapasão, apresentam-se, no texto constitucional, apenas dois requisitos para a concessão do benefício assistencial ao deficiente, quais sejam: ser a pessoa portadora de deficiência e não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, restando o BPC regulado na forma do art. 20 da LOAS, *in verbis*:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa **portadora de deficiência** e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem **não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família**.

[...]

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, **a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho**.¹⁴

No que diz respeito ao requisito da incapacidade para o trabalho e para a vida independente, a jurisprudência, em boa medida, tem conferido interpretação mais ampla do que a total incapacidade para as atividades da vida cotidiana. A verdadeira finalidade da norma inscrita no art. 20 da lei retromencionada está baseada na responsabilidade social e na preservação da dignidade humana, impedindo a redução, até a indigência, de indivíduos que, além da própria carência econômica, veem-se submetidos a uma vida limitada devido à sua condição física ou mental, acarretando a impossibilidade de prover a própria subsistência.

Outrossim, a Advocacia Geral da União, consolidando o entendimento aqui defendido, em 9 de junho de 2008, editou a Súmula nº 30, de caráter obrigatório

14 Id., 1993, grifo nosso.

a todos os órgãos jurídicos de representação judicial da União, no sentido da concessão do benefício assistencial quando a parte apresenta incapacidade para o trabalho, conforme abaixo transcrito:

A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.¹⁵

No mesmo sentido é a Súmula nº 29 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais:

Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.¹⁶

Aliás, a própria Constituição Federal, ao assegurar a assistência aos deficientes no inciso V do art. 203, não faz ressalva de ser tal incapacidade tanto relativa ao trabalho quanto aos atos da vida diária.¹⁷

Observe-se, ainda, o julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que é ainda mais enfático:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2º DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA

15 BRASIL. Advocacia Geral da União. Súmula nº 30, de 9 de junho de 2008. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jun. 2008a.

16 Id. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Súmula nº 29, de 12 de dezembro de 2005. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 13 fev. 2006. p. 1043.

17 Id., 1988.

A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. I – A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados frequentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família – tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente. II – O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo – o que não parece ser o intuito do legislador. III – Recurso desprovido.¹⁸

Destarte, percebe-se que o mais justo é que o pretense assistido não seja de todo inválido, isto é, não é necessário que a pessoa não tenha o mínimo de condições para realizar atos comuns da vida cotidiana, como tomar banho sem ajuda de um terceiro ou levar o alimento a própria boca, mas é preciso analisar se ela não possui condições de prover o seu próprio sustento. Caso contrário, apenas pouquíssimas pessoas teriam direito ao benefício, o que contraria o objetivo do constituinte originário.

3.1.3 O Benefício de Prestação Continuada para o idoso

Consoante prescreve o art. 203, *caput*, da Constituição Federal, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social. Dessa forma, os benefícios de caráter assistencial

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 360202/AL. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Recorrido: José Paulo Oliveira dos Santos. Relator: Gilson Dipp. Brasília, 22 de outubro de 2001. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 1º jul. 2002.

têm natureza não contributiva, possuindo, entre os seus objetivos, a proteção à pessoa idosa, mediante o pagamento de um salário-mínimo:

Art. 203 – A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V – a **garantia de um salário mínimo de benefício mensal** à pessoa portadora de deficiência e **ao idoso** que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.¹⁹

Desse modo, o direito dos idosos necessitados de serem amparados pelo Estado por meio da assistência social restou elevado à categoria de direito fundamental social, formal e materialmente.

Nesse mesmo sentido, veio à tona a LOAS, mais precisamente seu art. 20, *ex vi*:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.²⁰

De acordo com o diploma legal e para fins do benefício, idoso é aquele que tem idade igual ou superior a 70 anos. Essa idade, todavia, foi reduzida para 65 anos com o surgimento do Estatuto do Idoso, em seu art. 34:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.²¹

19 Id., 1988, grifo nosso.

20 BRASIL, 1993.

21 Id., 2003a.

Além disso, o BPC pode ser pago a mais de uma pessoa na mesma família, porém observe-se o que afirma o parágrafo único do artigo supracitado: “o benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.”²² O que se vê é um equívoco do legislador, porque, ao fazer referência ao *caput*, restringiu-se ao BPC. Nesse sentido, imagine uma situação em que há um casal de idosos e um deles é aposentado com um salário-mínimo; pela leitura da lei, esse valor da aposentadoria seria contado para averiguar a renda mínima exigida, o que acabaria em indeferimento.

Segundo Ibrahim,

tal diferenciação de tratamento não se justifica. Ainda que a extensão de direitos sociais deva ser feita com muita cautela, até mesmo em razão do Princípio da Reserva do Possível – haja vista a escassez de recursos financeiros – tamanha discriminação é insustentável.²³

Portanto, não há sentido para se interpretar tal norma ao pé da letra, devendo a interpretação ser feita por analogia e com, no mínimo, a observância ao postulado da razoabilidade. No mesmo sentido entende a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais:

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI Nº. 10.741/2003). APLICAÇÃO ANALÓGICA A BENEFÍCIO DE IDOSO. **BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE VALOR MÍNIMO RECEBIDO POR IDOSO DO GRUPO FAMILIAR. EXCLUSÃO DA RENDA DO GRUPO FAMILIAR PARA FINS DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL.**²⁴

22 Ibid.

23 IBRAHIM, 2009, p. 18.

24 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Pedido nº 200770510079127. Pedido de uniformização de interpretação de lei federal. Relatora: Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann. **Diário de Justiça da**

Ademais, deve-se lembrar de que o BPC é intransferível e extingue-se com a morte do beneficiário. Destarte, não pode a viúva de um beneficiário requerer a sucessão do benefício como se fosse pensão por morte. Entretanto, nada impede que, caso se encaixe no perfil, requeira o benefício para si.

3.1.4 O critério objetivo da renda *per capita* de ¼ do salário-mínimo

ALOAS, em seu art. 20, § 3º, conceituou como carentes apenas as famílias cuja renda familiar *per capita* não seja superior a ¼ do salário-mínimo nacional, o que, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF) é constitucional, conforme o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232/DF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.²⁵

Contudo, até mesmo o STF tem caminhado em sentido contrário ao da decisão supradescrita, sendo o que se pode inferir da decisão do Ministro Gilmar Mendes:

[...] O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de 1/4 do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade

União, Brasília, DF, 5 abr. 2010b. Grifo nosso.

25 Id. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Relator para acórdão: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 24 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jun. 2001a.

do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição. [...] A meu ver, toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. [...] (Lei 8.742/93, Art. 20, § 3º: Benefício Assistencial e Critérios para Concessão (Transcrições)).²⁶

Além disso, embora o dispositivo tenha sido julgado constitucional, esse conceito foi superado nos termos da Lei nº 9.533/97:

Art. 1º – Fica autorizado o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a programas de garantia de renda mínima instituídos por Municípios que não disponham de recursos financeiros suficientes para financiar integralmente a sua implementação.

[...]

Art. 5º – Observadas as condições definidas nos arts. 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente:

I – **renda familiar per capita inferior a meio salário mínimo.**²⁷

Portanto, como se pode observar, o legislador atribuiu critérios distintos para caracterizar a carência: de acordo com a LOAS, é carente o deficiente físico ou idoso cuja renda familiar *per capita* não seja superior a ¼ do salário-mínimo; em contrapartida, segundo a Lei nº 9.533/97, o conceito diz respeito aos que convivem em entidade familiar com renda inferior a ½ salário-mínimo.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4374/PE. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Reclamado: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco. Interessado: José Severino do Nascimento. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22 de maio de 2006. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 9 maio 2008b.

27 Id. Lei nº 9.533, de 10 de dezembro de 1997. Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 dez. 1997. Grifo nosso.

Se não bastasse, a recente Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, que criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação, afirma a mesma coisa. Tal medida política, inserida no programa Fome Zero, visa a atender as camadas mais necessitadas da população, sendo que, ao defini-las, o legislador instituiu, também, a renda como fator de diferenciação; novamente, o critério estabelecido foi o de ½ salário-mínimo mensal *per capita*. Leia-se:

Art. 1º Fica criado o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA, vinculado às ações dirigidas ao combate à fome e à promoção da segurança alimentar e nutricional.

Art. 2º [...]

§ 2º Os benefícios do PNAA serão concedidos na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal per capita inferior a meio salário mínimo.²⁸

Observe-se que há critérios díspares utilizados pelo legislador, o que, na verdade, implica revogação do critério anterior, conforme se infere do julgado do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região a seguir:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA EXCLUSIVA DO INSS. SÍNDROME DE DOWN. **RENDA FAMILIAR MENSAL PER CAPITA SUPERIOR A ¼ E INFERIOR A ½ SALÁRIO MÍNIMO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PERCENTUAL ALTERADO POR LEGISLAÇÕES POSTERIORES.** PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA.²⁹

Ademais, negar ao idoso o benefício assistencial por ter renda mensal pouco maior que ¼ do salário-mínimo equivale a deixar de prestar o dever de

28 BRASIL. Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003. Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jun. 2003c.

29 Id. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC nº 200138000437327. Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli. **e-DJF1**, Brasília, 26 jan. 2009. p. 34, grifo nosso.

assistência constitucional. Com efeito, não se trata de privilegiar o enriquecimento ilícito e sem causa, mas de fazer justiça, conferindo ao pretense assistido o que lhe é de direito, tentando, destarte, diminuir a desigualdade econômica.

A Súmula nº 11 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, que foi cancelada em 24/04/2006 devido à intransigência do STF em não mitigar a decisão quanto à constitucionalidade do requisito objetivo de renda *per capita*,³⁰ demonstra uma forma mais sensata de se julgar:

A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.³¹

Entendemos, ainda, que um critério objetivo previsto em lei é bastante falho, tendo em vista que o legislador não pode prever tudo. Sendo assim, somos pela análise caso a caso da miserabilidade, que pode ser provada por diversos meios outros e não exclusivamente pela renda mensal *per capita*, sendo, inclusive, um direito de o pretense assistido provar de outra forma a sua miserabilidade, no mesmo sentido julgado pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais:

TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. MISERABILIDADE. AFERIÇÃO. NÃO EXCLUSIVIDADE DO CRITÉRIO OBJETIVO – § 3º DO ART. 20 DA LEI Nº 8.742/93. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO PROVIDO. [...] E não se cuida de mera faculdade do julgador, mas de direito do autor à produção de provas que demonstrem a sua miserabilidade, quando superada renda mensal per capita de

30 IBRAHIM, 2009.

31 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Súmula nº 11, de 27 de novembro de 2003. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 14 abr. 2004a.

¼ do salário mínimo. [...].³²

Cabe ressaltar que o STJ também tem julgados afirmando não ser a renda *per capita* única forma de se provar a miserabilidade.³³ Assim, entendemos que não se deve mais utilizar somente o critério objetivo de renda *per capita* para aferir a miserabilidade e, quando for utilizado esse critério, deve-se usar ½ salário-mínimo e não ¼, tendo em vista a revogação desse requisito por lei posterior.

3.1.5 O benefício de prestação continuada para o estrangeiro

Indaga-se se o estrangeiro residente no Brasil teria direito ao BPC; existem argumentos prós e contras. Primeiramente, trataremos dos argumentos que são contra o deferimento do benefício aos estrangeiros e, depois, dos argumentos favoráveis.

O art. 1º da LOAS afirma que a assistência social é direito do cidadão e dever do Estado;³⁴ como direito do cidadão, só abarca os nacionais, tendo em vista que o conceito de cidadão está intimamente ligado à nação. Logo, o estrangeiro não teria direito a ela, por não ser cidadão.

Outro argumento nesse sentido é o art. 7º do Decreto nº 6.214/07, que afirma: “O brasileiro naturalizado, domiciliado no Brasil, idoso ou com deficiência

32 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Pedido nº 200770540008135. Pedido de uniformização de interpretação de lei federal. Relator: Juiz Federal Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 5 maio 2010c.

33 “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. *POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO*. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1112557/MG. Recorrente: Y. G. P. S. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 29 de abril de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 11 mar. 2010d).

34 Id., 1993.

[...] é também beneficiário do Benefício de Prestação Continuada.”³⁵ Ao fazer uma interpretação a contrário senso, o estrangeiro não teria direito ao benefício, pois o referido dispositivo acresce o brasileiro naturalizado – que não é considerado estrangeiro – aos possíveis beneficiários.

E se esse estrangeiro fosse de país do Mercosul? Além dos dispositivos já citados, o art. 2º do Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul (Decreto Legislativo nº 451/01) afirma que “os direitos à Seguridade Social serão reconhecidos aos trabalhadores que prestem ou tenham prestado serviços em quaisquer dos Estados Partes [...]”³⁶ Destarte, ao afirmar que os direitos à seguridade social são reconhecidos aos trabalhadores, o citado Acordo exclui os pretensos beneficiários de assistência social, tendo em vista que os trabalhadores são obrigatoriamente segurados da Previdência Social.

Entretanto, ao observarmos o que está previsto na Constituição Federal, no art. 203, inciso V,³⁷ verifica-se que o dispositivo constitucional não faz restrição quanto à pessoa que será assistida, ao afirmar que “será prestada a quem dela necessitar”. Logo, não pode o legislador restringir quando o constituinte originário não o fez; isso feriria o objetivo da Constituição. Dessa forma, entendemos que o BPC pode ser deferido, também, para o estrangeiro residente no país.

Além disso, os argumentos utilizados contra o deferimento do BPC ao estrangeiro são todos infraconstitucionais. Dessa forma, pelo princípio da hierarquia das leis, o dispositivo constitucional tem mais valor do que todos os outros supracitados. Ademais, a assistência social é direito fundamental social

35 BRASIL. Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 2007.

36 Id. Decreto Legislativo nº 451, de 16 de novembro de 2001. Aprova o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 nov. 2001b. Grifo nosso.

37 Id., 1988.

devido a todos, sejam brasileiros ou estrangeiros aqui residentes, sendo também meio para se concretizar os mínimos existenciais e se alcançar a dignidade do pretense beneficiário. Nessa linha, observe-se o julgado que enfrentou o tema do TRF da 4ª Região:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RESIDENTE NO PAÍS. IRRELEVÂNCIA DA NACIONALIDADE. O benefício assistencial da Lei nº 8.742, de 1993, é devido não apenas a brasileiros, mas aos residentes no país, sendo irrelevante a nacionalidade.³⁸

Por sua vez, ao ler a jurisprudência a seguir, percebe-se que não foi reconhecido ao estrangeiro o direito ao BPC por falta de outros requisitos, mas não pela sua nacionalidade:

DIREITO ASSISTENCIAL. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CF/88. MATÉRIA PRELIMINAR. CONDIÇÃO DE POBREZA NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CONCESSÃO DO AMPARO. [...] A *condição de estrangeiro não impede a concessão de benefício previdenciário de prestação continuada*, pois, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal é assegurado ao estrangeiro, residente no país, o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional [...].³⁹

Diante do exposto, entendemos que os argumentos a favor do deferimento do BPC ao estrangeiro são mais fortes do que os contra, sendo devido ao estrangeiro residente no país, desde que observados os outros requisitos, o referido benefício.

38 Id. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Reexame Necessário Cível nº 2005.70.01.005335-9. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. **Diário Eletrônico**, Brasília, DF, 7 jan. 2008c.

39 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. ApelReex nº 200461040065711. Relatora: Desembargadora Federal Therezinha Cazerta. **Diário Eletrônico**, Brasília, DF, 12 jan. 2010e.

3.2 Benefícios Eventuais

Os benefícios eventuais são os que visam ao pagamento de auxílio-natalidade ou auxílio-funeral às famílias com renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário-mínimo, bem como dos benefícios subsidiários, em valor até 25% do salário-mínimo para cada criança até seis anos de idade.

O art. 22 da LOAS trata desses benefícios, que terão a concessão e o valor regulamentados pelos Conselhos de Assistência Social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante critérios e prazos definidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social.⁴⁰ Nesse contexto, os Municípios brasileiros são responsáveis pela prestação dos benefícios eventuais e os Estados devem destinar recursos financeiros a eles a título de participação no custeio do pagamento dos auxílios-natalidade e funeral. Todavia, o que percebemos é que muitos Municípios não implementam esses benefícios.

Os dados de 2009 do Levantamento Nacional sobre os Benefícios Eventuais⁴¹ mostraram que, dos 4.174 Municípios que responderam ao questionário, 1.228 afirmaram que regulamentaram esses benefícios segundo os parâmetros legais vigentes; assim, sendo que existem 5.564 Municípios no Brasil, pouco mais de 1/5 regulamentou os benefícios eventuais.

O maior problema quanto a esses benefícios é exatamente a falta de regulamentação pelos Municípios, sendo preciso que a população cobre dos vereadores e prefeitos uma atitude em relação a isso.

40 Id., 1993

41 <http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/pecaspublicitarias/assistencia-social/beneficios-eventuais-do-sua>

3.3 O Benefício de Transferência de Renda

Com o objetivo de combater a pobreza, existe o benefício de transferência de renda, hoje reunido no Bolsa Família. Esse benefício não substitui a renda, como é o caso do BPC, mas tem o objetivo de retirar as pessoas da camada de extrema pobreza e fornecer o mínimo para que se possa comer, vestir e, a partir daí, inserir-se no mercado de trabalho.

Uma das críticas mais ferrenhas contra essa política é o fato de muitas pessoas manterem-se no mercado informal para continuar recebendo o Bolsa Família, juntamente ao seu salário. Em virtude da miopia social, a pessoa não percebe que, ao ingressar no mercado formal de trabalho, ela passa a contribuir com a Previdência Social, a ter direitos como auxílio-doença e a contribuir para uma futura aposentadoria.

No âmbito deste benefício, o art. 1º da Lei nº 10.836/04 afirma que fica criado o Bolsa Família, destinado à ação de transferência de renda com condicionalidades, sendo quatro os benefícios: básico, variável, variável vinculado ao adolescente e variável de caráter extraordinário, os quais possuem os seguintes requisitos e valores:

- a) básico: renda per capita de até R\$ 70,00, dando o direito a R\$ 68,00;
- b) variável: renda per capita de até R\$ 140,00 e crianças e adolescentes até 15 anos, dando o direito a R\$ 22,00 até o máximo de três benefícios;
- c) variável vinculado ao adolescente: renda per capita de até R\$140,00 e adolescentes de 16 e 17 anos na escola, dando o direito a R\$ 33,00 até o máximo de dois benefícios;
- d) variável de caráter extraordinário: calculado caso a caso.⁴²

42 BRASIL. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 jan. 2004b.

As condicionalidades são saúde, educação e assistência social aos beneficiários e, para continuar a receber o benefício, os pais precisam provar que estão cumprindo as condições; trata-se de uma forma de analisar o restante das políticas sociais, como a saúde e a educação.

Essas condicionalidades, aliás, ajudam as pessoas carentes a cobrar de seus filhos a presença em sala de aula, bem como a vacinar os menores e reverter a renda do Bolsa Família em prol dos seus filhos, alimentando-os e vestindo-os.

Por fim, ressalta-se que, embora existam muitas críticas ao benefício, é preciso reconhecer que esse programa beneficiou mais de 12.648.890 famílias até junho de 2010⁴³ e, dessa forma, tirou milhares de pessoas da extrema pobreza.

4 Conclusão

O direito à assistência social é direito fundamental social e requer um agir do Estado para se garantir o mínimo de dignidade ao cidadão de baixa renda ou que vive na miséria. Trata-se de garantir a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, corolário básico dos direitos humanos. Nesse sentido, observem-se as palavras de Tavares:

Em relação ao direito à assistência social, os direitos humanos manifestam-se através do conceito de mínimo existencial – ou mínimo social – e envolvem o conjunto de ações do Estado destinadas a garantir a dignidade da pessoa humana a partir dos valores da liberdade, da igualdade de chances e da solidariedade gerenciada. O conteúdo do mínimo existencial resguarda a natureza de direitos humanos das prestações assistenciais positivas do Estado caráter preexistente,

43 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Bolsa Família**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>>. Acesso em: 25 out. 2010f.

inalienável e universal, e é devido a todos os homens que se encontrem em situação de necessidade.⁴⁴

Sendo assim, entendemos que deve haver uma nova forma de se aferir a miserabilidade, não sendo o requisito objetivo de renda *per capita* suficiente para esse *mister*, o que pode ser feito através de lei que coadune com a Constituição Federal e os princípios de direitos fundamentais. Ademais, quanto aos juízes e tribunais, estes devem analisar caso a caso ao decidir se concederão ou não o BPC, para não incorrer em erro e causar injustiças às pessoas carentes que necessitam do benefício.

No que se refere aos benefícios eventuais – auxílio-natalidade e auxílio-funeral –, é preciso cobrar dos vereadores e prefeitos para que eles sejam criados, nos termos da LOAS, tendo em vista que milhões de brasileiros estão carentes desses benefícios, que são de direito deles e dever do Estado. Por fim, quanto ao Bolsa Família como benefício de transferência de renda, deve-se observar que ele é um meio para tirar milhões de pessoas da miséria e incluí-las no mercado formal de trabalho, não sendo um fim em si mesmo.

Destarte, ao analisar os aspectos controversos dos benefícios assistenciais, percebe-se que muito se cumprem as leis e pouco se cumpre a Constituição, sendo necessário que os legisladores e operadores do direito tenham mais sensibilidade quando se tratar desse tema, porque, quando se trata de assistência social, está-se tratando de direito fundamental social e dignidade da pessoa humana.

Finalmente, caso tenhamos despertado o interesse para o estudo do assunto e contribuído para a percepção e problematização dos aspectos controversos dos benefícios assistenciais, damos por alcançado nosso objetivo neste artigo.

44 TAVARES, 2008, p. 1138.

Referências

BRASIL. Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974. Institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 dez. 1974.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 dez. 1993.

_____. Lei nº 9.533, de 10 de dezembro de 1997. Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 dez. 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Relator para acórdão: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 24 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jun. 2001a.

_____. Decreto Legislativo nº 451, de 16 de novembro de 2001. Aprova o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 nov. 2001b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 360202/AL. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Recorrido: José Paulo Oliveira dos Santos. Relator: Gilson Dipp. Brasília, 22 de outubro de 2001. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 1º jul. 2002.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 out. 2003a.

_____. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 maio 2003b.

_____. Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003. Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jun. 2003c.

_____. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Súmula nº 11, de 27 de novembro de 2003. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 14 abr. 2004a.

_____. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jan. 2004b.

_____. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Súmula nº 29, de 12 de dezembro de 2005. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 13 fev. 2006.

_____. Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 2007.

_____. Advocacia Geral da União. Súmula nº 30, de 9 de junho de 2008. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jun. 2008a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4374/PE. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Reclamado: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco. Interessado: José Severino do Nascimento. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22 de maio de 2006. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 9 maio 2008b.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Reexame Necessário Cível nº 2005.70.01.005335-9. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. **Diário Eletrônico**, Brasília, DF, 7 jan. 2008c.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC nº 200138000437327. Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli. **e-DJF1**, Brasília, 26 jan. 2009.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Benefício de prestação continuada**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais/bpc>>. Acesso em: 22 out. 2010a.

_____. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Pedido nº 200770510079127. Pedido de uniformização de interpretação de lei federal. Relatora: Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 5 abr. 2010b.

_____. Conselho da Justiça Federal. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Pedido nº 200770540008135. Pedido de uniformização de interpretação de lei federal. Relator: Juiz Federal Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 5 maio 2010c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1112557/MG. Recorrente: Y. G. P. S. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 29 de abril de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 11 mar. 2010d.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. ApelReex nº 200461040065711. Relatora: Desembargadora Federal Therezinha Cazerta. **Diário Eletrônico**, Brasília, DF, 12 jan. 2010e.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Bolsa Família**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>>. Acesso em: 25 out. 2010f.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2006.

_____. **Eficácia dos direitos fundamentais.** Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2010.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência social. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p 1123/1139.

Bibliografia consultada

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DELITOS INFORMÁTICOS: CONVENÇÃO DE BUDAPESTE

Denise Tanaka dos Santos¹

Resumo: O objetivo deste artigo é avaliar o impacto da criação da Convenção de Budapeste na modificação da legislação penal dos diversos Estados-membros. O surgimento da citada convenção reflete-se como forma de combate à nova criminalidade, advinda de novos paradigmas apresentados no panorama internacional, notadamente no que tange aos delitos informáticos.

Palavras-chave: Convenção. Budapeste. Delitos. Cibernéticos. Informáticos. Direito penal.

Abstract: This article attempts to draw attention to what has been cybercrime and evaluate the impact of the Budapest Convention on the Brazilian criminal law.

Keywords: Convention. Budapest. Cybercrimes. Criminal Law.

Sumário: 1 Os tratados internacionais. 2 A Convenção de Budapeste. 2.1 A origem. 2.2 O objetivo da Convenção de Budapeste. 2.3 As definições. 2.4 As diretrizes para a tipificação. 3 A responsabilidade. 4 As sanções. 5 O direito comparado. 5.1 As três reformas legislativas. 6 Os métodos de reforma penal. 7 Perspectivas e conclusão. Referências.

¹ Mestranda em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), mestranda em direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas, especialista em direito público e direito processual civil, cursou propedêutico de direito internacional na Universidade de Amsterdã e direito internacional na Corte Internacional de Haia. É Defensora Pública Federal.

1 Os Tratados Internacionais

O estudo da Convenção de Budapeste requer, de forma preliminar, uma breve inserção na compreensão do direito internacional público. Nesse sentido, Accioly e Silva² destacam que esse ramo do direito aborda o conjunto de regras jurídicas e rege a relação entre sujeitos de direito internacional: Estados, organizações internacionais e indivíduos no seio da comunidade internacional.

A origem desse arcabouço jurídico foi a necessidade de estabelecer a paz entre Estados soberanos. É importante mencionar que o estabelecimento de regras internacionais não abala a soberania dos Estados; ao contrário, ratifica-a sobremaneira. Assim, somente os Estados soberanos podem firmar tais instrumentos, criados por eles. Em suma, os tratados são reflexos da soberania.

Podem-se pontuar como fontes do direito internacional, ao lado das convenções, os costumes, os princípios gerais de direito e as decisões judiciais. No que se refere aos tratados, a Convenção de Viena, assinada em 1969 e fonte de direito, codificou regras consuetudinárias sobre o assunto, sendo posteriormente complementada pela Convenção de 1986.

Com base nessas convenções, no que tange à terminologia, tratado é um acordo regido pelo direito internacional e, conforme Accioly e Silva, “qualquer que seja sua denominação”.³ Assim, trata-se de expressão genérica, constituindo um acordo escrito de vontades, entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, de direitos e deveres vinculantes e regido pelo direito internacional.

Nesse contexto, a relação entre o direito interno e o direito internacional trata de um tema vasto e controverso. No Brasil, a incorporação dá-se pela

aplicação dos arts. 49, I, e 84, VIII, ambos da Constituição Federal;⁴ além disso, envereda-se pelas teorias monistas e dualistas. Kelsen,⁵ por exemplo, defende a primeira teoria: há duas normas em um mesmo ordenamento jurídico, sendo que a antinomia utiliza a hierarquia do direito internacional. Já a segunda teoria, a dualista, trata da existência de dois ordenamentos diferentes, porque são fontes diversas. Logo, a norma internacional precisa ser internalizada, de modo que a lei é inconstitucional, não o tratado.

Há, ainda, teorias intermediárias, como o monismo moderado, segundo o qual não há a necessidade de lei para a incorporação de normas internacionais, mas decreto; e o dualismo moderado, no qual se precisa de decreto quando for válido fora. Além disso, há o disposto na Emenda Constitucional nº 45/04,⁶ para a qual os tratados internacionais serão incorporados em nível constitucional quando forem aprovados segundo as regras formais das emendas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende que os tratados de direito internacional ingressam no ordenamento interno em forma de lei ordinária, adotando-se, assim, a teoria dualista. Ocorre que, no caso de direitos humanos, há outros entendimentos. Flávia Piovesan, notadamente, entende que as normas de direitos humanos oriundas de tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como normas constitucionais.⁷ Para ela, os direitos insertos nos tratados internacionais de direitos humanos são direitos constitucionalmente consagrados.

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

5 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

6 BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004a.

7 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

2 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulalio Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

3 Ibid., p. 29.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 45/04, que alterou o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal,⁸ instituiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais. Por fim, o Ministro Sepúlveda Pertence, todavia em decisão isolada, compatibilizou a questão, com uma solução hermenêutica, segundo a qual as normas de direitos humanos originadas em tratados internacionais têm natureza de norma supralegal.

Já para fins de sistematização do tema inserido na Convenção de Budapeste, é importante destacar a Convenção das Nações Unidas para o combate contra os crimes de organizações transnacionais – a Convenção de Palermo.

Há parte da doutrina que entende configurar verdadeira atipicidade. Nesse contexto, a organização criminosa no Brasil, por falta de elementos típicos, restaria impune, podendo ser aplicada, no caso, a norma referente à quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal).⁹ Por outro lado, há entendimento no sentido de que o Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004,¹⁰ que promulgou a Convenção de Palermo contra organizações criminosas transnacionais, é suficiente para tipificar a conduta de um grupo estruturado com três ou mais pessoas, reunido em algum tempo, para cometimento de um ou mais infrações graves para obter, direta ou indiretamente, benefício econômico.

É certo que tal entendimento, cuja visão é ampla e de cunho internacional, pode, após a assinatura da Convenção de Budapeste pelo Brasil, dirimir certos conflitos referentes a lacunas legislativas, a depender do caso concreto.

⁸ BRASIL, op. cit.

⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹⁰ BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2004b.

2 A Convenção de Budapeste

2.1 A origem

A Convenção de Budapeste, de 21 de novembro de 2001, foi o primeiro trabalho internacional sobre crime no ciberespaço, tendo surgido devido ao novo panorama internacional e aos novos paradigmas enfrentados.

A título de exemplo, menciona-se o surgimento de delitos transnacionais, os quais ultrapassam os limites territoriais do direito penal interno, formando verdadeiros paraísos de informação. Ademais, são crimes de alta tecnologia, tanto pela necessidade de equipamentos e conexão, quanto pelo conhecimento dos programas e dos acessos, tratando-se de bens jurídicos difusos e imateriais, relacionados ao computador e à internet.

Recorde-se que a internet surgiu nos centros acadêmicos e no ambiente militar, em nível de Estados, tendo passado com grande rapidez aos meios corporativos industriais e econômicos, chegando com a mesma velocidade aos indivíduos particulares. Foi com o eclodir do 11 de setembro que os países, notadamente os Estados Unidos e os países da Europa, iniciaram uma série de trabalhos, que culminou na promulgação da Convenção de Budapeste.

Essa Convenção foi criada pelo Conselho da Europa, Estados Unidos, Canadá, Japão e África do Sul – o Brasil, todavia, não assinou tal tratado; de toda a forma, há projetos de lei tramitando, que tratam do assunto em pauta. Em seu preâmbulo, destaca-se a importância da unidade entre os membros, bem como da sua cooperação, sendo que os Estados-membros buscam perseguir uma política criminal comum direcionada à proteção da sociedade contra o cibercrime, por meio de uma legislação apropriada, pela alteração causada pela digitalização e pela contínua globalização das redes de computador.

Nesse item, estampa-se a preocupação dos Estados no sentido de que há preocupação com o risco de as redes de computadores e as informações eletrônicas poderem ser usadas para o cometimento de crimes e de provas relativas a essas ofensas poderem ser armazenadas e transferidas por essas redes. Assim, concordou-se que a Convenção de Budapeste é necessária para prevenir ações diretas contra os bens jurídicos tutelados, como, à guisa de exemplo, a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade de sistemas de computador, redes e dados de computador, assim como a má utilização destes, provendo a criminalização de cada conduta.

E mais, não se esqueceram dos ditames insertos para a proteção aos direitos humanos e liberdades fundamentais.

2.2 O objetivo da Convenção de Budapeste

A Convenção assinalada recomenda a tipificação de delitos. Nesse sentido, é interessante lembrar que não se trata tão somente de crimes, pois há, na mesma linha, contravenções penais, como o jogo do bicho por meio do computador; por isso, recomenda a tipificação de delitos. Além disso, sugere e não obriga, uma vez que não tem vinculação coercitiva, servindo de parâmetro a ser observado pelos Estados, a fim de uniformizar as várias legislações internas.

Também, traz recomendações acerca da cooperação internacional e de aspectos relacionados à investigação criminal e a procedimentos de processo penal. Apesar da grande importância do tema, este trabalho restringir-se-á aos aspectos de direito penal material inseridos na Convenção de Budapeste.

2.3 As definições

Com o precípuo objetivo de uniformizar as várias legislações dos mais diversos Estados envolvidos, a presente Convenção trouxe definições acerca dos delitos praticados no ciberespaço e relacionados ao computador, podendo-se destacar os seguintes termos:

- sistema de computador: equipamentos conectados, que, viabilizados por um programa, realizam processamento automático de dados;
- dados de computador: qualquer representação de fatos, informações ou conceitos em uma forma adequada para o processamento em um sistema de computador, incluindo um programa apropriado que possibilite ao sistema de computador realizar uma função;
- provedor de serviços: qualquer entidade pública ou privada que proporcione aos usuários de seus serviços a possibilidade de se comunicar por meio de um sistema de computador ou qualquer outra entidade que processe ou armazene dados de computador em benefício de tal serviço de comunicação ou dos usuários desse serviço;
- tráfego de dados: qualquer dado de computador relacionado a uma comunicação, gerado por um sistema de computador e que forma uma parte de uma cadeia de comunicação, indicando a origem da comunicação, destino, rota, tempo, data, tamanho, duração ou tipo de base de serviço.

2.4 As diretrizes para a tipificação

A doutrina traz o conceito de delitos informáticos. Para Ferreira, por exemplo, crime de informática é “toda a ação típica, antijurídica e culpável cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão.”¹¹

11 FERREIRA, Ivette Senise. A criminalidade informática. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). **Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2000. p. 207-237. p. 209.

Já na lição precisa de Rossini,

a denominação ‘delitos informáticos’ alcança não somente aquelas condutas praticadas em que haja relação com sistemas informáticos, quer de meio, quer de fim, de modo que essa denominação abrangeria, inclusive, delitos em que o computador seria uma mera ferramenta, sem a imprescindível conexão à rede mundial de computadores, ou a qualquer outro ambiente telemático.¹²

Em remate, o percuciente autor entende que o delito classificado como informático poderia ser

a conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção penal, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem elementos a integridade, a disponibilidade e a confiabilidade.¹³

Ainda, o ilustre autor destaca a importância da Convenção de Budapeste – Convenção sobre cibercrime –, no sentido de que ela traz

condutas praticadas em ambiente de rede, não as fora dele, abrangendo, desta forma, apenas os fatos típicos ocorridos exclusivamente no Ciberespaço, podendo, receber a denominação de ‘delito telemático’, dada a peculiaridade de ocorrer no e a partir do inter-relacionamento entre os computadores em rede telemática usados na prática delitiva.¹⁴

Assim, conclui o doutrinador que “delito informático é gênero, do qual delito telemático é espécie.”¹⁵

12 ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 110.

13 Ibid., p. 110.

14 Ibid., p. 110.

15 ROSSINI, 2004, p. 110.

Sobre as classificações, Rossini classifica os delitos de informática em puros e mistos. Os delitos puros ocorrem quando o sujeito ativo objetiva o sistema de informática; já nos impuros, o computador é simples instrumento para a ofensa a outros bens jurídicos, que não exclusivamente os do sistema informático.¹⁶ Nessa esteira, vale a pena discorrer brevemente sobre o bem jurídico analisado pela Convenção de Budapeste, que deve ser verificado segundo as teorias humanistas ou de direito penal mínimo.

O ser humano pratica condutas hodiernamente e, de acordo com o pacto social, despoja-se de parte de sua liberdade em favor da ordem social. Assim, a sociedade na qual está inserido o homem individual escolhe quais condutas devem ser punidas com mais rigor, e assim sucessivamente. Dessa forma, as condutas mais graves serão abarcadas pelo direito penal e, para as condutas intermediárias, podem-se aplicar sanções de natureza civil ou administrativa. Ainda, para a maioria da doutrina, as condutas praticadas por meio da internet geram o seu uso indevido, com a criação de condutas que espelham a necessidade de sua tipificação diante da sociedade de risco.

Na linha de análise do bem jurídico, Smanio pondera que

trata-se de um bem jurídico-penal de natureza difusa. Isto porque, além de atingir um número indeterminado de pessoas, gera conflituosidade entre o interesse dos usuários da Internet, os *hackers* e os *crackers*, bem como das grandes corporações quer de fornecedores, quer de provedores de acesso.¹⁷

Para o citado autor, há bens jurídico-penais individuais, dos quais se tem disponibilidade; bens de natureza coletiva, referentes à coletividade; e bens de natureza difusa, que, da mesma forma, referem-se à sociedade e são indisponíveis, porém com uma conflituosidade inerente a vários grupos sociais, notadamente o

16 Ibid.

17 SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos direitos difusos**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 108.

meio ambiente, o consumidor e a saúde pública.¹⁸ Além disso, na lição lapidar de Rossini, há um bem jurídico absolutamente permanente: a segurança da informática, independentemente dos bens jurídicos individuais ou coletivos.¹⁹

Após a breve análise do conceito de delito informático, de sua classificação e da natureza do bem jurídico envolvido, parte-se para a abordagem das disposições sobre delitos no ambiente de rede, subdivididas em nove infrações, enquadradas, por sua vez, em quatro categorias: a primeira diz respeito à proteção da confiabilidade, integridade e disponibilidade dos sistemas de computador; a segunda, aos danos relacionados a computador; a terceira, aos danos relacionados ao conteúdo; e a última, à transgressão de direitos autorais e correlatos.

Nesse contexto, vale a pena sublinhar alguns tópicos referentes a essas categorias de delitos em ambiente de rede. Assim, a confiabilidade, a integridade e a disponibilidade de dados dizem respeito ao acesso e interceptação ilegais, cujo elemento subjetivo é o dolo – aliás, há influente doutrina que sustenta a necessidade da tipificação de condutas sob o manto da culpa –; nesse item, ressaltem-se a interferência de dados e sistemas e o mau uso de equipamentos. Aqui, há a punição dos atos preparatórios, como no crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal brasileiro)²⁰ e em algumas contravenções penais.

Já a segunda categoria refere-se a danos relacionados a computador e à verdade das informações nele contidas, sendo que tais condutas estão diretamente ligadas à falsificação e à fraude, comprometendo, sobremaneira, a veracidade dos dados inseridos em ambiente de rede.

A terceira categoria de delitos informáticos sugerida pela Convenção de Budapeste é sobre o conteúdo dos dados apresentados pelo computador, sendo o ponto crucial a pornografia infantil. É importante destacar que a Convenção define

18 Ibid., p. 108.

19 ROSSINI, 2004.

20 BRASIL, 1940.

o termo vago de pornografia infantil como o oferecimento e a disponibilidade desse material, em ambiente aberto ou fechado, desde os atos preparatórios, além de estabelecer que as imagens com cenas pornográficas podem designar menores ou os que aparentem menoridade.

Dessa forma, tipifica-se a conduta de imagens pornográficas de pessoas que já atingiram a maioridade. Explica-se: as imagens de um jovem captadas há muito tempo restariam atípicas se, no presente momento, essa vítima houvesse atingido a maioridade. Assim, a Convenção ampliou o campo de punibilidade penal. Ainda, cabe ressaltar que pornografia infantil difere de pedofilia, que, além de ter abrangência maior, abarca as condutas, notadamente, de estupro envolvendo menores, atentado violento ao pudor, prostituição infantil, drogas, distribuição de material pornográfico etc.

Por fim, a quarta categoria de diretrizes para tipificação contida na Convenção de Budapeste recai sobre a transgressão a direitos autorais e correlatos. Significa dizer que se trata de condutas dolosas, lembrando a posição da respeitada doutrina sobre a tipificação de condutas culposas e com escala comercial. Isso porque a abrangência deve ser ampla, o que destaca a escala comercial e por sistema de computador.

Nesse tópico, há interesses particulares envolvidos, o que sustenta o empenho individual na persecução penal. Contudo, ocorre que há outros interesses envolvidos, de forma que o Estado, de maneira singular, tem interesse na arrecadação de tributos, os quais, com a conduta delituosa, restariam sonogados.

3 A Responsabilidade

A Convenção de Budapeste sugere a tipificação tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica. No sistema jurídico atual, a responsabilidade da pessoa física já traz contornos seguros e doutrina pacificada. O problema da tipificação, portanto, recai sobre a responsabilidade da pessoa jurídica.

Berenguer e Torres afirmam que há lacunas para a responsabilização da pessoa jurídica, especialmente dos provedores de serviços em ambiente de rede, e sustentam que o ato desses provedores vai muito além do apoio técnico; de fato, trata-se de verdadeira colaboração. Mas, indagam eles: qual seria a abrangência dessa responsabilidade dos provedores de acesso? Além disso, apresenta-se o dilema dos limites territoriais restritos do direito penal interno de cada Estado-membro.²¹

A solução, para os autores, recai sobre a criação de tratados internacionais, referências legais, bem como normas jurídicas globais, como, por exemplo, a Convenção de Palermo, de 2000, que determinou a obrigação universal de combate a tal conduta.²²

Também, esclarecem os renomados doutrinadores que os Estados Unidos optaram por uma regulação mais restrita, no que tange à responsabilização da pessoa jurídica, no campo da delituosidade informática. Assim, a responsabilidade recai na omissão de controle para evitar a circulação de dados com conteúdos proibidos.²³ Nesse sentido, importante foi o caso do *Communications Decency Act*, de 1996; ocorre que tal ato foi declarado inconstitucional, haja vista a sua incompatibilidade com a 1ª Emenda estadunidense, que declara a liberdade de expressão.

De outra banda, na Europa, a preocupação com a responsabilização da pessoa jurídica, no campo da delituosidade informática, ocorreu após o processo judicial, na Alemanha, em face da empresa Compuserve, em 1997. O provedor foi condenado, em primeira instância, por difundir material pornográfico infantil, advindo dos Estados Unidos; sublinhe-se, porém, que tal decisão foi reformada no tribunal germânico. De toda forma, a doutrina alemã ressaltou a atipicidade

21 BERENGUER, Enrique Orts; TORRES, Margarita Roig. **Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

22 Ibid.

23 BERENGUER; TORRES, 2001.

da responsabilidade do provedor. A solução foi a implementação de reformas legislativas, tanto em nível estadual quanto federal, a partir de agosto de 1997. Entretanto, as reformas referidas são limitadas, ou seja, implicam o conhecimento do conteúdo proibido por parte dos provedores, a respectiva omissão na prevenção e na circulação e seu subsequente bloqueio.

Entre nós, Rossini comenta que, para a implantação do mandamento da Convenção de Budapeste, no sentido da responsabilidade da pessoa jurídica, é necessária a edição de emenda constitucional, no mesmo formato da responsabilidade da pessoa jurídica no campo do meio ambiente e nos crimes financeiros.²⁴ Além disso, a responsabilidade do provedor recairia na falha da supervisão e controle, atuando como verdadeiro garante diante de uma conduta omissiva. Assim, hodiernamente, no Brasil, comina-se a participação da pessoa física, restando atípica a conduta delituosa praticada pelo provedor de serviços no ambiente de rede.

Impende observar, nesse tópico, que o Brasil, todavia, não assinou a Convenção de Budapeste, porém nada impede a construção hermenêutica sugerida por parte da doutrina, como na tipificação de organização criminosa, nos termos da Convenção de Palermo.

4 As Sanções

O art. 11 da Convenção de Budapeste estabelece que cada Parte criará medidas legislativas, em conformidade com o seu direito interno, estabelecendo como infração penal a cumplicidade, quando dolosa, ou seja, com a intenção de que as condutas tipificadas na referida Convenção sejam cometidas. Além disso, demonstra a necessidade de se estabelecer como infração penal a tentativa, segundo os parâmetros do direito interno de cada Estado-membro.²⁵

24 ROSSINI, 2004.

25 CONSELHO DA EUROPA. **Convenção sobre o cibercrime**. Budapeste: Conselho da Europa, 2001.

Já seu art. 13 sugere que cada Parte adotará medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para assegurar que as infrações penais dos arts. 2º a 11 verificadas em aplicação sejam passíveis de sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas, inclusive com privação de liberdade. Ademais, pontifica a necessidade da responsabilização da pessoa jurídica, nos termos do art. 12. Assim, esses sujeitos ativos seriam punidos com sanções ou medidas, penais ou não penais, eficazes, proporcionais e dissuasivas, incluindo sanções pecuniárias.²⁶

5 O Direito Comparado

A erudita tese de Rossini sobre o direito comparado afirma que, mesmo antes da Convenção, houve vários encontros internacionais; notadamente, o Conselho da Europa (Mercado Comum Europeu) adotou a Recomendação nº 9 da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a qual sugeria a criação de 8 tipos. Por sua vez, a Convenção adotou a tipificação de tais condutas por força do 11 de setembro.²⁷

Nessa linha, antes mesmo da Convenção, vários Estados já tentavam criminalizar condutas informáticas em ambiente de rede, como Portugal, Itália, Espanha e Venezuela. Inicialmente, Portugal preocupou-se com o tema e enfrentou o desafio, alterando as normas legislativas por intermédio da edição de legislação específica: a Lei nº 109, de 17 de agosto de 1991 – Lei da Criminalidade Informática –, dispõe de forma expressa que aos crimes previstos na presente lei são subsidiariamente aplicáveis as disposições do Código Penal. Além disso, utiliza a definição de termos técnicos, como a Convenção de Budapeste; a título de ilustração, definem-se rede, sistema e programa informático.²⁸

26 CONSELHO DA EUROPA, 2001.

27 ROSSINI, 2004.

28 PORTUGAL. Lei nº 109, de 17 de agosto de 1991. Lei da Criminalidade Informática. **Diário da República**, Lisboa, 17 ago. 1991.

O art. 3º da referida lei trata da responsabilidade penal das pessoas coletivas e equiparadas, as quais são penalmente responsabilizadas quando os atos tipificados forem cometidos em seu nome e no interesse coletivo pelos seus órgãos ou representantes. Observe-se que tal responsabilização não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes.²⁹

Por fim, a lei tipifica condutas, como a falsidade informática, o dano a dados ou a programas informáticos, a sabotagem e o acesso ilegítimo, a interceptação e reprodução ilegítima, e comina penas às pessoas coletivas: admoestação, que pode ser cumulativa com pena acessória de caução, multa e dissolução.³⁰

Por sua vez, a Itália editou, em 23 de dezembro de 1993, lei sobre modificações e integrações das normas do Código Penal e do Código de Processo Penal em tema de crime de computador. Tal lei faz uma adequação aos tipos penais já existentes, alterando-os no sentido de tipificar as condutas que a sociedade considera lesivas ao sistema penal como um todo, incluindo o sistema informático ou telemático. Assim, não há diferenciação na criação de tipos penais extravagantes, mas a adequação do próprio Código Penal, tais como: dano a equipamento de utilidade pública, falsidade a documentos informáticos públicos ou privados, acesso indevido, entre outros.

É interessante sublinhar que essa lei especificou o conceito de correspondência, como sendo a epistolar, telegráfica, telefônica, informática ou telemática, ou qualquer outra forma de comunicação à distância, além de fazer, inclusive, adequações na parte processual penal, como sobre os procedimentos de interceptações de comunicações informáticas ou telemáticas.

Já a Espanha traz um panorama interessante. Sobre essa nação, analisam-se artigos do Código Penal relacionados às infrações penais informáticas, valendo a pena trazer à colação alguns tipos penais:

29 Ibid.

30 Ibid.

- art. 169 – das ameaças: as penas são aumentadas quando forem por escrito, por telefone ou por qualquer outro meio de comunicação ou de reprodução, ou em nome de entidades ou grupos reais ou supostos;
- art. 189 – dos delitos de exibicionismo e provocação sexual: será punido aquele que utilizar menores de idade ou incapazes para fins de espetáculos exibicionistas ou pornográficos, tanto públicos quanto privados, ou para elaborar qualquer tipo de material pornográfico, ou financiar qualquer dessas atividades; bem como aquele que produzir, vender, distribuir, exhibir ou facilitar a produção, venda, difusão ou exibição por qualquer meio de material pornográfico em cuja elaboração tenham sido utilizados menores de idade ou incapazes, ainda que o material tenha sua origem no exterior ou no desconhecido. Ainda, pune quem possui esse material para a realização de qualquer uma dessas condutas, com pena reduzida em metade, além de cuidar da violação e divulgação de segredos e de crimes contra a honra. Nesse item, a punição recai quando realizadas as condutas com propagação por meio de imprensa, radiodifusão ou por qualquer outro meio de eficácia semelhante;
- art. 473 – dos delitos contra a Constituição: traz à baila o crime de rebelião, quando, notadamente, cause estrago em propriedades de titularidade pública ou privada e sejam cortadas as comunicações telegráficas, telefônicas e por ondas.³¹

Por fim, a Venezuela, como Portugal, tratou do tema com a edição de lei especial contra delitos informáticos, em 6 de setembro de 2001. Nesse caso, o objeto da lei é a proteção integral dos sistemas que utilizem tecnologias de informação, bem como a prevenção e sanção dos delitos cometidos contra tais sistemas ou quaisquer de seus componentes, ou os cometidos com uso de tecnologias.

Da mesma forma que a Convenção de Budapeste, essa lei traz definições de termos, como tecnologia da informação, sistemas e dados, e, inclusive, define mensagem de dados como qualquer pensamento, ideia, imagem, áudio, dado ou informação, expressa em uma linguagem conhecida, que pode ser explícita ou secreta (encriptada), preparada dentro de um formato adequado para ser transmitido por um sistema de comunicações.

31 ESPANHA. Ley Orgánica nº 10, de 23 de noviembre de 1995. Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, Madri, 23 nov. 1995.

Além disso, pune, em seu art. 5º, a pessoa jurídica nos casos em que o fato punível tenha sido cometido por decisão de seus órgãos, no âmbito de sua atividade, com seus recursos sociais ou em seu interesse exclusivo ou preferente. Como ilustração, a citada lei pune, no Capítulo IV – Dos delitos contra crianças e adolescentes, o ato de difusão ou exibição de material pornográfico e a exibição pornográfica de crianças e adolescentes.

Como vaticinado, destaca Rossini os critérios metodológicos para o estudo das infrações penais telemáticas no Brasil. Para o ilustre doutrinador, admitem-se a classificação das infrações penais informáticas em próprias e impróprias, a colocação em tipos no Código Penal e na legislação extravagante, bem como a escolha dos tipos segundo sua ocorrência concreta, com base em pesquisas de mídia. Ademais, reconhece-se a participação do art. 29 do Código Penal na forma material ou moral.³²

5 As Três Reformas Legislativas

Albuquerque pondera que houve três reformas penais. A primeira, referente à privacidade, aconteceu na década de 1970, como ocorreu na Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Israel, Japão e Holanda, por intermédio de leis específicas para proteger o cidadão do armazenamento, coleta e transmissão arbitrários de dados pessoais.³³

A segunda tipificação de condutas informáticas delituosas, datada da década de 1980, recaiu sobre a ocorrência de natureza econômica, com projeção patrimonial. Nesse contexto, ao invés de estender as infrações já existentes, haja vista a estrita observância ao princípio da legalidade e, além disso, a proibição da

32 ROSSINI, 2004.

33 ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

aplicação da analogia em desfavor do réu, em matéria penal material, vários países editaram leis específicas. Aqui, segundo o referido autor, induzia-se em erro um computador e não uma pessoa, pois os objetos eram intangíveis.³⁴

Finalmente, a terceira onda de reforma penal ocorreu ao longo da década de 1980, tendo como objeto jurídico a propriedade intelectual, com a exclusão dos programas de computador da proteção do direito das patentes, dos anos 1970. Assim, o *software* passou a ser uma obra intelectual em países como Alemanha, Estados Unidos, Índia, México e Japão.

Essa doutrina afirma que o Brasil atendeu parcialmente a segunda e terceira ondas de reformas penais. O autor fundamenta tal posicionamento na promulgação da Carta de 1988; na edição da Lei nº 9.507/97, sobre *habeas data*; e na edição da Lei nº 9.983/00, sobre a reforma do Código Penal, e da Lei nº 9.609/98, sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização no país.³⁵

Albuquerque estabelece, ainda, que existem preponderantemente dois métodos para a reforma penal anteriormente descrita.³⁶ O primeiro estampa a reforma do Código Penal, com a introdução de novos artigos para oferecer proteção contra condutas ilícitas denominadas pela sociedade especificada; esse é o caso da Holanda e da Alemanha. O segundo, por sua vez, determina que os Estados adotem legislação específica, entendimento que encontra fundamento no processo de descodificação da legislação e na verticalização do direito constitucional. Ressalte-se que tais leis específicas restam desprendidas do Código Penal. À guisa de exemplo, citam-se Portugal e Inglaterra.

O referido doutrinador entende que o Brasil deveria adotar a primeira opção, determinando-se as condutas consideradas crimes, para posterior inserção

34 Ibid.

35 Ibid.

36 Ibid.

no Código Penal vigente. Dessa forma, analisam-se quais condutas podem ganhar características novas em artigos já existentes e quais podem ser atualizadas para enquadrar condutas com novos métodos para os crimes tradicionais e a respectiva proteção a bens jurídicos imateriais.³⁷ Além disso, os tipos penais devem seguir a sistemática consagrada em artigos já vigentes, porém com outros elementos constitutivos, com a roupagem de artigos independentes.

De toda forma, a maioria da doutrina concorda com o fato de que a colaboração penal internacional é fundamental, haja vista a transnacionalidade dos crimes informáticos em ambiente de rede.

6 Perspectivas e Conclusão

Parte da doutrina entende que o direito informacional é um novo ramo do direito, com objeto e método de estudo próprios. Dessa forma, pode-se defini-lo como um conjunto de instituições jurídicas que converge para a tutela da informação. Indaga-se, no entanto, se é possível, hodiernamente, falar em delitos informáticos como um novo ramo do direito.

Diante dessas revoluções, a Convenção da União Europeia apresenta-se como paradigma para que a comunidade internacional, notadamente o Brasil, estabeleça modificações legislativas relativas à matéria penal, bem como à matéria processual penal e para a cooperação internacional, uma vez que essas medidas são importantes para combater a nova criminalidade transnacional, contra paraísos informáticos criados pela territorialidade do direito penal interno de cada Estado-membro.

Nesse sentido, entende-se, como a melhor doutrina, que a maioria dos tipos já consta no direito brasileiro, restando poucas equiparações legais: coisa e documento digital para crimes patrimoniais e falsificação, tipos abertos para

37 Ibid.

acompanhar rapidez na tecnologia etc., por portarias do Ministério da Ciência e Tecnologia; e responsabilidade da pessoa jurídica, por emenda constitucional, para provedores de acesso e empresas de telecomunicações com capital transnacional, com regulamentação pelo Estado de tais atividades.

Denota-se, também, um novo sujeito ativo no meio informático, que é mais rico e com conhecimento técnico; ainda, o crime é plurilocal e a distância, com várias condutas já tipificadas pelo sistema penal brasileiro. Assim, as condutas não incluídas podem ser colocadas por equiparações e acrescidas ao Código Penal, como ocorrido na Holanda, Alemanha e Espanha.

Em remate, destaca-se que a Convenção de Budapeste ainda não foi ratificada pelo Brasil, porém nada impede que esse Estado utilize os princípios e as normas ali inseridos, como parte das fontes à disposição do aplicador do direito. Entretanto, sublinhe-se que, para a tipificação de condutas delituosas, é necessária a observação do princípio constitucional da legalidade, ficando tal trabalho a cargo do Poder Legislativo.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulalio Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. **A criminalidade informática**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

BERENQUER, Enrique Orts; TORRES, Margarita Roig. **Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004a.

_____. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2004b.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção sobre o cibercrime**. Budapeste: Conselho da Europa, 2001.

ESPAÑA. Ley Orgánica nº 10, de 23 de noviembre de 1995. Código Penal. **Boletín Oficial del Estado**, Madri, 23 nov. 1995.

FERREIRA, Ivette Senise. A criminalidade informática. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). **Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2000. p. 207-237.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1988.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PORTUGAL. Lei nº 109, de 17 de agosto de 1991. Lei da Criminalidade Informática. **Diário da República**, Lisboa, 17 ago. 1991.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos direitos difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.

Bibliografia consultada

- ASUÁ, Luis Jiménez. **Crônica del crimen**. Buenos Aires: Pannedille, 1970.
- GOUVEIA, Sandra. **O direito na era digital**. Crimes praticados por meio da informática. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.
- LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). **Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2000.
- PAESANI, Liliana Minardi. **Direito da informática**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PLANTULHO, Vicente Lentini. **Estelionato eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2003.
- SILVA, Rita Cássia Lopes da. **Direito penal e sistema informático**. São Paulo: RT, 2003.
- VERDELHO, Pedro; BRAVO, Rogério; ROCHA, Manuel Lopes. **Leis do crime cibernético**. Portugal: Centro Atlântico, 2003. v. 1.

**PEÇA PROCESSUAL:
AÇÃO CIVIL PÚBLICA DA ISENÇÃO DE
TAXA DE CONCURSO DO MPU**

João Paulo Campos Dorini

Excelentíssimo(a) Senhor(a) Juiz(íza) Federal da ___ Vara Cível da Subseção Judiciária de São Paulo

PAJ nº 2006/020-33672

A **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, representada pelo subscritor, vem, com fundamento no art. 5º, LXXIV e XXXV, e no art. 134 da Constituição da República, no art. 4º, III, da Lei Complementar 80/94, no art. 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, c.c. art. 21 da L. 7.347/85, ajuizar a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**, com pedido de **ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**, em face (i) da **UNIÃO FEDERAL**, com endereço na Av. Paulista, 1842, 30º Andar, edifício Cetenco Plaza – Torre Norte, em São Paulo/SP, (ii) e da **FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS**, com endereço na Av. Prof. Francisco Morato, 1565, Jd. Guedala, em São Paulo/SP, pelas razões que passa a expor.

1. Dos fatos

Em 23 de outubro de 2006 foi publicado o Edital PGR/MPU nº 18/2006, edital de abertura do V Concurso Público para provimento de cargos das Carreiras de Analista e Técnico do Ministério Público da União.

As inscrições podem ser feitas por meio da Internet, no período de 4/12 a 21/12/2006, até às 20h30min (horário de Brasília) ou nas agências credenciadas da CAIXA – Caixa Econômica Federal, relacionadas no Anexo IV do referido edital, no período de 4/12 a 22/12/2006, em seus respectivos horários de expediente bancário, conforme o item 2 do Capítulo IV do edital.

Não foi prevista nenhuma forma de isenção de taxa, como expressamente se extrai do item 3.1.3 do Capítulo IV (Das inscrições):

“Não haverá isenção de pagamento do valor da inscrição, seja qual for o motivo alegado”.

Dessa forma, inviabiliza-se a participação no concurso e a conseqüente possibilidade de acesso a cargos públicos de milhares de pessoas hipossuficientes, que não têm condições de arcar com os custos da taxa sem prejuízo do próprio sustento.

Por óbvio, não se quer discutir a legalidade da cobrança de taxa para a inscrição em concurso público. O que se quer é garantir àqueles que não têm condições de arcar com as taxas de R\$ 60,00 (sessenta reais) para o cargo de analista e R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) para o cargo de técnico, sem prejuízo da subsistência familiar, não sejam alijados da participação no certame.

2. Da legitimidade da Defensoria Pública

A Defensoria Pública tem por função institucional a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. É instituição essencial à função jurisdicional do Estado justamente por garantir o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, conforme assegura o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, umbilicalmente ligado ao direito fundamental do acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF.

Nesse sentido, não há instituição que represente tão adequadamente os hipossuficientes que a Defensoria Pública. A idéia de representatividade adequada é inerente ao reconhecimento da legitimidade para o ajuizamento de demandas coletivas. É o que se infere do rol de legitimados previsto no art. 82 do CDC, aplicável à defesa de qualquer interesse coletivo por força do art. 21 da L. 7.347/85.

Destarte, a Defensoria Pública da União, entidade da administração pública federal direta sem personalidade jurídica, especificamente destinada à defesa dos interesses e direitos dos necessitados, por força da conjugação entre os arts. 82, III, do CDC e 21 da Lei de Ação Civil Pública, é parte legítima para propor a presente demanda.

Não reconhecer a legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil pública seria inviabilizar o próprio acesso à justiça daqueles que não têm condições econômicas de representar-se em juízo.

Note-se que, em relação ao caso presente, três pessoas já procuraram a Defensoria Pública da União, buscando a assistência jurídica desta instituição para pleitear a isenção da taxa de inscrição, como comprovam os documentos anexos. Os irmãos W. G. A. JR. e G. M. A. foram atendidos em 11.12.2006, originando o Processo da Assistência Jurídica (PAJ) nº 2006/020-33575. C. C. S. foi atendida em 11.12.2006, originando o PAJ nº 2006/020-33576.

3. Do direito

O livre e amplo acesso aos cargos públicos é garantido, como direito fundamental, pela Constituição da República, em seu art. 37, I, *verbis*:

“Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estado, Distrito Federal e Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”.

Como deflui do art. 11 da L. 8.112/90, é possível a cobrança de taxa para inscrição em concurso público:

“Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, **condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas**” (grifo nosso).

Resta claro, pois, que, ainda que seja possível a cobrança de taxa para a inscrição no concurso, tal taxa não pode impedir o acesso dos hipossuficientes aos cargos públicos, já que o mesmo dispositivo que permite a cobrança também prevê a necessidade de regulamentação das hipóteses de isenção, única interpretação possível à luz do princípio constitucional do amplo acesso aos cargos públicos.

Aliás, tratar igualmente desiguais é inviabilizar o princípio da isonomia, consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Vedar qualquer hipótese de isenção de taxa para inscrição no concurso é impedir que aqueles que não tenham condições de arcar com o custo vejam-se privados da possibilidade de concorrer aos cargos públicos. No caso, o *discrímen* necessário para emprestar ao princípio da igualdade todo o seu conteúdo é a isenção para os hipossuficientes, cobrando-se, eventualmente, taxa apenas daqueles que possam pagá-la sem prejuízo do sustento seu e de sua família.

Note-se, ainda, que a previsão de isenção de taxas é regra nos editais para concurso de Procurador da República, como se observa nos editais para o 22º e para o 23º Concurso Público para Provimento de Cargos de Procurador da

República, em anexo. Não se mostra plausível, portanto, que no caso de concurso para os cargos de analista e técnico do MPU tal previsão não seja feita.

4. Da antecipação da tutela

Presentes, no caso, os requisitos para o deferimento da tutela antecipada.

O *fumus boni iuris* está fundado no direito fundamental ao amplo acesso aos cargos públicos, insculpido no art. 37, I, da Constituição da República. A concessão da medida permitiria àqueles que não têm condições de arcar com os valores da taxa de inscrição possam concorrer aos cargos de analista e técnico do MPU, sem prejuízo do sustento de seu núcleo familiar.

O perigo da demora do provimento jurisdicional é facilmente verificável ante a iminência do término do período de inscrições, que se encerram em **22 de dezembro de 2006**. Caso a tutela não seja antecipada, corre-se o risco de inúmeros potenciais candidatos deixarem de inscrever-se no certame unicamente em razão de não disporem dos recursos financeiros para o pagamento da taxa.

Assim sendo, requer-se seja concedida liminar *inaudita altera pars* para antecipação da tutela pleiteada, nos seguintes termos:

a) determinar à União Federal e à Fundação Carlos Chagas que permitam a inscrição de candidato que **comprove** não ter condições de arcar com a taxa, **em todo o território nacional**, indicando critérios objetivos para tal comprovação, sugerindo-se como critério o limite de isenção do imposto de renda ou o disposto na Resolução do Conselho Superior da Defensoria Pública da União nº 13, de 25 de outubro de 2006, fixando-se multa diária pelo descumprimento da medida;

b) determinar à União Federal e à Fundação Carlos Chagas que prorrogue as inscrições por mais vinte dias, **em todo o território nacional**, o que

não inviabilizaria a realização da prova na data prevista no edital (11.02.2007), divulgando de maneira ampla e célere a decisão, **em todo o território nacional**, permitindo-se o conhecimento da decisão por todos os potenciais candidatos que possam dela beneficiar-se e que deixaram de inscrever-se no concurso em razão da impossibilidade de isenção de taxa de inscrição, fixando-se multa diária, a critério do juízo, no caso de descumprimento da prorrogação e/ou da divulgação.

5. Do pedido

Pelo exposto, a Defensoria Pública da União requer:

a) a citação das demandadas para apresentar defesa e acompanhar o presente processo, convolvendo-se em definitiva a antecipação de tutela requerida e obrigando as demandadas a admitir inscrição de candidatos que comprovem sua hipossuficiência independentemente do pagamento da taxa de inscrição;

b) caso a presente demanda seja julgada improcedente, permitir-se aos eventuais beneficiários da antecipação da tutela o pagamento da taxa de inscrição prevista no edital, convalidando-se a inscrição *sub judice*;

c) a condenação das demandadas nos ônus de sucumbência;

d) a produção de prova por todos os meios em direito admitidos;

e) a intimação do Ministério Público Federal, nos termos do art. 5º, § 1º, da L. 7.347/85;

f) a observância do prazo em dobro, da intimação pessoal e da vista pessoal fora de cartório aos membros da Defensoria Pública da União, nos termos do art. 44, I e VI, da Lei Complementar 80/94.

Dá-se a causa, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

São Paulo, 18 de dezembro de 2006.

JOÃO PAULO DE CAMPOS DORINI
Defensor Público da União

PEÇA PROCESSUAL: CASO CÉSIO 137 DE GOIÂNIA

Vania Márcia Nogueira

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DA ___ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS.**

Processo nº: _____

PRIORIDADE DE FEITO COM BASE NA Lei nº 10.741/01 (idosos com idade acima de 65 anos), Lei nº 10.741/03 (idoso com idade acima de 60 anos) e art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal (acesso à justiça célere).

1 - B. C. F.;

2 - D. M. L.;

3 - J. C. F.;

4 - S. J. S. D.

nos autos em epígrafe, por intermédio da Defensoria Pública da União, vêm, perante Vossa Excelência, propor

ACÇÃO DECLARATÓRIA E CONDENATÓRIA (INDENIZAÇÃO)
C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E TUTELA ANTECIPADA

em face da **União Federal, Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) e Estado de Goiás**, todos citados na pessoa de seus representantes legais, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir:

1 ACIDENTE RADIOATIVO COM O CÉSIO 137 (DE 1987 AOS TEMPOS ATUAIS)

No dia 13/09/87, uma cápsula contendo Césio 137 (material radioativo de alta contaminação e tóxico ao organismo humano) foi deixada nos escombros do Instituto Goiano de Radiologia (IGR), em local aberto a qualquer transeunte. O uso da bomba pelo IGR foi devidamente autorizado pela CNEN. No local, hoje funciona o Centro de Convenções de Goiânia.

Dois catadores de papel, R. S. e W. M., pensando tratar-se de lixo abandonado (ferro), pegaram a peça no local e levaram para a rua 57, Setor Aeroporto, onde foi parcialmente aberta. No dia seguinte, foi vendida ao Sr. D., dono de um ferro-velho, na famosa rua 26-A, Setor Aeroporto, onde foi totalmente aberta. Familiares e amigos encantaram-se com o brilho azul do césio e a sobrinha, L. N., passou o material em seu corpo, levando um pouco para sua casa na rua 6, Setor Norte Ferroviário, e para as ruas 15-A e 17-A, no Setor Aeroporto. Várias pessoas entraram em contato com familiares contaminados e se contaminaram, disseminando a radiação. Um dos irradiados, que tocou no pó de Césio, era motorista de ônibus e contaminou centenas de pessoas.

A esposa de D., M. G., começou a passar mal e levou a peça até a Vigilância Sanitária do Estado, na rua 16-A, primeiro local onde se suspeitou que se tratava de material radioativo. Os médicos do Estado de Goiânia contataram a CNEN em Brasília, após alguns dias, onde foi certificada a radioatividade.

Porém, mesmo após se constatar que se tratava de material radioativo, o Estado (União Federal e CNEN) ocultou o fato de muitos órgãos que trabalhavam para conter o acidente e enviou uma equipe totalmente despreparada de militares, bombeiros e pessoal da Defesa Civil para vigiar e, posteriormente, retirar as 13,4 toneladas de lixo atômico (terra, demolições dos imóveis, roupas, animais de estimação etc.) para enterrá-las numa cidade próxima de Goiânia – Abadia de Goiás.

O relatório da Fundação Nacional de Saúde (Funasa) feito à época constatou que, mesmo após se passarem mais de 15 anos do ocorrido, o césio ainda fazia suas vítimas. Os donos da cápsula que continha o césio e que a abandonaram foram condenados à pena privativa de liberdade de 3 anos em regime aberto, que, posteriormente, foi convertida em pena alternativa.

Houve várias vítimas fatais e dezenas de contaminados que tiveram lesões profundas na pele por queimaduras, doenças mentais permanentes, câncer em várias partes do corpo, anemias intermitentes, perdas de membros ou funções, alguns se tornando deficientes físicos e outros portadores de outros males que os impossibilitam de trabalhar até os dias atuais.

Algumas pessoas foram indenizadas, passando a receber pensão, face ao reconhecimento disposto na Lei Federal nº 9.425/96 e na Lei Estadual nº 10.977/89, para as vítimas dos chamados grupos I e II (classificação utilizada pelo poder público estadual para fornecer auxílio às vítimas junto à Superintendência Leide das Neves Ferreira – SuLeide, antiga Funasa).

O Ministério Público de Goiás atualmente investiga vários casos de câncer ocorridos em pessoas que residiam próximo ao acidente e que, inclusive, já perderam parentes com a mesma doença. A Associação das Vítimas do Césio 137, através de seu presidente, o Senhor O. A. F. (vítima do césio que se tornou portador de necessidades especiais, tendo fundado a referida associação), alega que mais de 1000 pessoas pertencem a essa entidade e reivindicam, até o presente momento sem êxito, assistência médica especializada e indenização do Estado.

Várias pessoas foram fazer tratamento do Césio 137 na cidade de Marina Tarará, em Cuba, onde o governo cubano manifestou-se, à época, que o acidente de Goiânia foi um dos piores acidentes nucleares da história, tendo na menina L. e sua família os seres humanos mais contaminados no mundo pela radioatividade.

O governo negou-se a reconhecer as vítimas do acidente que manifestaram sintomas posteriores. Estas faleciam progressivamente a cada dia, perdendo totalmente qualidade de vida e sossego. Algumas vítimas que sobreviveram buscam até hoje tratamento para suas doenças em hospitais públicos e, quando podem, em hospitais particulares, muitas vezes através de doações feitas por amigos e parentes, pois não podem aguardar os prazos consideráveis para a marcação de consulta e exames, principalmente os casos de portadores de câncer.

Essas pessoas foram e são discriminadas na rua onde moram, em pontos de ônibus, escolas e demais lugares públicos, quando apresentam algum sinal de contaminação de outrora, como é o caso do Senhor O. (derme sem pigmentação e membros superiores reduzidos).

Alguns assistidos, a seguir discriminados, relatam seus vínculos com o acidente, os danos sofridos e solicitam providências deste juízo conforme o pedido desta ação.

2 DADOS PESSOAIS DOS AUTORES (ASSISTIDOS), NEXO CAUSAL E DANOS SOFRIDOS

– ASSISTIDO: B. C. F.

– DATA DE NASCIMENTO: (...)

– IDADE: 70 ANOS

O assistido é idoso, acima de 65 anos. Esteve em contato direto com vítimas diretas do acidente. Frequentou a casa de sua filha, M. C. F. F., esposa de O. A. F., estando a “Casa dos Porcos” tomada pela contaminação. Não foi reconhecido como vítima do acidente radioativo. Não possui plano de saúde. Necessita de assistência médica em virtude dos males que sua saúde sofre. Requer reconhecimento próprio como vítima dos grupos I e II.

– RELAÇÃO DO ASSISTIDO COM O ACIDENTE RADIOATIVO DO CÉSIO

	Contato direto com o céσιο
X	Contato direto com objetos contaminados pelo céσιο
X	Contato direto com pessoas contaminadas pelo céσιο
	Contato direto com lixo radioativo
	É filho de pessoas contaminadas pelo céσιο
	É parente de pessoas contaminadas pelo céσιο (que não sejam filhos)
	Residia próximo a um dos locais envolvidos no acidente

– DIREITOS E ASSISTÊNCIA RECONHECIDOS PELO ESTADO

Pagamento de pensão federal	DIB –	Valor R\$ – NÃO RECEBE
Pagamento de pensão estadual	DIB –	Valor R\$ – NÃO RECEBE
Pagamento de indenização por dano material		Valor R\$ – NÃO RECEBEU
Pagamento de indenização por dano moral		Valor R\$ – NÃO RECEBEU
Reconhecimento de vítima pelo Estado, enquadrando-a no grupo: <input type="checkbox"/> I – pessoas contaminadas e/ou irradiadas – doenças mais graves; <input type="checkbox"/> II – pessoas contaminadas e/ou irradiadas – doenças menos graves; <input type="checkbox"/> III – pessoas que tiveram contato com vítimas contaminadas ou que trabalharam no acidente – contato direto ou indireto com o lixo radioativo (NÃO RECEBEM BENEFÍCIO ALGUM).		

– DANO MORAL ANTERIOR OU ATUAL SOFRIDO PELO ASSISTIDO

X	Devido à vizinhança ou ao contato com o céσιο, com pessoas ou objetos contaminados com o céσιο, é portador de doença proveniente do acidente ou possui saúde debilitada que o impede de exercer atividade laboral e/ou ter qualidade de vida.
Doença: O requerente sofre de dores na coluna vertebral, cefaleias e lapsos de memória.	
Sintomas: O requerente sente dores nos membros superiores e inferiores do corpo, tem lapsos de memória e perda parcial do olfato.	
Cirurgias que fez ou precisa fazer: O requerente foi submetido à intervenção cirúrgica devido a problemas de prisão de ventre, da qual emergiram inúmeros caroços na região abdominal de seu corpo.	
Tratamento que fez ou precisa fazer: O requerente necessita de tratamento médico especializado em virtude das dores que sente nos braços e nas pernas frequentemente.	
X	Devido à vizinhança ou ao contato com o céσιο, com pessoas ou objetos contaminados com o céσιο, perdeu ou possui parentes doentes em razão do acidente.
Parente: C. C. F. P. (filha) Falecimento: 28/05/1994	
Doença e sintomas: A filha do requerente, C., foi incluída no grupo 2. Morava com a irmã, M. C. F., na Casa dos Porcos e todos os dias pela manhã C. cozinhava ovos para ela e as crianças da casa, sem saber que os ovos estavam tomados pela contaminação. Faleceu devido à infecção generalizada.	
X	Devido à vizinhança ou ao contato com o céσιο, com pessoas ou objetos contaminados com o céσιο, sofre de problemas psicológicos – medo de adquirir doenças ou gerar filhos doentes.
Sintomas: O requerente contraiu problemas psicológicos em função do acidente radioativo e convive com o medo de que possa vir a perder filhos e netos, uma vez que já assistiu à morte de sua filha C. O requerente possui receio de que ele próprio ou algum membro de sua família seja acometido por doenças fatais.	
X	Devidos à vizinhança ou ao contato com o céσιο, com pessoas ou objetos contaminados com o céσιο, sofreu enorme discriminação.
Discriminação: O requerente foi vítima de situações humilhantes e constrangedoras. Foi para a casa de sua filha, M. C. F., e lá enfrentou, com ela, a ira dos vizinhos, que desejavam apedrejá-los. Teve de se esconder com as filhas e os netos, para não serem linchados pela vizinhança, que os julgava causadores de toda a contaminação presente na Casa dos Porcos.	

– ASSISTIDO: D. M. L.**– DATA DE NASCIMENTO: (...)****– IDADE: 75 ANOS**

A requerente é avó de L. N., ficou em contato com pessoas contaminadas e não foi reconhecida como vítima do acidente radioativo. Foi ameaçada de linchamento pelos moradores de sua cidade, devido ao preconceito que tinham em relação a ela. Não recebe auxílio ou pensão e não foi indenizada.

– RELAÇÃO DO ASSISTIDO COM O ACIDENTE RADIOATIVO DO CÉSIO

	Contato direto com o césio
	Contato direto com objetos contaminados pelo césio
X	Contato direto com pessoas contaminadas pelo césio
	Contato direto com lixo radioativo
	É filho de pessoas contaminadas pelo césio
X	É parente de pessoas contaminadas pelo césio (que não sejam filhos)
	Residia próximo a um dos locais envolvidos no acidente

– DIREITOS E ASSISTÊNCIA RECONHECIDOS PELO ESTADO

Pagamento de pensão federal	DIB –	Valor R\$ – NÃO RECEBE
Pagamento de pensão estadual	DIB –	Valor R\$ – NÃO RECEBE
Pagamento de indenização por dano material		Valor R\$ – NÃO RECEBEU
Pagamento de indenização por dano moral		Valor R\$ – NÃO RECEBEU
Reconhecimento de vítima pelo Estado, enquadrando-a no grupo:		
() I – pessoas contaminadas e/ou irradiadas – doenças mais graves;		
() II – pessoas contaminadas e/ou irradiadas – doenças menos graves;		
() III – pessoas que tiveram contato com vítimas contaminadas ou que trabalharam no acidente – contato direto ou indireto com o lixo radioativo (NÃO RECEBEM BENEFÍCIO ALGUM).		

– DANO MORAL ANTERIOR OU ATUAL SOFRIDO PELO ASSISTIDO

X	Devido à vizinhança ou ao contato com o césio, com pessoas ou objetos contaminados com o césio: é portador de doença proveniente do acidente ou possui saúde debilitada que o impede de exercer atividade laboral e/ou ter qualidade de vida.
Doença: A requerente sofre de colesterol alto e angina.	
Sintomas: A requerente é acometida por cefaleias e tonteadas com frequência. Sente, ainda, pontadas no peito e grande fraqueza.	
Tratamento que fez ou precisa fazer: A requerente necessita de tratamento médico especializado em virtude das cefaleias e tonteadas a que é acometida constantemente.	
X	Devido à vizinhança ou ao contato com o césio, com pessoas ou objetos contaminados com o césio, perdeu ou possui parentes doentes em razão do acidente.
Parente: L. N. F. (neta) Falecimento: 23/10/1987	
Doença e sintomas: A neta da requerente, L. N., faleceu dias após a descoberta da abertura da cápsula radioativa. L. esteve em contato direto com o material radioativo e veio a óbito no dia 23 de outubro do respectivo ano.	
X	Devido à vizinhança ou ao contato com o césio, com pessoas ou objetos contaminados com o césio, sofre de problemas psicológicos – medo de adquirir doenças ou gerar filhos doentes.
Sintomas: A requerente sofre de traumas psicológicos devido a ter acompanhado a situação da filha, L. N. F., ao perder sua neta, L. N. Em função do acidente radioativo, a requerente sofreu a perda da neta, acompanhou o sofrimento da filha e hoje convive com a incerteza de ver um dos seus familiares também vítima do acidente, portando sequelas como doenças de difícil tratamento ou incuráveis.	
X	Devido à vizinhança ou ao contato com o césio, com pessoas ou objetos contaminados com o césio, sofreu enorme discriminação.
Discriminação: A requerente foi vítima de preconceitos vindos das pessoas de sua cidade. Ela mora em Cocalzinho e se viu na condição de enfrentar a ira dos moradores na época do acidente, visto que eles julgavam-na uma ameaça à cidade. Assim, a requerente foi alvo de discriminações, tornando-se uma pessoa isolada do convívio de vizinhos e colegas e influenciando na perda da vontade de viver, o que contribuiu para o estado depressivo da requerente.	

– ASSISTIDO: J. C. F.**– DATA DE NASCIMENTO: (...)****– IDADE: 61 ANOS**

A requerente trabalhou na rua 57, no período da descontaminação e, também, no Depósito de Lixo Radioativo em Abadia de Goiás. Trabalhou sem proteção e ficou exposta à contaminação por meio de pessoas e objetos contaminados. Aposentada por invalidez pelo INSS, a requerente sofre de várias patologias e não pode executar labor. Foi reconhecida como vítima do grupo 3 e possui plano de saúde; entretanto, os remédios que a requerente necessita fazer uso regularmente são muito onerosos, não sendo compatíveis com a sua fonte de renda.

– RELAÇÃO DO ASSISTIDO COM O ACIDENTE RADIOATIVO DO CÉSIO

	Contato direto com o césio
X	Contato direto com objetos contaminados pelo césio
X	Contato direto com pessoas contaminadas pelo césio
X	Contato direto com lixo radioativo
	É filho de pessoas contaminadas pelo césio
	É parente de pessoas contaminadas pelo césio (que não sejam filhos)
	Residia próximo a um dos locais envolvidos no acidente

– DIREITOS E ASSISTÊNCIA RECONHECIDOS PELO ESTADO

Pagamento de pensão federal	DIB –	Valor R\$ – NÃO RECEBE
Pagamento de pensão estadual	DIB –	Valor R\$ – NÃO RECEBE
Pagamento de indenização por dano material		Valor R\$ – NÃO RECEBEU
Pagamento de indenização por dano moral		Valor R\$ – NÃO RECEBEU
Reconhecimento de vítima pelo Estado, enquadrando-a no grupo: () I – pessoas contaminadas e/ou irradiadas – doenças mais graves; () II – pessoas contaminadas e/ou irradiadas – doenças menos graves; (X) III – pessoas que tiveram contato com vítimas contaminadas ou que trabalharam no acidente – contato direto ou indireto com o lixo radioativo (NÃO RECEBEM BENEFÍCIO ALGUM).		

– DANO MORAL ANTERIOR OU ATUAL SOFRIDO PELO ASSISTIDO

X	Devido à vizinhança ou ao contato com o césio, com pessoas ou objetos contaminados com o césio, é portador de doença proveniente do acidente ou possui saúde debilitada que o impede de exercer atividade laboral e/ou ter qualidade de vida.
Doença: A requerente sofre de hipertensão, osteoporose, sopro no coração, cálculo renal e cefaleias.	
Sintomas: A requerente é acometida por cefaleias e tonteiras com frequência. Sofre de erupções cutâneas, ou seja, em seu corpo surgem caroços seguidos de grande coceira e vermelhidão. A requerente é hipertensa e sofre de cólicas renais. É, ainda, acometida por osteoporose e sopro no coração.	
Tratamento que fez ou precisa fazer: A requerente necessita de tratamento médico especial em virtude das erupções cutâneas a que é acometida, além do fato de sofrer os males da osteoporose. É hipertensa em tratamento.	
Medicamentos que usou ou necessita usar: A requerente faz uso de medicações para profilaxia de osteoporose, hipertensão e sopro no coração.	
X	Devido à vizinhança ou ao contato com o césio, com pessoas ou objetos contaminados com o césio, sofre de problemas psicológicos – medo de adquirir doenças ou gerar filhos doentes.
Sintomas: A requerente trabalhava diretamente com pessoas e objetos contaminados pelo material radioativo. Executava serviços gerais e foi contratada para trabalhar na rua 57, no Setor Central, na Capital, junto aos técnicos e funcionários trabalhadores na fase de descontaminação, o que a fez trabalhar próximo a uma área de risco sem quaisquer paramentos necessários, tais como: luvas, botas, macacões e toucas. A requerente foi transferida para o depósito de lixo radioativo, localizado no Município de Abadia de Goiás, do qual saiu por questões de saúde. Desde então, a requerente não pôde levar uma vida como outras pessoas, pois seu estado de saúde é frágil e requer cuidado especial. A requerente gozava de plena saúde em época anterior ao acidente e hoje se vê na condição de pessoa inválida, o que influi no receio que sente em contrair doenças ainda mais perigosas.	
X	Devido à vizinhança ou ao contato com o césio, com pessoas ou objetos contaminados com o césio, foi impedido de exercer atividade laboral.
A requerente foi obrigada a abandonar seu trabalho por aproximadamente 01 (um) ano, em virtude do agravo da osteoporose, fazendo com que passasse por dificuldades financeiras. Durante o período em que a requerente trabalhou no depósito, a CNEN, que a encaminhava para a SuLeide, a fim de serem realizadas consultas médicas, não se manifestou a respeito do estado de saúde da assistida, mesmo estando a par dele.	

– ASSISTIDO: S. J. S.**– DATA DE NASCIMENTO: (...)****– IDADE: 47 ANOS**

O requerente é parente de vítimas diretas e não foi reconhecido como vítima do acidente radioativo.

– RELAÇÃO DO ASSISTIDO COM O ACIDENTE RADIOATIVO DO CÉSIO

	Contato direto com o césio
X	Contato direto com objetos contaminados pelo césio
	Contato direto com pessoas contaminadas pelo césio
	Contato direto com lixo radioativo
	É filho de pessoas contaminadas pelo césio
X	É parente de pessoas contaminadas pelo césio (que não sejam filhos)
	Residia próximo a um dos locais envolvidos no acidente

– DIREITOS E ASSISTÊNCIA RECONHECIDOS PELO ESTADO

Pagamento de pensão federal	DIB –	Valor R\$ – NÃO RECEBE
Pagamento de pensão estadual	DIB –	Valor R\$ – NÃO RECEBE
Pagamento de indenização por dano material		Valor R\$ – NÃO RECEBEU
Pagamento de indenização por dano moral		Valor R\$ – NÃO RECEBEU
Reconhecimento de vítima pelo Estado, enquadrando-a no grupo: () I – pessoas contaminadas e/ou irradiadas – doenças mais graves; () II – pessoas contaminadas e/ou irradiadas – doenças menos graves; () III – pessoas que tiveram contato com vítimas contaminadas ou que trabalharam no acidente – contato direto ou indireto com o lixo radioativo (NÃO RECEBEM BENEFÍCIO ALGUM).		

– DANO MORAL ANTERIOR OU ATUAL SOFRIDO PELO ASSISTIDO

X	Devido à vizinhança ou ao contato com o césio, com pessoas ou objetos contaminados com o césio, perdeu ou possui parentes doentes em razão do acidente.
Parente: D. A. F. (cunhado) Falecimento: 12/05/2004 Parente: L. N. F. (sobrinha) Falecimento: 27/10/1987	
Doença e sintomas: A sobrinha do requerente, L. N. F., veio a óbito devido ao contato direto com o material radioativo. Foi levada ao Rio de Janeiro na época, contudo não resistiu e faleceu. O cunhado do requerente, D. A. F., veio a óbito alguns anos após o acidente radioativo, portando tumor cancerígeno no fígado – cirrose hepática.	
X	Devido à vizinhança ou ao contato com o césio, com pessoas ou objetos contaminados com o césio, sofre de problemas psicológicos – medo de adquirir doenças ou gerar filhos doentes.
Sintomas: O requerente sofre de problemas psicológicos em virtude do acidente radioativo. Na época do acidente, seus filhos, D. M., que tinha 01 (um) ano de idade no período, e M. A. M., que tinha 03 (três) anos no período, estiveram em contato com sua cunhada, L. O., que se encontrava altamente contaminada pelo material radioativo. A filha do requerente contraiu forte disenteria, que se estendeu por aproximadamente três meses, e o filho do requerente contraiu dores de cabeça e febre. O requerente convive com o fato de ele e sua família serem vítimas do acidente e com a dúvida de se vão ou não apresentar sequelas desse acidente.	
X	Devido à vizinhança ou ao contato com o césio, com pessoas ou objetos contaminados com o césio, perdeu bens materiais.
Bens: O requerente perdeu parte da mobília que existia em sua casa devido à contaminação e foi ressarcido apenas em parte do que lhe foi retirado.	
X	Devido à vizinhança ou ao contato com o césio, com pessoas ou objetos contaminados com o césio, sofreu enorme discriminação.
Discriminação: O requerente sofreu discriminações vindas de colegas de trabalho, vizinhos e amigos. Ele e sua família foram isolados por serem vítimas do acidente e julgados como apresentando riscos à saúde de outras pessoas, a partir do momento que a CNEN, através de seus técnicos, interditou a casa onde moravam. O requerente passou por situações indesejáveis e constrangedoras. Sofreu o preconceito dos moradores de Anápolis.	

3 DO DIREITO

A responsabilidade do Estado por danos nucleares, seja à pessoa, seja ao meio ambiente, está consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF) e na Lei nº 6.938/81.

No caso do acidente radioativo ocorrido com o Césio 137 em Goiânia, no ano de 1987, já se configurou a responsabilidade estatal, conforme se observa pela legislação editada à época, Lei Federal nº 9.425/96 e Lei Estadual/GO nº 10.977/89, bem como pelas Leis nºs 4.118/62 e 6.182/74 e pelo Decreto-Lei nº 1.982/82, todos pertinentes.

NÃO APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENÁRIA

Estabelece o Decreto nº 20.910/32 que *a prescrição contra Fazenda Pública é quinquenária*. Não obstante, devemos entender o referido decreto como norma geral a regular a prescrição contra a Fazenda Pública, **não podendo esta regular questões específicas sobre matérias de ordem pública ou cuja tutela ao bem jurídico torna-se tão importante que o legislador tratou do assunto à parte.**

Dessa forma é que o legislador ordinário, ao editar a Lei nº 6.453/77, que trata da responsabilidade por danos nucleares, estabeleceu prazo ESPECÍFICO para dano nuclear, senão vejamos:

Art. 12 – O direito de pleitear indenização com fundamento nesta lei prescreve em 10 anos, contados da data do acidente nuclear.

Parágrafo único – Se o acidente for causado por material subtraído, perdido ou abandonado, o prazo prescricional contar-se-á do acidente, mas não excederá a 20 anos contado da data da subtração, perda ou abandono.

Absurdamente, os acusados pelo acidente com o césio em 1987, para evitar a utilização do prazo prescricional da Lei nº 6.453/77, que o legislador sabiamente determinou em 20 anos, tentam afastar a incidência desta lei em virtude de seu art. 1º, inciso III, excluindo os radioisótopos do conceito de “produto ou rejeito radioativo”. O radioisótopo pode não ser classificado como “produto ou rejeito radioativo”, **mas é lógico que o Césio 137 é material nuclear**

(art. 1º, I), que a cápsula que guardava o césio é “instalação nuclear” (art. 1º, VI, c) e que o episódio ocorrido foi um **ACIDENTE NUCLEAR** (art. 1º, VIII), que provocou um **DANO NUCLEAR** (art. 1º, VII).

Esta tese soa tão contrária aos ditames da justiça e aos princípios do direito principalmente porque, diante de um dano nuclear de tamanha proporção e gravidade, ofendendo a saúde humana e o meio ambiente, não há que se cogitar aplicar interpretação que venha a excluir qualquer responsabilidade. A potencialidade do dano nuclear diante da população já autoriza a aplicação do *in dubio pro misero*.

Ademais, alguém ousa discordar que o episódio não foi classificado como um DANO NUCLEAR, não somente no Brasil, mas em todo o mundo? Se todos os técnicos do assunto, autoridades públicas, imprensa, pesquisadores e leigos utilizam o termo DANO NUCLEAR e classificam o CÉSIUM 137 COMO MATERIAL CAPAZ DE PRODUZIR ENERGIA NUCLEAR, será que todos estão utilizando a terminologia errada? Será que o Césio 137 não emite radiação (método de emissão de energia)? Como resta comprovado, negar a utilização da Lei nº 6.453/77 é negar a potencialidade atômica lesiva do material Césio 137. Seria mais fácil negar que o acidente sequer ocorreu.

Voltando à prescrição, o que se deve ter em mente com relação à matéria prescricional é que este instituto configura-se **matéria de ordem pública, que visa a garantir a estabilidade jurídica, evitando conflitos sociais**. PORTANTO, PARA SE FALAR EM PRESCRIÇÃO, É MISTER VERIFICAR **NÃO SOMENTE O DIREITO VIOLADO, MAS O MOMENTO QUE NASCE A PRETENSÃO, OU SEJA, O MOMENTO NO QUAL SE PODE EXIGIR O DIREITO, QUE NEM SEMPRE COINCIDE COM O NASCIMENTO DO DIREITO SUBJETIVO**. Deve-se perquirir se há possibilidade de o autor **exercitar seu direito subjetivo naquele momento, solicitando a tutela jurídica, ou se foi negligente e quedou-se inerte**, dando azo a que o Estado garanta a segurança jurídica, determinando a prescrição do direito.

Dessa forma, **deve-se observar não somente o evento danoso (violação do direito), mas, principalmente, o MOMENTO NO QUAL SURGE PARA O AUTOR A PRETENSÃO AO DIREITO VIOLADO, OU SEJA, NA QUALIDADE DE VÍTIMA (AUTOR DO DIREITO SUBJETIVO), E, PRINCIPALMENTE, A POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE SEU DIREITO DE AÇÃO, A EXIGIBILIDADE.**

Esclarece o Professor Nelson Rosenthal:

A prescrição não se inicia no momento que ocorre o nascimento do direito subjetivo de ação, mas sim no momento que ocorre a pretensão, antes o direito subjetivo não é exigível.

Nos casos de acidente nuclear, a **contaminação direta** é feita por medição e **constatada na época do acidente**, porém a **contaminação indireta ou intergeracional nem sempre é constatada na época do acidente, uma vez que os efeitos da radiação propagam-se no tempo**. Os sintomas da contaminação ou a possibilidade de identificação desta de forma indireta, mediante **aparecimento de doenças, somente são efetivamente constatados pela vítima após o EFETIVO APARECIMENTO DE SINTOMAS DA DOENÇA**, inclusive na contaminação intergeracional.

Suponhamos uma pessoa atingida pela radiação que somente venha a apresentar sintomas de males provocados pelos efeitos da energia nuclear após dez anos do acidente (1997). Se não apresentava nenhum prejuízo a seu organismo, ou seja, NÃO HAVENDO O RESULTADO-DANO, ainda que tenha o direito subjetivo de ser vítima do acidente nuclear, não foi por ele prejudicado em sua saúde. Como então essa pessoa poderia EXIGIR (pretensão) do Estado a responsabilidade objetiva, se não há prejuízo?

Para admitir que a prescrição ocorre na data do fato, no caso de danos nucleares, ter-se-ia que admitir que somente o acidente em si já seria suficiente para induzir a indenização, não tendo que se provar o prejuízo, já que, COMPROVADAMENTE, os efeitos da radiação prolongam-se no tempo. Os poucos estudos sobre o tema são uníssimos em **afirmar que vários males provocados pela radiação manifestam-se após 15, 17 anos do fato (nesse sentido manifestaram-se os relatórios médicos acostados, bem como é o parecer da Dra. M. P. C., médica da FunLeide à época e, atualmente, superintendente da SuLeide):**

No quarto ano após o acidente foram diagnosticados casos de câncer em pacientes do grupo III (pacientes que não tiveram envolvimento direto com o acidente). Ambos os pacientes foram levados a óbito três anos após o diagnóstico e o tratamento. Nove anos após o acidente a população em acompanhamento apresenta

um quadro típico de doenças secundárias no stress como: hipertensão arterial, depressão. Tivemos também alguns casos de fobia pelo câncer.

O Ministério da Saúde, através da Funasa, editou a NORMA TÉCNICA N° 15, em 19/12/2001 (doc. anexo), discorrendo sobre o acidente de Goiânia:

[...] Estudos da SULEIDE demonstram que para o grupo populacional diretamente exposto ao acidente, até o corrente ano, a incidência de casos de câncer é 5,4 e 3,3 vezes maior do que aquela encontrada na população masculina e feminina de Goiânia respectivamente.

De acordo com as informações científicas disponíveis, o tempo médio de latência para o surgimento de casos de câncer num acidente dessa proporção é de 15 anos, ou seja, estima-se que a partir do próximo ano, quando completam 15 anos do acidente, haja um crescimento progressivo da taxa de incidência de câncer nessa população.

O depoimento do **médico I. C. F.**, em 21/03/2001, às 15:30, nos autos do Inquérito Civil nº 001/02, MP/GO¹, reafirma o anteriormente exposto:

[...] Há sempre a possibilidade de surgimento de efeitos biológicos tardios, principalmente a cancerização (qualquer exposição às radiações implica neste risco; não há uma dose segura), com desenvolvimento de neurofibrossarcomas, uma forma rara de câncer. Indução de câncer pulmonar, de tireóide ou de fígado requerem uma ou duas décadas, enquanto a leucemia pode manifestar-se em 5 a 10 anos. As radiações também tem efeito teratogênico; se ocorridas na fase da pré-implantação acarretam em geral a morte do organismo em formação; no período embrionário, há grandes probabilidades de produzirem malformações, dependendo da dose e do momento da exposição; no período fetal a exposição

¹ Inquérito civil iniciado no ano de 2001, pelo Ministério Público do Estado de Goiás, no qual se colheram inúmeros depoimentos de vítimas não assistidas pelo Estado, médicos que atuaram no acidente e especialistas atuais e inúmeros servidores estatais. Pela total credibilidade e excelência do trabalho realizado, depoimentos coletados neste serão utilizados ao longo desta peça, com autorização do Dr. Marcus Antonio Ferreira Alves, promotor em Goiânia-GO.

praticamente não provoca malformações. Portanto, tais pacientes tem que ser examinados, 1 a 2 vezes/ano por toda a vida. É que elas são de cunho recessivo e podem aparecer na 3ª, 4ª e 5ª gerações.

O maior prazo prescricional da Lei nº 6.453/77 tem razão de ser em virtude da especificidade da matéria. Sabe-se que o dano provocado pelo acidente com material nuclear, ou seja, o prejuízo à vítima, pode aparecer anos após o acidente ou pode acometer filhos e netos do contaminado – denominado dano intergeracional, que deixa sequelas em gerações futuras.

Vários estudos, inclusive feitos pela própria FunLeide (atual SuLeide) à época e pela Funasa, por seu órgão especializado, admitem que o tempo médio de latência do césio é de quinze anos, a partir do qual aparecerão as doenças provenientes da contaminação. Também esclarecem que, desde o acidente, houve um crescente e progressivo aumento nas taxas de incidência de câncer na população goiana, o que poderá aumentar a partir dos próximos anos.

No caso do acidente radioativo ocorrido com o material césio em Goiânia, em 1987, deve-se ater às seguintes considerações:

– trata-se de responsabilidade OBJETIVA do Estado, inclusive por configurar também dano ambiental, sendo que muitos contaminados de forma indireta o foram através do meio ambiente;

– trata-se de material abandonado (pelos proprietários da cápsula) ou, se assim não entender, trata-se de material subtraído (pelos carregadores da cápsula), certo que, **em ambos os entendimentos, aplica-se a prescrição vintenária, do parágrafo único da citada lei;**

– o **prazo prescricional deve ser contado a partir do momento que surge a pretensão para a vítima, ou seja, o momento que surge a lesão ao direito, com possibilidade do exercício do direito de ação.** No caso do acidente nuclear, sabe-se que nem sempre coincidem evento danoso (dano) e efetivo prejuízo, como ocorre nos casos de acidente de trabalho, conforme demonstra a Súmula nº 278 do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

O art. 189 do Código Civil Brasileiro veio prescrever o que já dizia a doutrina pátria:

Art. 189 – Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

As normas de hermenêutica existem para conferir ao intérprete da lei a mais sábia e justa interpretação ao dispositivo legal, devendo ser observados as sistemáticas do direito como um todo, o histórico do instituto legal e o intuito da lei. **Como já dito, a prescrição é um instituto criado para conferir segurança jurídica e paz social e não vedar o direito subjetivo de ação, sob pena de ferir princípios constitucionais, processuais e de direito material.** Dessa forma, ao se interpretar o artigo citado, não se pode afirmar que a violação ao direito seja sempre o momento do ato lícito ou ilícito ou, *in casu*, do dano (acidente), pois podem não coincidir.

Esta é a única interpretação possível, principalmente porque outros artigos de lei confirmam a intenção do legislador civil: *arts. 197 e 199 (CC), que afirmam não correr a prescrição entre cônjuges, na constância do casamento, contra incapazes, pendente condição suspensiva, não vencido o prazo etc.* **Nota-se que, em todas essas situações descritas por lei, não há possibilidade de se exercitar o direito e, ainda que seja titular do direito subjetivo, não há condições para o exercício do direito de ação, cujo empecilho pode ser proveniente de situações fáticas, como resultantes da lógica, ou de simples proteção social.**

A exemplo, pode-se ter realizado um negócio jurídico, cujo direito somente será violado após a superação da condição suspensiva do negócio. Antes de superada a condição suspensiva, ainda que tenha havido o evento danoso, não existiu a possibilidade do exercício da pretensão ao lesado. O mesmo ocorre com o cônjuge na constância do casamento, uma vez que poderá ter o exercício de sua pretensão podado pela situação fática na qual vive ou por institutos legais relacionados à comunhão de patrimônio. **Impedir a prescrição, nesses casos, é garantir o próprio direito subjetivo.**

Não se poderia esperar que outra interpretação fosse dada à lesão sofrida pelas vítimas do Césio 137. Iniciar o prazo prescricional, de forma genérica, a todos os vitimados seria IMPEDIR DIREITOS SUBJETIVOS e ferir princípios constitucionais e o próprio instituto da prescrição.

Muitas vítimas somente sabem que são vítimas anos após ter ocorrido o acidente, quando são acometidas de várias doenças. Muitas mães somente souberam que seus filhos foram contaminados, após nascerem com deformidades ou doenças provenientes da radiação.

Ademais, muitas pessoas não foram incluídas nas listagens apresentadas pela União Federal ou pelo Estado de Goiás na condição de vítimas, o que as impossibilitou de auferir direitos às pensões estatais conferidas pela Lei Estadual nº 10.977/89 e pela Lei Federal nº 9.425/96, sendo que a junta médica² criada para verificar a condição de vítima somente foi instituída em 15/09/2001, pelo Decreto nº 5.487, **fato que impossibilitou inúmeras pessoas de exercer sua pretensão ao direito violado.** Somente a partir desta data (2001), deve se iniciar o prazo prescricional para o direito à pensão do Estado de Goiás, para aqueles não incluídos na listagem inicial.

Depoimento prestado por J. F. S., **médico**, em 02/05/2001, às 14:30, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

Que o relatório emitido pela Fundação Nacional da Saúde (FUNASA) não contém erro quando afirma que de acordo com as informações científicas disponíveis até o momento o tempo médio de latência para o surgimento de casos de câncer num acidente dessa proporção é de quinze (15) anos, ou seja, estima-se que a partir do próximo ano, quando completam quinze (15) anos do acidente, haja um crescimento progressivo da taxa de incidência de câncer nessa população; que inclusive o prazo de quinze (15) anos é uma estatística médica, sendo que a ciência também dispõe de dados para afirmar que a exposição a radiação tem prazos diferentes para diferentes doenças como por exemplo: leucemia pode manifestar-se a partir de cinco (05) anos da exposição, dependendo do organismo do indivíduo, da idade e da dose; que as demais doenças tem período normal de quinze (15) anos ou mais; que o certo é que doenças não estocásticas, como por exemplo o câncer, tentem a aparecer após os quinze (15) anos, o que não exclui o surgimento de casos em tempo

² Lei Federal nº 9.425/96: “Art. 3º – A comprovação de ser vítima do acidente radioativo ocorrido como césio 137 e estar enquadrada nos incisos do artigo anterior deverá ser feita por meio de junta médica oficial, a cargo da Fundação Leide das Neves Ferreira, com sede em Goiânia, estado de Goiás e supervisão do Ministério Público federal, devendo-se anotar o tipo de seqüela que impede o desempenho profissional e/ou o aprendizado de maneira total ou parcial.”

inferior, dependendo da exposição genética de cada indivíduo; que há estudos também no sentido de que o indivíduo que recebeu uma dose de radiação e teve alteração cromossômica pode passar a disponibilidade ao câncer para futuras gerações; que também é com senso científico de que não há dose de radiação segura, ‘somente a não tomada’, isso porque cada indivíduo reage diferentemente a radiação.

Nesse sentido têm entendido a doutrina e nossos tribunais:³

³ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACIDENTE RADIOATIVO COM O CÉSIO-137. APELAÇÃO DA CNEN RECEBIDO NO EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO. MAIOR GRAVAME A SER IMPOSTO AOS BENEFICIÁRIOS DA SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM CASO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA ATÉ O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. ACIDENTE OCORRIDO HÁ MAIS DE 17 (DEZESSETE) ANOS. ATENDIMENTO E ACOMPANHAMENTO MÉDICO ÀS VÍTIMAS INADEQUADO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE **PRESCRIÇÃO**. QUESTÃO A SER DISCUTIDA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. 2. O MM. Juiz *a quo* recebeu no efeito meramente devolutivo o recurso de apelação interposto pela Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em que se discute a responsabilidade civil pelo acidente com o Césio-137, bem como a reparação dos danos causados, sob o fundamento da possibilidade de maior gravame a ser imposto aos beneficiários da sentença proferida na ação civil pública, em caso de acolhimento da pretensão da autarquia federal. 3. **Embora o acidente radioativo com Césio-137, na cidade de Goiânia/GO, tenha ocorrido há mais de 17 (dezesete) anos, até o presente momento as vítimas não vêm recebendo de forma adequada e satisfatória o necessário atendimento e acompanhamento médico.** 4. **Hipótese em que deve prevalecer o interesse público da parte da população atingida pela radiação do Césio-137, cujos efeitos vêm desencadeando o aparecimento de diversas doenças, inclusive congênicas, não podendo o Poder Público desincumbir-se de prestar a assistência necessária a essas pessoas.** 5. **A Fundação Nacional de Saúde, através do Centro Nacional de Epidemiologia, admitindo que o tempo médio de latência do Césio é de quinze anos, estima haver um crescimento progressivo da taxa de incidência de câncer na população goiana, a partir de 2002, como consequência do acidente radiológico.** 6. A Nota Técnica do CNE/FNS, de dezembro de 2003, declara que não há plano de ação integrado da SULEIDE/SES à CNEN para redução e eventual eliminação da exposição ambiental e as ações voltadas aos aspectos de saúde da população. Também não há registro de plano da SULEIDE/SES que contemple os aspectos de promoção, prevenção e assistência à saúde. 7. A eficácia executiva imediata do dispositivo da sentença é relevante para: a) garantir o entendimento médico-hospitalar, técnico-científico, odontológico e psicológico às vítimas diretas e indiretas, reconhecidamente atingidas, até a 3ª geração; b) viabilizar o transporte das vítimas em estado mais grave (do grupo I) para a realização de exames, caso necessário; c) prosseguir o acompanhamento médico da população de Abadia de Goiás - GO, vizinha do depósito provisório de rejeitos radioativos, bem como prestar eventual atendimento médico, em caso de contaminação. d) efetivar sistema de notificação epidemiológica sobre câncer, conforme proposto às folhas 284/372; e) auxiliar e contribuir, no que for necessário,

O direito à indenização, como se sabe, não surge com o acidente, mas com a lesão por ele causada, ou mais precisamente, como conhecimento pela vítima da lesão sofrida. Em sendo assim, a perda do direito de ação, ou melhor, o início da contagem do prazo para que este direito se perca só pode ser aquele que deu margem ao direito de requerer a indenização, isto é, aquele que deu origem à ação. A reparação, como se sabe, só é devida a partir do dano. [...] Esse é um princípio geral do direito que não pode ser esquecido e que não há qualquer razão jurídica que justifique a sua exclusão em relação a responsabilidade nuclear. (Paulo de Bessa Antunes).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. DECRETO 20.910/32, ART. 1º.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pela parte, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. **'O termo a quo para aferir o lapso prescricional para ajuizamento de ação de indenização contra o Estado não é a data do acidente, mas aquela em que a vítima teve ciência inequívoca de sua invalidez e da extensão da incapacidade de que restou acometida.' STJ (RESP 673.576/RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 21.03.2005)**

com o trabalho de monitoramento epidemiológico permanente da população de Goiânia, atualmente realizado pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, ficando, no caso de interrupção desse monitoramento por parte do Estado de Goiás, condenada a efetivá-lo individualmente; e f) manter, nesta capital, um centro de atendimento para as vítimas do Césio 137, com a assistência permanente de físicos e médicos especializados, caso a prestação desses serviços venha a ser interrompida por parte do IPASGO e do Estado de Goiás, que sucedeu a extinta FUNLEIDE. **8. Eventual alegação da prescrição pretensão condenatória do Ministério Público Federal não constitui fundamento suficiente a atribuir efeito suspensivo ao acolhimento do pedido deduzido na peça recursal, uma vez que tal questão será devidamente apreciada por ocasião do julgamento da apelação interposta pela Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN nos autos da ação civil pública.** 9. Agravo de instrumento da CNEN improvido. (AG 2000.01.00.103440-7/GO; AGRADO DE INSTRUMENTO. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA.quinta turma. 09/12/2004 DJ p.22. 29/11/2004).”

3. *Recurso especial a que se nega provimento. STJ (RESP 611775/PR; RECURSO ESPECIAL 2003/0210743-7. T1 - PRIMEIRA TURMA. DJ 30.05.2005 p. 222. 17/05/2005). (Grifo nosso).*

Vejamos o depoimento de algumas vítimas que não tiveram assistência dos poderes públicos envolvidos e que SOMENTE TIVERAM SUAS PRETENSÕES EXERCITÁVEIS ANOS APÓS O ACIDENTE, quando apareceram os primeiros sintomas de vários males OU QUANDO VIERAM A DESCOBRIR QUE esses males eram doenças provenientes da radiação.

Depoimento prestado por Z. M. J., serviços gerais, em 28/06/2001, às 14:20, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

DOENTE 10 ANOS APÓS O ACIDENTE – *que na época do acidente radioativo com césio 137 em 1987, a declarante trabalhava na COMURG como gari; que 1 (um) mês antes de sair da FEBEM a declarante começou a passar mal: não tinha energia nem para levantar da cama, falta de apetite, vômito, dores de cabeça; que a declarante é enquadrada no Grupo 3 (três) para efeito de assistência; que até hoje nunca recebeu qualquer auxílio da 'Leide das Neves', e também não recebe nenhuma pensão; que no ano de 1998 a declarante começou a sentir dores nos ombros, peito, o que a fez procurar o Dr. A. no Centro Médico Samaritano, onde foi diagnosticado câncer de garganta no ano de 2000; que a declarante paga os R\$ 40,00 (quarenta reais) no caixa do Hospital Araújo Jorge recebendo um papel comprovando o pagamento e o mesmo comprovante é tomada da declarante quando passa em outro guichê; que a Fundação Leide das Neves tem conhecimento do câncer e nada fez para auxiliá-la até hoje, bem como de maneira geral o Estado de Goiás e a União.*

Depoimento prestado por N. P. S., aposentado, em 28/08/2001, às 15:10, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

DOENTE 11 ANOS APÓS O ACIDENTE, TENDO ADQUIRIDO OUTRO CÂNCER NO ANO DE 2000 (17 ANOS APÓS) – *que não foi informado do perigo que era seu trabalho, ao contrário lhe informaram que não tinha perigo algum; que nunca recebeu roupa especial para trabalhar; que trabalhou mais*

ou menos uns dois (02) anos no depósito provisório de Abadia de Goiás; que durante o trabalho na CNEN passou mal por diversas vezes, sentindo tonturas, dores de cabeça, dormência na gengiva, perda de dentes etc.; que até fevereiro de 1998 trabalhou normalmente, quando passou mal e teve que ir as pressas ao hospital onde descobriu o câncer sendo feito até uma triagem para realização de uma cirurgia, o que não ocorreu devido ao estado avançado da doença; que o declarante passou então as sessões de quimioterapia; que após a descoberta do câncer, o CRISA 'encostou' o declarante cortando o seu pagamento passando a receber só pelo INSS; que durante o período de dois (02) em que permaneceu afastado do CRISA não recebeu qualquer assistência do órgão apenas ganhou cinco (05) injeções para auxílio da quimioterapia; que chegou a reclamar para o médico dores de cabeça, vômito, tontura, mas o médico apenas, algumas vezes, receitou remédio para as dores de cabeça; que nunca o médico falou nada sobre o perigo de radiação; que sobrevive em extrema dificuldade financeira em virtude de sua aposentadoria de miséria e da necessidade de comprar os remédios para tratar o câncer; que hoje está com um caroço no lado esquerdo do rosto e sentindo os mesmos sintomas do câncer no pescoço mas não tem dinheiro para pagar a consulta no Hospital Araújo Jorge, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais); que sem pagar a consulta não consegue realizar o exame no Hospital Araújo Jorge; que está frente a um dilema: ou compra alimentos ou paga a consulta; que não tem mais nenhuma condição econômica de custear seu tratamento, pois desde que descobriu o novo câncer não consegue mais sequer pagar a consulta e custear seu tratamento.

Depoimento prestado por E. R. C., militar – PM, em 24/04/2001, às 16:00, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

DOENTE EM 2003 (16 ANOS APÓS O ACIDENTE) – *que não recebeu nenhum material de proteção contra a radiação nem era informado sobre o assunto; que durante o período que prestou serviço no depósito provisório radioativo manifestou significativa queda de cabelo bem como teve disfunção sexual (dificuldade de ereção), esclarece, ainda, que há três anos vem apresentando fortes dores de cabeça e perda de memória; que durante todo o tempo que trabalhou não recebeu qualquer assistência médica da Fundação Leide das Neves e da Polícia Militar do Estado de*

Goiás; que hoje não sabe sequer a origem de seus problemas de saúde e teme pela sua família.

Depoimento prestado por M. S. R., soldado PM – reformado, em 07/03/2001, às 15:00, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

DOENTE 8 ANOS APÓS O ACIDENTE – *que o declarante tomou conhecimento de que estava isolando uma área em virtude de radiação pelos jornais, que o deixou muito abalado psicologicamente; que no início foram dadas canetas aos policiais para que medisse a radiação; que o declarante usou o aparelho apenas por uma vez pois foram recolhidas com o argumento de que estavam 'lotadas'; que no final do ano de 1995, o declarante começou a sentir a cabeça 'zonza' e ter convulsões; que o declarante perguntou a Dra. C. se o câncer não poderia ter relação com a proximidade com o césio, ao que foi informado de que tal hipótese apenas seria viável se um filho do declarante nascesse com deformação genética; que o declarante nesse momento disse a Dra. C. que seu filho havia nascido após o césio, e apresentou um problema de formação: ausência de uma das válvulas do coração; que a médica saiu da sala sem dar explicações e não mais voltou passando o tratamento para outro médico, Dr. R., a cuidar do declarante.*

Se tudo não bastasse, é certa a tese de **imprescritibilidade de direitos indisponíveis, tais como: a vida, a saúde, a necessidade de um meio ambiente equilibrado e protegido, o direito da personalidade (honra, não discriminação) etc.**

Sabe-se que as relações jurídicas são pautadas em direitos subjetivos e potestativos. Os direitos potestativos não são passíveis de prescrição e somente decaem aqueles sujeitos a prazos legais. **A prescrição** está sempre ligada a uma prestação de dar, fazer ou não fazer, ou seja, **uma ação condenatória. Ações declaratórias e constitutivas não se sujeitam a prazos prescricionais.**

O pedido de inclusão nas listas de pensionistas, reconhecendo a qualidade de vítima da parte autora para fins de tratamento médico hospitalar especializado e pagamento de pensão especial, não configura pedido condenatório, mas declaratório, com relação ao primeiro, e constitutivo, em relação ao segundo.

Declara-se a qualidade de vítima e constitui-se o direito, JÁ EXISTENTE NAS LEIS n^{os} 9.425/96 e 10.977/89, de receber a pensão existente.

INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM*

A aplicabilidade do Decreto n^o 20.910/32 que trata da prescrição contra a Fazenda Pública, neste caso em concreto, como sendo aceita a prescrição quinquenária, ofende as normas de interpretação do instituto da prescrição e, óbvio, o ACESSO À JUSTIÇA estabelecido no Texto Constitucional, pois obsta um direito público, subjetivo do autor.

RESPONSABILIDADE DA UNIÃO FEDERAL – LEGITIMAÇÃO PASSIVA

Antes de se perquirir a legitimidade passiva da União Federal pelo acidente ocorrido com o material césio, é necessário lembrar que a responsabilidade do Estado no caso de acidente nuclear é OBJETIVA, em razão de também ter sido um dano ambiental, e que muitos atos danosos posteriores ao acidente foram causados por negligência, imprudência ou imperícia dos agentes do Estado, que, para efeito de responsabilidade OBJETIVA, sequer necessitam ser alegados. Observa-se o descaso e negligência com a qual os poderes públicos envolvidos trataram o acidente e suas vítimas, através do relato do Dr. Marcus Antônio Ferreira Alves nos autos do Inquérito Civil n^o 001/01 do Ministério Público de Goiás, já citado (anexo).⁴

1. 4 **Inquérito Civil Público n^o 001/01, realizado pelo Ministério Público do Estado de Goiás:** “[...] 3 – E mais, aos policiais que foram designados para isolamento da área de incidência do césio 137, nada foi informado acerca da gravidade da situação, pensando todos os praças tratar-se de intoxicação por vazamento de GLP. Só vieram ter notícia da verdade pela imprensa, aproximadamente duas semanas após o início dos trabalhos.

4 – Certo é que o Estado de Goiás não prestou qualquer assistência aos policiais irradiados, e, absurdamente, embasado em parecer solicitado à CNEN, negou qualquer relação de doenças diagnosticadas com a exposição dos militares a radiação, sequer considerando-os radioacidentados para efeito de tratamento de moléstias na Fundação Leite das Neves, atualmente possuindo natureza jurídica de Superintendência. [...]

8 – Não é exagero de linguagem dizer que os policiais foram reduzidos à condição de *res*, pois não tinham condições de recusa do trabalho. **Valorizou-se mais os cavalos do Regimento de Polícia Montada, já que quando chamados a fazer o isolamento da área, os animais ficaram confinados**

É o que determina a atual Constituição da República Federativa do Brasil, ao delimitar a competência EXCLUSIVA da União, em seu art. 21:

Art.21 – Compete à União:

XXIII – [...]

c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

A referida responsabilidade OBJETIVA já era tratada na Constituição de 1967, bem como prevaleceu na Constituição atual:

Constituição de 1967

Art. 105 – As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único – Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Constituição de 1988

Art. 37 – [...]

§ 6^o – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, a responsabilidade da União Federal **não se fundamenta apenas no ato em si de fiscalização, utilização, guarda e conservação do material nuclear, mas está fundamentada sob três aspectos:**

nos estábulos.

9 – É responsabilidade objetiva do Estado de Goiás promover de forma eficiente a assistência de todos os policiais que laboraram no isolamento e guarda das áreas contaminadas e detritos radioativos, ao invés de postar-se na defensiva cômoda da negativa da exposição dos praças à radiação. [...]” (p. 2-5).

1 – Responsabilidade OBJETIVA POR ATO POSTERIOR AO EVENTO DANOSO: proveniente dos danos causados (**ação e omissão**) pelos agentes da União Federal (EXÉRCITO, agentes do Ministério da Saúde e outros servidores federais) que foram acionados para conter os efeitos do acidente. **Mal treinados, despreparados tecnicamente, ocultando informações à população de forma leviana e com má-fé, contribuíram para a contaminação de inúmeras pessoas**, propagando os danos causados, solidariamente com a CNEN. **Ainda, negligenciaram quanto à elaboração das listas das vítimas**, lesionando o direito de inúmeras pessoas que precisavam de auxílio financeiro para se manterem vivas;

2 – Responsabilidade OBJETIVA: proveniente do **dano ambiental** causado. O meio ambiente é um **BEM COMUM DE TODOS**, sendo TODOS partes legítimas para acionar sua proteção. O local da contaminação teve que ser evacuado por um longo período, de modo que as pessoas perderam bens móveis, imóveis e semoventes; até os dias atuais, o local é constantemente fiscalizado para verificar o índice de contaminação atual do meio ambiente (DUAS VEZES POR SEMANA, UM VEÍCULO OFICIAL DA CNEN FAZ A MEDIÇÃO DO BAIRRO DE MAIOR CONTAMINAÇÃO. NO QUINTAL DE VÁRIAS RESIDÊNCIAS PRÓXIMAS AO LOCAL, FOI INSTALADO UM MEDIDOR QUE, ATÉ OS DIAS ATUAIS, É VERIFICADO SEMANALMENTE), ou seja, AINDA HÁ RISCO ao meio ambiente e às pessoas que residem nas proximidades?

3 – Responsabilidade OBJETIVA POR ATO ANTERIOR AO EVENTO DANOSO: proveniente da **atuação NEGLIGENTE quanto à OMISSÃO E INEFETIVIDADE NO DESENVOLVIMENTO DE PESQUISAS** de atividades nucleares (Decreto nº 1.982/82, art. 2º) existentes no país, já que detinha o monopólio destas, tendo responsabilidade solidária com a CNEN.

Mesmo na Constituição de 1967, vigente à época do acidente, já se estabelecia a responsabilidade da União na defesa em casos de calamidade pública, como ocorrido em Goiânia, onde foi montada uma verdadeira “operação de guerra”, tamanhas foram as repercussões do acidente e suas implicações em nível nacional:

Art. 8º – Compete à União:

[...]

XII – organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações.

Também resta configurada na Constituição passada a responsabilidade da União pelos atos de competência privativa do Chefe do Executivo Nacional. Entre eles, incumbia mobilizar pessoal para restringir a contaminação após o acidente, visto que é o comandante das Forças Armadas, podendo decretar sua mobilização diante de caso tão grave:

Art. 83 – Compete privativamente ao Presidente:

[...]

XII – exercer o comando supremo das forças armadas;

XIII – decretar a mobilização nacional total ou parcialmente.

A Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre a política nacional de energia nuclear e criou a CNEN, é CLARA AO DEFINIR A RESPONSABILIDADE DA UNIÃO FEDERAL, **porque, à época do acidente, detinha o monopólio sobre pesquisa e comércio de materiais nucleares**, bem como **cabia ao Poder Executivo ORIENTAR a Política Nacional de Energia Nuclear:**

Art. 1º Constituem monopólio da União:

I – A pesquisa e lavra das jazidas de minérios nucleares localizados no território nacional;

II – O comércio dos minérios nucleares e seus concentrados; dos elementos nucleares e seus compostos; dos materiais físeis e férteis, dos radioisótopos artificiais e substanciais e substâncias radioativas das três séries naturais; dos subprodutos nucleares;

III – A produção de materiais nucleares e suas industrializações.

Parágrafo único. Compete ao Poder Executivo orientar a Política Nacional de Energia Nuclear.

A mesma lei, em seu art. 3º, criou a CNEN, como autarquia federal, com atribuições previstas em lei, direcionadas à execução de promoções e fiscalizações de material nuclear. Não obstante, o MONOPÓLIO ainda era exclusivo da União, inclusive, **necessitando de autorização do Poder Executivo para qualquer medida de execução, conforme se verifica no art. 4º da Lei nº 4.118/62:**

Art. 4º Compete a CNEN:

Art. 5º Para a execução das medidas previstas no artigo anterior, a CNEN operará diretamente, ou através de sociedades anônimas subsidiárias que organizar, mediante prévia autorização, em decreto do Poder Executivo, para as finalidades previstas nos itens II e III do art. 4º desta lei.

Somente com a Lei nº 7.781, de 27 de junho de 1989, que dá nova redação aos artigos da Lei nº 6.189/74, determinou-se que o monopólio da União seria para o **desenvolvimento de pesquisas de atividades nucleares**, sendo outras atividades exercidas pela CNEN, ou seja, APÓS A OCORRÊNCIA DO ACIDENTE:

Art. 1º A União exercerá o monopólio de que trata o artigo 1º, da Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962:

I – Por meio da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, como órgão superior de orientação, planejamento, supervisão, fiscalização e de pesquisa científica.

No entanto, a atribuição da Política Nacional de Energia Nuclear **continuava com o Poder Executivo, cabendo à CNEN apenas COLABORAR** com a sua formulação, **nos termos do art. 2º, dado pela Lei nº 7.781/89**, o que leva a reforçar a responsabilidade da UNIÃO FEDERAL, bem como a **responsabilidade no desenvolvimento das pesquisas das atividades nucleares**, restando evidenciado no acidente que a União foi **OMISSA, INERTE E NEGLIGENTE** nesse aspecto. Até hoje não há pesquisas a contento sobre o tema e pensa-se em criar um centro de pesquisa no Estado de Goiás, o que ainda não ocorreu.

Declarou o Excelentíssimo Sr. Governador do Estado de Goiás, Dr. Henrique Santillo, no **I Simpósio internacional sobre o acidente radioativo com Césio 137, em Goiânia, de 28 a 30 de setembro de 1988**:

[...] À exceção de 2 convênios com a Universidade de Campinas, do acompanhamento da UFGO e do interesse manifestado pelo CNPQ, com nenhum outro apoio temos contado para tarefas tão complexas'; e também: 'estamos correndo o risco de pouco aproveitar da terrível experiência do episódio de Goiânia. Um acontecimento tão doloroso – que poderia ser o ponto de partida para a revisão de toda a atitude mundial diante da questão da energia nuclear – pode transformar-se, pela omissão, numa história mesquinha e sem importância, perdida na prevenção desses acidentes; na fiscalização do uso de artefatos radioativos; na codificação de normas de atuação frente a hipótese de acidentes; na retomada ou na implantação de um ensino específico nas faculdades de medicina; na construção de sistema seguro para colher rejeitos radioativos e no aprendizado de técnicas médicas e científicas de assistência às vítimas'.

Também se comprova a **responsabilidade da União Federal pelos atos de negligência e inércia atribuídos ao Sistema Único de Saúde (SUS) e ao Ministério da Saúde** em relação ao tratamento CÉLERE E EFETIVO às vítimas do césio. Muitas, até hoje, em fase terminal de carcinoma, são obrigadas a esperar meses para realizar um exame e outras possuem sintomas de doenças genéricas, não identificáveis, mas suficientes para debilitar o organismo a ponto de prejudicar o trabalho e a qualidade de vida.

Temos, ainda, **prova INEQUÍVOCA** da legitimidade da União Federal **para figurar no polo passivo desta ação**, sem ficar delongando a lide ao tentar atribuir sua responsabilidade solidária exclusivamente à CNEN, retratada nas ações explícitas e legais de **reconhecimento de responsabilidade pessoal pelo acidente de 1987, através do fornecimento de pensão vitalícia às vítimas do césio pela Lei nº 9.425, de 24 de dezembro de 1996**:

Art. 1º É concedida pensão vitalícia, a título de indenização especial, às vítimas do acidente com a substância radioativa CÉSIO 137, ocorrido em Goiânia, Estado de Goiás.

[...]

Art. 4º Havendo condenação judicial da União ao pagamento de indenização por responsabilidade civil em decorrência do acidente de que trata esta Lei, o montante da pensão ora instituída será obrigatoriamente deduzido do quantum da condenação.

Art. 5º O pagamento da vantagem pecuniária de que trata esta Lei ocorrerá à conta de encargos previdenciários dos Recursos da União sob a supervisão do Ministério da Fazenda, a partir do ano seguinte à publicação desta Lei, com a despesa prevista no Orçamento da União.

RESPONSABILIDADE DA CNEN – LEGITIMAÇÃO PASSIVA

É pacífico na doutrina e jurisprudência que a CNEN, autarquia federal, possui responsabilidade direta no episódio do césio em Goiânia. A responsabilidade da CNEN, **TAMBÉM OBJETIVA**, conforme restou configurado anteriormente pelos dispositivos constitucionais citados, foi proveniente de atos negligentes, imperitos, omissivos e imprudentes ocorridos **ANTES, DURANTE E DEPOIS DO ACIDENTE RADIOATIVO**.

Depoimento prestado por R. F., desempregado, em 19/12/2001, às 17:00, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

Que o declarante no ano de 1987, por volta do mês de setembro ou outubro, por estar desempregado, ficou sabendo que a CNEN estava contratando braçais para trabalhar na área do acidente radiológico; que o declarante e os companheiros freqüentemente constatavam ferrugem nos tambores e retiravam o conteúdo e transferiam para um novo; que os técnicos da CNEN compareciam ao local quando alguma equipe de reportagem ia ao depósito; que o declarante tem como grau de escolaridade o terceiro ano primário e nenhum conhecimento sobre radiação; que os técnicos da CNEN não faziam vistoria no local, só compareciam quando chamados; que muitas vezes constatavam que um tambor estava furado e vazando um líquido; que nesse caso, limpavam o líquido da plataforma com estopa e colocavam o conteúdo do tambor furado em outro recipiente; que o único técnico da CNEN que ficava em Goiânia e que ia ao depósito quando chamado era o Dr. W. M.; que muitas vezes, quando solicitavam a presença do Dr. W., o mesmo passava instruções pelo rádio; que a ordem do Dr. W. M. era categórica: quando surgisse um problema, deveria ser resolvido pelos próprios encarregados; que algumas vezes faltavam tambores para substituição e do Dr. W. determinou que quando a imprensa comparecesse ao local, não mostrassem os tambores corroídos por ferrugem; que o procedimento para esconder os tambores enferrujados era o seguinte: a CNEN, por meio do Dr. W. ou um funcionário ligado ao mesmo de nome D., ligava informando que equipes de reportagem iriam ao depósito em determinado horário e davam ordem para o declarante que o seus companheiros cobrissem as plataformas onde haviam tambores enferrujados ou com buracos com lonas ou virassem os tambores de forma que as câmeras não pudessem filmar o problema; que lembra-se também que quando a imprensa ia ao depósito, D. 'passava' um rádio para os encarregados e mandava que trocassem os uniformes (macacões) e colocassem outros limpos; que o procedimento de emergência para esconder as ferrugens e vazamento dos tambores quando a imprensa ia ao local, era pintar os tambores com um spray de tinta que a CNEN fornecia; que os contêineres e tambores só eram cobertos com lona quando a imprensa ia ao local; que quando chovia não havia ordem para cobrir os tambores e contêineres com a lona; que a lona

só servia para esconder as ferrugens da imprensa e dar tempo de remanejarem os tambores comprometidos; que de vez em quando faltava material para execução do trabalho: luvas e sapatilhas; que os encarregados trabalhavam com o próprio tênis; que os outros três encarregados também eram trabalhadores braçais e com pouquíssima escolaridade; que nada sabiam de possíveis riscos ou conseqüências; que durante o tempo em que ficou no depósito provisório perdia peso com freqüência, sem qualquer explicação; que no ano de 1991, o Dr. W. foi substituído pelo Dr. P. N., que quando assumiu o cargo de Coordenador, comunicou ao declarante que não precisava mais dos serviços do declarante e pediu que passasse no escritório da CNEN na rua 57; que o declarante foi até o escritório da CNEN e de lá foi determinado que se dirigisse até a empresa White e recebesse as 'contas'; que a CNEN não explicou o motivo de sua demissão; que o declarante pediu a cópia dos exames a uma prestadora de serviço a CNEN chamada E., mas a mesma não disse nada, limitando-se a dizer que tudo estava normal, que após o término do serviço continuou a perder peso e sentir dores pelo corpo, principalmente nas pernas; que a perna esquerda começou a doer muito alguns anos depois, chegando a ter febre alta acompanhada de delírio; que a situação agravou-se ao ponto de ser internado com urgência no Hospital Santa Geneveva, onde realizado um ultra-som no órgão, e segundo sabe constatarem um tumor; que no ano de 1999, começou a sentir forte cólica no abdome, sendo que situação ia se agravando; que teve quatro filhos depois que foi demitido, sendo que um dos mais novos tem muito problema de pele, estando inclusive com uma espécie de 'micose' nos pés há uns oito meses; que o primeiro aparece uns caroços e depois que arrebentam transformam em ferida, que já chegou a sangrar; que foi classificado no grupo três, mas nunca recebeu visita ou acompanhamento médico da Suleide; que não tinha direito ao remédio na Suleide; que ultimamente vem tossindo muito; que esteve na Suleide antes de realizar a cirurgia no intestino procurando auxílio médico, mas nada conseguiu; que o declarante vive em grande dificuldade que esta licença médica pelo INSS, e passa por muita dificuldade financeira; que sem trabalho afastado pelo INSS e tendo que alimentar a família, está vivendo de 'teimoso'.

Na leitura das Leis nºs 4.118/62, 6.189/74 e 7.781/89, observa-se que a CNEN é órgão superior de orientação, planejamento, supervisão, fiscalização

e *pesquisa científica* de materiais nucleares e equivalentes nessa energia, seja qual for a denominação que venha a receber pelo pessoal técnico, uma vez que toda a energia nuclear é potencialmente lesiva ao organismo humano e ao meio ambiente.

São algumas das atribuições da CNEN, dispostas na Lei nº 6.189/74, alterada pela Lei nº 7.781/89:

Art. 2º Compete à CNEN

I – colaborar na formulação da Política Nacional de Energia Nuclear;

II – baixar diretrizes específicas para radioproteção e segurança nuclear, atividade científico-tecnológica, industriais e demais aplicações nucleares

[...]

IV – promover e incentivar: [...]

b) a formação de cientistas, técnicos e especialistas nos setores relativos à energia nuclear; [...]

e) o tratamento de minérios nucleares, seus associados e derivados;

f) a produção e o comércio de minérios nucleares, seus associados e derivados;

[...]

VI – receber e depositar rejeitos radioativos;

[...]

IX - expedir normas, licenças e autorizações relativas a:

a) instalações nucleares;

b) posse, uso, armazenamento e transporte de material nuclear;

c) comercialização de material nuclear, minérios nucleares e concentrados que contenham elementos nucleares;

[...]

XIV – fiscalizar: [...]

c) a produção e o comércio de materiais nucleares;

[...]

XVI - produzir radioisótopos, substâncias radioativas e subprodutos nucleares, e exercer o respectivo comércio;

XVII - autorizar a utilização de radioisótopos para pesquisas e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;

XVIII - autorizar e fiscalizar a construção e a operação de instalações radiativas no que se refere a ações de comércio de radioisótopos.

A CNEN não executou com competência sua atribuição de FISCALIZAÇÃO de materiais nucleares, **deixando clínicas que utilizam radioisótopos sem fiscalização suficiente a impedir que a cápsula contendo o céσιο fosse desativada e descartada em um terreno desativado.**

Não preparou suficientemente seus técnicos, operadores e pesquisadores, que não conseguiram conter os efeitos do acidente. **Agiu de forma leviana e atécnica ao OCULTAR da população de Goiânia o acidente durante vários dias, o que ocasionou uma progressiva contaminação.**

Convocou profissionais de setores públicos e privados, juntamente ao Estado de Goiás e à União Federal, para trabalhar no acidente **sem fornecer nenhum preparo, material de proteção ou ORIENTAÇÃO suficiente para evitar a contaminação de inúmeros profissionais, voluntários e da própria população. Meses após o ocorrido, pessoas que trabalharam no local limpavam produtos que escoavam dos tambores de material radioativo, sem utilizar sequer uma luva,** conforme será demonstrado nos relatos acostados, cujas oitivas foram apuradas no Inquérito Civil nº 001/01, realizado pelo Ministério Público de Goiás (Dr. M. A. F. A.).

Depoimento prestado por J. L. P., subtenente PM, em 06/03/2001, às 16:00, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

Que os policiais do Corpo de Bombeiros também foram deslocados para o local do acidente no mesmo dia, sendo que os mesmos trabalharam diretamente com o material radioativo; que o declarante acredita que nesta ocasião ninguém sabia da gravidade da situação, inclusive os próprios comandantes, que os policiais ficaram uma semana isolando a área e os bombeiros atuando diretamente no problema sem que a população tomasse conhecimento e, segundo soube, o motivo do silêncio sobre o acidente foi a realização do Grande Prêmio do Brasil de Motociclismo (Campeonato Mundial); que durante a semana em que o acidente ficou oculto à população, o declarante acredita que o governo já sabia do acidente radioativo, bem como do perigo, mas achou melhor não divulgar para preservar, certamente, a imagem do Estado; que contudo não houve qualquer preocupação com a saúde dos policiais que estavam prestando serviço no local; que não foi fornecido aos policiais nenhum equipamento especial de proteção para trabalho no local; que após a notícia na imprensa,

chegaram ao local os técnicos da CNEN, e foram diretamente até o local onde estavam as cápsulas, mas vestiam roupas especiais para protegê-los da radiação; que trabalharam em Abadia de Goiás por volta de 329 policiais militares e 11 oficiais, sendo que os oficiais iam pouco ao local; que durante todo o tempo em que trabalhou no depósito de rejeitos, usou apenas a farda, sem qualquer proteção; que há seis anos o declarante começou a sentir dores nas juntas, inflamação dos nervos, glaucoma, além de suar exageradamente do lado esquerdo do corpo; que outro fato curioso que o declarante não consegue explicar é que quando sua o seu corpo fica gelado ao invés de aquecer; que o declarante tem comprovação médica de seu problema de inflamação nos nervos e de glaucoma.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO DE GOIÁS – LEGITIMAÇÃO PASSIVA

O Estado de Goiás também possui **RESPONSABILIDADE OBJETIVA**, por ato de seus agentes no exercício da função pública (art. 37, § 6º, da CF).

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado possui competência comum à União e outros entes para:

Art. 23 [...]

II – cuidar da saúde; [...]

VI – proteger o meio ambiente; [...]

X – combater as causas de pobreza e marginalização.

O acidente radioativo de 1987 reduziu à pobreza inúmeras pessoas, que não receberam auxílio médico a contento ou indenização ou pensão por parte dos causadores do dano. Famílias inteiras foram desestruturadas. Pessoas perderam o emprego pela discriminação ou ficaram incapacitadas ao trabalho; pessoas perderam casas, animais de estimação, roupas; pessoas foram discriminadas na vida privada e no trabalho; pessoas perderam entes familiares que sustentavam a casa, e agora precisam pedir benefício assistencial – LOAS – para sobreviver (docs. anexos).

Os falecimentos em virtude de doenças causadas pela contaminação, ainda que de forma indireta, ocorrem até a presente data, cujas vítimas não

tiveram a menor oportunidade de lutar pela vida, em razão da total ausência de recursos financeiros, técnicos e salutaros (doc. anexo).

Também, os servidores do Estado que atuaram **após o acidente** contribuíram para disseminar a contaminação. Ainda que se atribua à CNEN ou à União Federal a obrigação de preparar tecnicamente o pessoal que trabalhou no acidente, o Estado agiu **NEGLIGENTEMENTE** quando **OCULTOU DA POPULAÇÃO** e pior **DO PRÓPRIO PESSOAL QUE TRABALHAVA NA CONTENÇÃO** o risco e a gravidade do evento.

Tal fato levou a óbito policiais militares, bombeiros, ocasionando distúrbios maléficos em tantos outros profissionais, como no pessoal do Consórcio Rodoviário Intermunicipal (CRISA), atual Agência Goiana de Transportes e Obras (AGETOP), que foi chamado ao local para auxiliar a conter o césio etc. (docs. anexos). Pessoas essas que trabalharam no local sem o cuidado e atenção devidos, por ausência de orientação e de verdadeiro conhecimento sobre o que de fato estava acontecendo. Observam-se imagens anexas de profissionais deixando-se fotografar com a mão sobre os tambores do material radioativo, sem utilização de nenhum material de proteção, **NÃO CIENTES DO RISCO QUE CORRIAM** e, ainda, faxineiras contratadas para efetuar a limpeza, meses após o acidente, **SEM NENHUMA ORIENTAÇÃO** e **COM TOTAL DESCONHECIMENTO da potencialidade lesiva do material** que limpavam.

Depoimento prestado por M. R. C., **servidor público estadual**, em 28/08/2001, às 17:15, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

[...] que o Governador do Estado convocou o CRISA para dar suporte operacional à CNEN; que o declarante foi designado para o cargo de Coordenador Geral de Pessoal junto à CNEN; que a função do CRISA (Consórcio Rodoviário Intermunicipal S/A) era, por meio de seu pessoal – motoristas, operadores de máquinas, engenheiros, braçais, psicólogos, médicos e assistentes sociais, diárias, peças e material diversos – executar trabalho de remoção dos rejeitos; sendo que os mesmos não eram informados tanto pela União quanto pelo Estado do perigo a que estavam expostos; que toda medição feita pelos técnicos da CNEN era procedida com o alarme sonoro desligado, para não alarmar a população e pessoal que trabalhava com os rejeitos; que fora da área isolada por cordas os técnicos da CNEN e o declarante constataram quantidade

excessiva de radiação, mas a medição era feita com o contador Giger sem o alarme sonoro, para não provocar pânico na população e despertar escândalo na imprensa; que como maioria não foi considerada radioacidentado e como ainda trabalha no CRISA, passou a tomar conhecimento de vários casos de óbitos de seu companheiros que trabalharam na área do acidente radioativo e também no depósito provisório; que outros adquiriram câncer, como é o caso do Sr. N., que inclusive acompanha o declarante nesta audiência e que trabalhou no ano de 1996 na transferência do depósito provisório para do definitivo e que oito meses após o desligamento foi acometido de câncer no pescoço e atualmente esta com um foco no lado direito do rosto; que o pessoal que trabalhou em 1996 nem foi considerados radioacidentados para efeito de tratamento e pensão.

Depoimento prestado por Z. M. J., serviços gerais, em 28/06/2001, às 14:20, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

Que na época do acidente radioativo com césio 137 em 1987, a declarante trabalhava na COMURG como gari; que dentre as atividades da declarante pode citar: limpeza geral, lavagem de roupas de cama dos radioacidentados, limpeza dos banheiros, arrumava as camas; que antes da declarante e E. esfregaram o chão com estopa, as pessoas com macacão branco jogavam um produto na área a ser descontaminada; que a declarante e E. nunca utilizaram equipamento ou roupa de proteção para trabalhar; que a declarante tinha contato direto com os radioacidentados confinados no local, pois todos acabaram ficando amigos; que os pacientes estavam muito fragilizados e necessitavam de apoio, sendo que constantemente abraçavam a declarante em busca de suporte emocional; que no início o trabalho da declarante no prédio da FEBEM, era comum no momento em que as pessoas macacão passavam o aparelho de medir radiação na declarante, soar um alarme e uma luz vermelha piscar no mesmo; que quando acontecia isso os técnicos nada faziam, exceto duas vezes em que deram garrafas de vinagre para a declarante jogar no corpo; que uma das pessoas de macacão gostava de falar para a declarante em tom de brincadeira, que a mesma daqui 10 (dez) anos estaria morta com câncer; que acha que essas pessoas eram do CNEN.

Depoimento prestado por E. A. S., advogado, em 08/06/2001, às 16:40, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

*Que o declarante é **membro do Conselho Regional de Radiologia de Goiás**, e também é advogado; que os funcionários do CRISA foram requisitados pelo Estado para auxiliar no recolhimento de lixo radioativo e demolição dos imóveis contaminados; que repassa neste momento ao Ministério Público (06) seis xerox coloridas de fotos, datadas da época retirada dos rejeitos (1987), onde os funcionários do CRISA são vistos sem qualquer proteção próximos ou manuseando tambores do lixo radioativo; que não sabe o motivo dos funcionários não terem recebido roupa apropriada para manuseio da radiação; que todos que morreram de câncer e trabalharam com rejeitos radioativos (Césio 137) não foram considerados radioacidentados pelo Estado; que outro fato curioso é que o próprio CRISA considerou os funcionários contaminados por via indireta ao conferir gratificação irrisória aos que continuam trabalhando, conforme demonstra o contracheque de E. O. S., datado de junho/99; que pela sua experiência em técnico em radiologia e pesquisa própria e ainda em contato com médicos da área, pode afirmar com certeza que aos critérios usados pela Lei para concessão de pensão foram totalmente equivocados, pois exigia a norma como requisito que o radioacidentado ficasse incapacitado mental ou fisicamente para o trabalho; que gostaria de esclarecer que, em seu pensamento, às vezes uma pessoa que teve contato direto com o Césio e que recebeu tratamento adequado, e eram isolados de qualquer contato com radiação podem sofrer menos conseqüências do que outro indivíduo que teve contato indireto com a radiação, mas esteve exposto durante longo período a mesma.*

Assim como a União Federal, do Estado também é dever zelar pelo **MEIO AMBIENTE**, o que de fato não ocorreu.

A responsabilidade do Estado configura-se ainda nas ações ineficientes do SUS, que não foram adequadas para suprir a demanda e **EFETIVA necessidade com celeridade** aos vitimados.

Ainda, **prova INEQUÍVOCA** da legitimidade do Estado de Goiás **para figurar no polo passivo desta ação** retrata-se nas ações explícitas e legais de

reconhecimento de sua responsabilidade, ao editar as Lei nºs 10.977, de 3 de outubro de 1989, e 11.642, de 26 de dezembro de 1991, concedendo pensão vitalícia às vítimas do césio.

Mesmo que se tenha criado um ente público estadual – a Fundação Leide das Neves, atual Superintendência, para fornecer tratamento médico e elaborar, juntamente à União Federal, LISTAS DE VITIMADOS com direito ao recebimento das pensões, o Estado possuía responsabilidade solidária com o ente criado, visto que cabia ao Chefe do Executivo Estadual conceder pensões por morte, senão vejamos:

Estabelece a Lei Estadual nº 10.977/89:

Art. 2º – Por morte do pensionista amparado por esta lei, desde que comprovadamente provocada pelo acidente radioativo de Goiânia, o Estado de Goiás, mediante autorização do Chefe do Poder Executivo, a ser expedida em processo regularmente instruído pela Fundação Leide das Neves Ferreira, concederá pecúlio em quantia correspondente a 500 MVR.

[...]

Art. 6º – O pagamento ao benefício previstos nesta lei será efetuado por intermédio da Secretaria da Fazenda.

Após a Lei nº 13.550/99, a antiga FunLeide foi extinta, sendo criada a SuLeide, órgão ligado à Secretaria de Saúde do Governo de Goiás. Dessa forma, qualquer atribuição de responsabilidade da antiga FunLeide é agora de responsabilidade do Estado de Goiás.

Vários servidores do Estado (coronéis, praças, médicos, dentistas etc.) foram perseguidos por relatar a veracidade da omissão e negligência do Estado na época do acidente.

Depoimento prestado por V. M. C., coronel PM – médico, em 20/03/2001, às 15:30, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

Que não se recorda o ano, mas foi durante o período em que os dejetos já haviam sido encaminhados ao depósito provisório, foi intimado a comparecer na Justiça Federal para depor sobre o caso do Césio; que durante a audiência relatou que os policiais haviam

sido expostos à radiação e estavam sujeitos a toda sorte de efeitos; que em virtude de seu depoimento e justamente por ter afirmado a exposição dos policiais ao Césio, foi preso pelo Comando da Polícia Militar, ficando retido por algumas horas; que pelo que soube a CNEN nunca ofereceu aos policiais qualquer equipamento de proteção, mesmo aos que guardavam a área isolada e, portanto, estavam próximos da radiação.

Depoimento prestado por I. C. F., médico, em 21/03/2001, às 15:30, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

Que referidos pacientes queixavam-se de dores de cabeça, cansaço, náuseas, vômitos, dentre outros sintomas, sendo que possui inclusive as papeletas dos atendimentos; que o declarante sequer sabia do que realmente tinha acontecido pois a versão oficial era intoxicação por gás GLP, se limitando a medicar os sintomas; que o declarante diante da situação internou todos os pacientes em apartamentos comuns, sem qualquer isolamento; que imediatamente após saber do acidente passou a estudar cientificamente os efeitos da radiação no organismo humano bem como formas de contaminação, até mesmo para desenvolver trabalho junto aos policiais que trabalharam próximo ao césio 137; que não pôde mais continuar seu trabalho de pesquisa pois elas concluíam já nos primeiros momentos, que os policiais que trabalharam a guarda e isolamento da área acidentada e depósito provisório foram contaminados; que com o passar dos anos e o avançar dos estudos o declarante constatou o aumento de incidência de certas doenças relacionadas à exposição à radiação: alterações na tireóide e cânceres; que não pode mais continuar a pesquisa por motivos que não pode declarar.

Depoimento prestado por G. A. S., soldado PM – reformado, em 08/03/2001, às 16:30, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

Que preocupado com as manchas e as dores foi até o Hospital Geral de Goiânia, onde foi medicado em relação à dor de cabeça e foi encaminhado pelo Dr. I. G., que solicitou diversos exames de sangue e tomografias, mas não adiantou qualquer diagnóstico; que quando entregou os exames para o Dr. I. ele os analisou e

*receitou alguns remédios, mas não se recorda o nome dos mesmos; que o declarante na ocasião do retorno procurou o médico qual era o seu problema ou doença, mas o mesmo não disse nada; que o Dr. I. tinha conhecimento de que o declarante estava trabalhando na área do césio; que inobstante os problemas de saúde, foi ordenado que continuasse a trabalhar na área; que nunca havia sentido dor de cabeça tão freqüente e sem motivo aparente, bem como as manchas na pele e dores de estômago e juntas; que estava apavorado com seu problema de saúde, principalmente porque já tinha conhecimento do perigo que apresentava o césio, o que o levou a procurar novamente o Dr. V., médico da PM, que também não lhe disse o motivo do afastamento, mas condeou-se com sua situação encaminhou-o a Dra. M. P., que era, à época, presidente da Funleide; que a situação de saúde do declarante foi só piorando, passando a ter convulsões constantes, mas a esta altura já estava sendo acompanhado pelo Funleide; que ficou quatro anos sendo acompanhado pela Fundação; que logo no início de seu tratamento na Funleide, ficou internado por seis dias junto com os radioacidentados; que posteriormente foi internado por várias vezes no decorrer dos quatro anos; que no dia 22.10.1996, a Junta Médica da Polícia Militar do Estado de Goiás emitiu um laudo onde o declarante era dado como totalmente incapacitado para qualquer atividade, sendo que a fundamentação para tal diagnóstico foi '**paciente vítima de acidente radioativo em 1987, piora progressiva sem regressão dos sintomas com terapias habituais**'; que não teve acesso ao resultado dos exames realizados na Funleide; que por diversas vezes foi até a Fundação pedir seu prontuário e exames, mas sempre foi-lhe negado; que no ano de 1994 realizou exames na Funleide (tomografias) que constataram tumor na parte anterior do cérebro; que o declarante não recebe nenhuma pensão indenizatória por parte do Estado ou União; que os policiais da ativa temem até falar no assunto, em virtude de possíveis represálias da Polícia Militar; que gostaria de dizer que a Polícia Militar tratou com mais decência os cavalos do regimento da Polícia Montada do que os soldados, já que pouparam os animais estranhamente de acompanhar os policiais no patrulhamento.*

PERIGO ABSTRATO A TODA A POPULAÇÃO

O acidente de Goiânia foi um dos piores acidentes do mundo e talvez o mais grave, posto que teve inúmeras vítimas, **com a pessoa mais contaminada no mundo pela radiação**. A ação negligente e despreparada do Estado como um todo ocasionou a **perda da maior oportunidade de se estudar e desenvolver pesquisas sobre os efeitos da radiação no organismo humano e no meio ambiente**. A inércia quanto ao desenvolvimento de pesquisas por parte da União Federal ocorreu antes, durante e após o acidente e vem ocorrendo até a presente data. **Toda a população brasileira e do mundo corre o perigo abstrato de um acidente radioativo. As oportunidades de conhecimentos maiores sobre o tema não podem ser desperdiçadas.**

Depoimento prestado por G. A. S., soldado PM – reformado, em 05/06/2001, às 15:30, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

Que precisa atualmente comprar os remédios e fazer acompanhamento da evolução do câncer; já que vem sentindo sintomas cada vez mais fortes, tais como: manchas no corpo, vômito, dores de cabeça, dormência, tontura, formigamento no corpo, pernas geladas e esquecimento; que o declarante acha, pelos sintomas que vem sentindo, o câncer está evoluindo rapidamente e sua situação é desesperadora, pois não tem como pagar o acompanhamento médico.

ELABORAÇÃO DA LISTA DE PENSIONISTAS PELO ESTADO E PELA UNIÃO

A Lei nº 10.977/89 relacionou em um anexo, parte integrante da lei, quatro classes de beneficiários (I, II, III e IV) que receberiam a pensão especial concedida, a partir de 1º de maio de 1989, às vítimas do césio.⁵

⁵ Lei nº 10.977/89: “Art. 1º Ficam concedidas com vigência a partir de 1 de maio de 1989, pensões vitalícias às vítimas do acidente radioativo com o Césio-137, ocorrido em Goiânia em 1987, as quais se encontram nominadas no Anexo I, que passa a fazer parte integrante desta lei. Parágrafo único – As pensões vitalícias de que trata este artigo serão concedidas de acordo com os

A referida lei trouxe auxílio somente a um PEQUENO GRUPO DE PESSOAS VITIMADAS, visto que os GRUPOS de pessoas reconhecidamente vítimas, para fins de se enquadrarem nas referidas classes legais, foram elaborados administrativamente pela FunLeide de forma arbitrária e desigual. Sabe-se a proporção e gravidade do acidente e que centenas de pessoas foram contaminadas. Contudo, no Anexo I, **menos de 50 pessoas foram beneficiadas**, tendo essa lista aumentado, em 1990, com a inclusão de novos beneficiários, através da Lei nº 11.273/90.

Muitas pessoas que tiveram contato direto ou indireto com o material radioativo não conseguiram ser relacionadas na referida lista, devido ao critério injusto utilizado para definir os vitimados. Nota-se, no art. 1º da referida lei, que, quanto à incapacidade, somente seria beneficiário aquele que possuísse **“incapacidade total ou parcial PERMANENTE”, a dificuldade era de se**

limites, expressos em MVR (Maior Valor de Referência) e demais critérios abaixo especificados:

I – 22 (vinte e dois) MVR, para os pacientes com incapacidade funcional laborativa parcial ou total permanente, resultante do evento;

II – 15 (quinze) MVR, para os pacientes, não abrangidos pelo item anterior, irradiados e/ou contaminados em proporção igual ou superior a 100 (cem) Rads;

III – 11 (onze) MVR, para os pacientes irradiados e/ou contaminados em doses inferiores a 100 (cem) e equivalentes ou superiores a 50 (cinquenta) Rads;

IV – 8 (oito) MVR, para os demais pacientes irradiados e/ou contaminados, não abrangidos pelos itens anteriores, sob controle médico regular pela Fundação Leide das Neves Ferreira, a partir da sua instituição até a data da vigência desta lei, desde que cadastrados nos grupos de acompanhamento médico I e II da referida entidade.

[...]

Art. 3º As prescrições do artigo anterior aplicam-se com pertinência às vítimas do acidente a que se refere o art. 1º já falecidos até a data da vigência desta lei, em consequência de irradiação e/ou contaminação.

Art. 4º por decreto do Governador do Estado e mediante proposta fundamentada da Fundação Leide das Neves Ferreira, será igualmente concedida pensão especial vitalícia no valor estabelecido no item IV do art. 1º:

I – às pessoas, não abrangidas pelas disposições do art. 1º que, comprovadamente, se expuseram à fonte radioativa (Césio-137), por tempo e distância acima do limite permitido sob o prisma de proteção radiológica;

II – aos descendentes, até a 2ª geração, de pessoas irradiadas e/ou contaminadas, na forma deste e do art. 1º, que vierem a nascer após a vigência desta lei.

Parágrafo único – Em qualquer dos casos enumerados neste artigo, somente fará jus à pensão aquele que apresentar alterações clínico-laboratoriais compatíveis com os efeitos de radioatividade no ser humano devendo o benefício ter vigência a partir da efetiva comprovação dessas alterações pelo corpo médico da Fundação Leide das Neves Ferreira.”

estabelecer o caráter permanente em muitas doenças que acometeram os acidentados.

Dores da cabeça, tontura, mal-estar constante, diminuição de imunidade, anemia reiterada, irritabilidade, depressão, impotência sexual, perda do apetite e do sono etc. são os sintomas mais frequentes que perturbam a vida das vítimas até hoje, prejudicando o trabalho e a qualidade de vida; no entanto, são sintomas de **doenças indetermináveis, não tendo como o médico afirmar que terão caráter PERMANENTE**, fato que impede os beneficiários de auferir a pensão especial, cujo recurso seria utilizado para aquisição de medicamentos, realização de tratamento e a título de alimentos, **visto que pessoas que são portadoras desses sintomas não conseguem se fixar no emprego**. Ninguém quer um empregado com esses sintomas e, mesmo no serviço público, há discriminação pelos próprios colegas de trabalho.

Depoimento prestado por F. P. C. B., **médico**, em 12/06/2001, às 14:00, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

Que no que concerne ao soldado M. S., embora não seja cadastrado como radioacidentado, a Secretaria de Saúde através da Suleide providenciará de imediato todo o tratamento necessário a diagnosticar a situação atual do câncer que é portador, além de medidas médicas pertinentes; que se escusa de emitir qualquer juízo científico a cerca das razões de diferenciação dos radioacidentados em grupos, tendo como parâmetro de medição nível de radiação (contaminação); que terá que efetuar estudos e consulta ao Governador para verificar a possibilidade do critério de atendimento, que hoje é diferenciado por grupos, isto porque somente os classificados em grupo 1 (um) e 2 (dois) recebem medicação.

Depoimento prestado por I. F. D., **odontóloga**, em 15/05/2001, às 14:30, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

Que os classificados no grupo 03 não recebem medicamentos, bem como assistência do IPASGO; que também estes últimos não são beneficiários de pensão; que o pagamento das pensões bem como a classificação em grupo 01, 02 e 03 foi estabelecido através de dosagem/contaminação; que a Suleide já foi criado para atender determinado número de radioacidentados, sendo

que não fez e não pode fazer novas inclusões, a não ser que se já adotados novos critérios.

A efetiva comprovação das alterações clínico-laboratoriais ficaria a cargo da FunLeide (art. 4º, parágrafo único, da lei). Somente em 15/09/2001, com o Decreto nº 5.487, foi criada a referida **junta médica**.⁶ Nesse período, de 1987 a 2001, várias pessoas morreram sem atendimento específico e sem recursos financeiros para tanto.

A comprovação de que, até os dias atuais, várias pessoas estão SEM ATENDIMENTO ESPECÍFICO E SEM AUXÍLIO MATERIAL, AINDA FALECENDO VÍTIMAS DO CÉSIO, é que o Estado de Goiás, **no ano passado, 2004, através da Lei nº 15.071,⁷ criou OUTRA JUNTA MÉDICA para verificar a possibilidade de inclusão de novos alistados**

⁶ Decreto nº 5.487/01: “Art. 1º Fica criada na Superintendência Leide das Neves Ferreira uma Junta Médica, composta por M. P. C., J. W. O. e A. D. C., com a finalidade de avaliar ou reavaliar solicitações de inclusão nos grupos de radioacidentados com o Césio 137, ocorrido em Goiânia. Parágrafo único – A Junta Médica ora instituída deverá atuar sob a supervisão do Ministério Público Federal, quando se tratar de assuntos pertinentes à aplicação da retrocitada Lei federal n. 9.425/96, e sob a supervisão da Secretaria da Saúde, quando da ocorrência de tratamentos médicos oferecidos pela Superintendência Leide das Neves Ferreira.”

⁷ Lei nº 15.071/04: “Art. 1º Fica instituída na Secretaria da Saúde a Junta Médica Oficial Específica a cargo da Superintendência Leide das Neves Ferreira, conforme preceitua o art. 3º da Lei nº 9.425, de 24 de dezembro de 1996.

Art. 2º A Junta Médica instituída pelo art. 1º será composta por 5 (cinco) médicos nas especialidades oncologia, hematologia, dermatologia e medicina nuclear, respectivamente.

§ 1º Os profissionais que comporão a Junta Médica serão recrutados do Quadro Permanente de servidores da Secretaria da Saúde, subordinados à Lei nº 10.460, de 22 de fevereiro de 1988.

§ 2º A Junta Médica Oficial Específica para o cumprimento de suas atribuições poderá valer-se de laudos e perícias fornecidos por profissionais especializados.

Art. 3º Compete à Junta Médica Oficial Específica:

I – manifestar-se conclusivamente sobre a concessão de pensão especial instituída pela Lei federal nº 9.425/96 a todos os envolvidos, direta ou indiretamente, no acidente radioativo ocorrido com o Césio 137;

II – comprovar o nexo existente entre as seqüelas impeditivas do desempenho profissional e/ou aprendizado de maneira total ou parcial dos envolvidos e o acidente radioativo;

III – fazer o enquadramento das vítimas nos incisos do art. 2º da Lei nº 9.425, de 24 de dezembro de 1996.

Art. 4º Os laudos emitidos pela Junta deverão ser firmados por todos os seus componentes.

Art. 5º Será de 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado, o prazo de atuação da Junta Médica Oficial Específica.”

(17 ANOS APÓS O ACIDENTE). Esse fato comprova:

- a **responsabilidade do Estado de Goiás (legitimado passivo);**
- a **impossibilidade de início do prazo prescricional desde a data do acidente;**
- **que, até os dias atuais, pessoas são atingidas pelos efeitos da radiação e sofrem ou falecem devido ao acidente de 1987.**

No entanto, **a recém-criada junta médica não passa CREDIBILIDADE e ISENÇÃO aos vitimados, posto que será composta de servidores do Estado de Goiás, que durante 17 anos recusaram-se a incluir os vitimados não listados no anexo da lei (serão recrutados do quadro permanente de servidores da Secretaria de Saúde)**. Ademais, a referida junta médica terá **duração determinada somente para dois anos**, deixando desassistidas futuras vítimas, o que é plausível de ocorrer por causa dos efeitos prolongados da radiação, não tendo estas nenhum auxílio do Estado.

Cita-se, a exemplo da **NÃO ISENÇÃO DOS SERVIDORES DO ESTADO**, o caso ocorrido com a Sra. G. L. M.. Portadora de carcinoma, tenta há muito se incluir na condição de pensionista pelo Estado de Goiás, já recebendo a pensão paga pela União. Absurdamente, após avaliação de médicos da SuLeide em 19/02/04, foi-lhe fornecido um laudo constando que “suas patologias eram advindas da contaminação e irradiação do Césio 137, dentre as quais hipertireoidismo, surdez e câncer” (doc. anexo). Passados alguns dias, recebeu uma ligação de servidora da SuLeide pedindo que fosse ao local devolver o laudo recebido e pegar um novo. Ao se dirigir à SuLeide, a referida senhora recebeu novo laudo, dessa vez retificando o primeiro, retirando palavras que estabeleciam o nexo causal de suas doenças com o Césio 137 e, ainda, determinou-se que a referida senhora devolvesse o laudo anterior, segundo ela, coagindo-a pelo telefone.

Reportagem do jornal *Diário da Manhã*, de 07/09/1997:

Para o coronel da PM e médico patologista, V. M., a comissão fez um exame extremamente superficial. ‘Não se tirou uma amostra de sangue. Os PMs deviam ser examinados de maneira séria, inclusive com testes cromossomiais (exame dos cromossomos) para ver se houve mutação genética’, reclama. ‘No entanto, nunca foi dada uma roupa especial, mas o pessoal da CNEN trabalhava

parecendo astronauta. Nunca um grupo de trabalhadores foi tão desrespeitado e desconsiderado como estes militares', dispara indignado.

Reportagem do jornal *Diário da Manhã*, de 03/05/1997, sobre o Césio 137, segue depoimento do soldado da PM:

O soldado M. R. afirmou que não acredita e nem confia no resultado divulgado pela junta médica. 'O meu exame durou exatamente 20 minuto. O médico tirou meu sangue para analisar. Apenas me perguntou se tinha caso de câncer na minha família, ou filhos com problemas genéticos, mediu minha pressão e me mandou sair', reclamou, dizendo que os outros policiais também foram submetidos a esse tipo de exame.

Estudos médicos realizados comprovam que a radiação pode prolar seus efeitos em gerações futuras (intergeracional). No entanto, não há comprovação de que somente até a segunda geração haverá prejuízos genéticos e/ou imunológicos provocados pela radiação. Contudo, a Lei nº 10.977/89 somente beneficia, para fins de concessão de pensão, vitimados até a segunda geração.

A Lei nº 9.425/96, que instituiu a pensão federal,⁸ realiza o mesmo

⁸ Lei nº 9.425/96: “Art. 1º É concedida pensão vitalícia, a título de indenização especial, às vítimas do acidente com a substância radioativa CÉSIO 137, ocorrido em Goiânia, Estado de Goiás.

Parágrafo único. A pensão de que trata esta Lei, é personalíssima, não sendo transmissível ao cônjuge sobrevivente ou aos herdeiros, em caso de morte do beneficiário.

Art. 2º A pensão será concedida do seguinte modo:

I – 300 (trezentas) Unidades Fiscais de Referência – UFIR para as vítimas com incapacidade funcional laborativa parcial ou total permanente, resultante do evento;

II – 200 (duzentas) UFIR aos pacientes não abrangidos pelo inciso anterior, irradiados ou contaminados em proporção igual ou superior a 100 (cem) Rads;

III – 150 (cento e cinquenta) UFIR para as vítimas irradiadas ou contaminadas em doses inferiores a 100 (cem) e equivalentes ou superiores a 50 (cinquenta) Rads.

IV – 150 (cento e cinquenta) UFIR para os descendentes de pessoas irradiadas ou contaminadas que vierem a nascer com alguma anomalia em decorrência da exposição comprovada dos genitores ao CÉSIO 137;

V – 150 (cento e cinquenta) UFIR para os demais pacientes irradiados e/ou contaminados, não abrangidos pelos incisos anteriores, sob controle médico regular pela Fundação Leide das Neves a partir da sua instituição até a data da vigência desta Lei, desde que cadastrados nos grupos de acompanhamento médico I e II da referida entidade.

mecanismo da lei estadual já citada e que provoca inúmeros prejuízos aos direitos de muitos vitimados. Também determina que a lesão terá que ser comprovada pela FunLeide, POR JUNTA MÉDICA OFICIAL, à época INEXISTENTE; essa lesão deverá ser permanente; ora, como já visto, existem doenças em que não há possibilidade de que o médico afirme possuir caráter de permanência.

Para a pensão federal, foi utilizado um critério ainda mais injusto, posto que possuía **caráter personalíssimo, não amparando os familiares do falecido.**

O ERRO SUCESSIVO do Estado (CNEN, União e Estado de Goiás) após o acidente deu continuidade, ao DESASSISTIR as vítimas do césio, difundindo a dor e a miséria nesses núcleos familiares, principalmente ao se elaborar as listas de pensionistas.

Se somente os abrangidos em lei (Anexo I, Lei nº 10.977/89 e Lei nº 9.425/96) seriam beneficiados pela pensão, então **JÁ DEVERIA EXISTIR UMA JUNTA MÉDICA CONSTITUÍDA À ÉPOCA para avaliar com celeridade e efetividade os vitimados, porque foi utilizado um critério objetivo de medição de índice de radiação no organismo (RADS), que, com o passar dos meses e anos, certamente se dissiparia, não mais podendo ser medido por aparelhos, não significando que a ausência de índice de radiação no organismo humano importa em que o organismo não foi contaminado,** fato que é observado com o aparecimento de doenças anos após o acidente em pessoas que não tiveram índices de RADS no organismo.

Parágrafo único. O valor mensal da pensão será o valor da UFIR à época da publicação desta Lei, atualizado, a partir de então, na mesma época e índices concedidos aos servidores públicos federais.

Art. 3º A comprovação de ser a pessoa vítima do acidente radioativo ocorrido com o CÉSIO 137 e estar enquadrada nos incisos do artigo anterior deverá ser feita por meio de junta médica oficial, a cargo da Fundação Leide das Neves Ferreira, com sede em Goiânia, Estado de Goiás e supervisão do Ministério Público Federal, devendo-se anotar o tipo de seqüela que impede o desempenho profissional e/ou o aprendizado de maneira total ou parcial.

Parágrafo único. Os funcionários da Vigilância Sanitária que, em pleno exercício de suas atividades, foram expostos às radiações do CÉSIO 137 também serão submetidos a exame para comprovação e sua classificação como vítimas do acidente, devendo-se igualmente anotar o tipo de seqüela que impede ou limita o desempenho profissional.”

ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR

Não é segredo a ineficácia estatal (SUS pelo Estado, União e Município) pertinente à saúde. Pessoas que possuem doenças e males de pouca complexidade e muito comuns no Brasil, como doenças coronárias e das vias aéreas superiores, não raro morrem sem auxílio médico a contento nas filas do SUS, à espera de atendimento ou marcação de exames, sendo que muitas vezes demoram meses para se realizar um simples raios X. Quanto aos medicamentos de alto custo, é usual não serem encontrados nos postos de saúde estatais.

Dessa forma, sabe-se que há um verdadeiro caos no sistema de saúde público do Brasil, deixando à mercê da sorte os necessitados economicamente. **Imaginemos essas dificuldades enfrentadas por pessoas com doenças graves, desconhecidas, complexas ou com poucos índices de cura, cujos sintomas, muitas vezes, refletem várias doenças simultaneamente ou nenhuma em específico. Estas são as pessoas vítimas de um acidente radiológico.**

Não há possibilidade de uma pessoa que porta um carcinoma submeter-se a “filas” de espera de meses para realizar um exame pelo SUS. Seria mister um atendimento ESPECIALIZADO para as vítimas do Césio 137. Esse tratamento, no Estado de Goiás, foi outorgado à época à FunLeide, não tendo essa fundação cumprido a contento seu dever por dois motivos: primeiro, porque muitas pessoas são portadoras de males psíquicos (depressão, impotência sexual etc.) e não somente físicos, cuja assistência não foi fornecida. Também com relação a tratamentos odontológicos (registram-se casos de ausência de cálcio no organismo, que levou à perda total ou parcial da dentição).

E, segundo, porque houve negligência e imperícia, quiçá má-fé na “escolha” dos vitimados a figurar a lista de pensionistas e a lista de atendimentos médicos da atual SuLeide.

Com receio de inclusão na lista de pensionistas, muitos vitimados deixaram de obter atendimento médico-hospitalar de forma específica junto à SuLeide, tendo esta IGNORADO os componentes do grupo III, que fazem tratamento junto ao SUS, se assim quiserem.

Junto à atual SuLeide, desde a época da FunLeide, para fins de reconhecimento na qualidade de vítimas, principalmente para atendimento médico ESPECÍFICO, e/ou concessão de pensão especial, **foram criados três grupos de acidentados:**

- **GRUPO I:** pessoas contaminadas e/ou irradiadas diretamente – doenças mais graves, recebem pensão e são tratadas na SuLeide;
- **GRUPO II:** pessoas contaminadas e/ou irradiadas – doenças menos graves, recebem pensão e são tratadas na SuLeide;
- **GRUPO III:** pessoas que tiveram contato de forma indireta, estão doentes e **não SÃO ATENDIDAS pela SuLeide, que as remete ao SUS, tampouco recebem pensão do Estado ou da União.**

O denominado grupo III (pessoas que tiveram contato com vítimas contaminadas – contato indireto, ou que trabalharam no acidente – contato direto ou indireto com o lixo radioativo) não recebe qualquer auxílio médico específico do Estado, mesmo sendo constatado que essas pessoas são portadoras de doenças que podem ser provenientes da radiação.

Pelo depoimento a seguir transcrito, nota-se que nem a atual superintendente da SuLeide, Dra. M. P. C., concorda com a referida classificação feita, administrativamente, na FunLeide:

Depoimento prestado por M. P. C., médica, em 10/08/2001, às 17:10, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás: ‘que a declarante é Superintendente da Superintendência Leide das Neves (SULEIDE) desde 1º de julho de 2001; que a declarante reconhece que o critério para a classificação em grupos dos radioacidentados não corresponde a realidade prática constatada, pois que no acompanhamento diário dos pacientes constata-se que pessoas que receberam baixa dose de radiação desenvolveram câncer e outras doenças, sendo que pacientes classificados em um grupo mais grave não desenvolveram patologia; que um erro comum é imaginar que a exposição a radiação provoca apenas câncer, sendo que o mais comum é a ocorrência de várias doenças, dentre elas: hipertensão, gastrite, síndrome do pânico, radiodermite, doenças periodontais, mal formação congênitas em crianças, atraso de crescimento e outras; que todas essas patologias já foram constatadas; que é necessária a realização de nova listagem de radioacidentados para inclusão de todos os policiais militares que trabalharam tanto no isolamento da área do acidente, como na guarda provisória do depósito provisório; que certamente muitas pessoas que vieram a óbito e que não contavam na lista da CNEN, tiveram como causa

mortis doenças ligadas doenças ligadas a exposição a radiação; que compromete-se a enviar ao Ministério Público no prazo de 15 (quinze) dias cópia de estudo relativo ao aumento de cânceres em Goiânia realizados por profissional da USP (Universidade de São Paulo), bem como assim que fechar as estatísticas encaminhará estudo acerca das ocorrências de câncer em Goiânia; que também é consenso científico que a exposição a radiação contínua, como foi o caso dos militares pode causar diversas doenças, como aliás acabou acontecendo; que a declarante não participou de um exame feito pela CNEN nos policiais militares para verificação de patologia e radiação, salvo engano no ano de 1996; que o exame consistia em medição da pressão e verificação da pele; que a CNEN participou de referido exame; que não participou do referido exame por não concordar com a metodologia.'

Depoimento prestado por M. R. C., **servidor público estadual**, em 28/08/2001, às 17:15, nos autos do Inquérito Civil nº 001/01 do Ministério Público de Goiás:

[...] que o pessoal que trabalhou no acidente radiológico e na transferência dos rejeitos para o depósito provisório foram monitorados pela Superintendência Leide das Neves e CNEN por aproximadamente dois anos e depois foram abandonados; que a monitoração era feita através de exames de sangue e clínicos gerais; que o pessoal do CRISA não foram considerados radioacidentados e não constam em grupo algum para efeito de tratamento.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Nos casos de dificuldade na produção de provas, **sendo a prova do juízo**, cabe ao magistrado determinar a inversão do ônus da prova, de forma que questões formais não venham impedir o direito material da parte. **É notória a hipossuficiência da parte autora e sua posição de inferioridade face à parte ré**. É mister que seja invertido o ônus da prova para que **os réus comprovem que os males que acometeram o autor não são provenientes dos efeitos da radiação** e, no caso de qualquer dúvida, visto a complexidade do caso e os poucos estudos existentes no mundo, **que seja aplicado o princípio do *in dubio pro misero*, considerando o bem jurídico tutelado e os estudos sobre o princípio da PRECAUÇÃO**.

Discorrendo sobre o PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO, após realização de excelente estudo em tese de mestrado junto à Universidade Federal de Minas Gerais (Escola de Engenharia – Belo Horizonte, 2003), com o tema “**Poluição Ambiental e Exposição Humana a Campos Eletromagnéticos**”, a Dra. Adilza Condessa Dode disserta sobre as **radiações e seus efeitos e esclarece que a inversão do ônus da prova é um dos componentes do princípio da precaução e que é difícil ter certeza científica da potencialidade de dano, devido a variações e fragilidades de organismos diferentes**.

*Quando uma atividade levanta possibilidade de nocividade à saúde humana ou ao meio ambiente, **medidas preventivas devem ser tomadas, mesmo se alguma relação de causa e efeito não for completa e cientificamente estabelecida**. Durante anos os movimentos ambientais e de saúde pública têm lutado para encontrar caminhos para proteger a saúde e o meio ambiente, quando ainda existe a incerteza científica sobre causa e efeito.*

O encargo de provar cientificamente a relação dose-resposta colocou uma enorme barreira na campanha para proteger a saúde e o meio ambiente. Ações pra prevenir danos são normalmente tomadas somente depois que a prova significativa de dano for estabelecida, podendo, então, ser muito tarde.

O Princípio da Precaução é um novo modo de pensar sobre a proteção ambiental ou a proteção à saúde pública, e a permanência da exposição a situações e a agentes de risco e a longo prazo. Ele nos desafia a fazer mudanças fundamentais no modo como permitimos e restringimos danos. Alguns destes desafios colocarão grandes ameaças às agências de governo e aos poluidores e vão, provavelmente, encontrar resistência poderosa.

O Princípio da Precaução é baseado em ciência sã. O entendimento convencional de ‘ciência sã’ enfatiza a Avaliação de Risco e a Análise de Custo-Benefício.

*Uma das mais importantes expressões do Princípio da Precaução, internacionalmente, é a **Declaração do Rio da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, também conhecida como Agenda 21, a Declaração afirma: ‘Com fim de proteger o meio ambiente, os Estados devem aplicar amplamente o princípio da precaução, conforme as suas capacidades. Quando haja perigo de dano, grave ou irresistível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes em função do custo para impedir a degradação do meio ambiente.’***

Nos meios ambientes ao ar livre e dinâmicos, nos quais as pessoas vivem e trabalham, o conhecimento muitas vezes tem limite, e a certeza científica é difícil de atingir.

*Durante os anos 70, os instrumentos para tomar decisões da avaliação de risco e a análise de custo benefício foram desenvolvidos **cobrando o espaço entre a ciência incerta e a necessidade política para uma tomada de decisão considerando possíveis danos ambientais.** Contudo, no seu desenvolvimento, uma grande quantidade de fé foi colocada na habilidade da ciência de modelar e prever dano em sistemas ecológicos e humanos extremamente complexos.*

A Avaliação de Risco praticada tradicionalmente tem estado, muitas vezes, no caminho da proteção à saúde humana e do meio ambiente; no entanto, está sujeita a suposições inadequadas e falhas tais como:

a) *'A Avaliação de Risco assume capacidade assimilativa', isto é, que as pessoas e o meio ambiente podem suportar uma certa quantidade de poluição sem sofrer danos. **A Avaliação de Risco é usada para gerenciar e reduzir riscos, não preveni-los.***

b) *'A Avaliação de Risco focaliza a qualificação e a análise de problemas, em vez de solucionar-los'.*

*[...] A Avaliação de Risco atual é baseada, no mínimo, em 50 suposições diferentes sobre exposição, **dose-exposição, dose-resposta, e extrapolação de animais para pessoas.** Todos estes têm elementos subjetivos e arbitrários. Como resultado, os resultados quantitativos da Avaliação de Risco são altamente variáveis.*

A Avaliação de Risco realmente não leva em conta adequadamente populações sensíveis, tais como os mais idosos, crianças ou aqueles já sofrendo doença induzida pelo meio ambiente. Raramente olha-se os efeitos que (não sejam) câncer, embora muitos problemas de saúde ambiental envolvam doenças respiratórias, defeitos no nascimento e desordens no sistema nervoso, entre outros danos.

Aqueles expostos aos danos são raramente perguntados se a exposição é aceita por eles, o que a bióloga Sandra Steingraber [106], rotula de violação dos direitos fundamentais do homem, ou pecado tóxico.

*[...] O 'paradigma de risco' é um instrumento totalmente inadequado, para gerenciar os produtos químicos e outros poluentes não degradáveis e bioacumulativos. **O 'paradigma de risco' também suões que os organismos dos seres vivos podem acomodar algum grau de exposição sem, ou com nenhum, ou***

com efeitos adversos negligenciáveis. Este paradigma almeja estabelecer exposições aceitáveis usando a Avaliação de Risco quantitativa, assegurando que os limites de exposição nunca sejam excedidos.

*Obviamente, ele coloca grande fé inteiramente diferente. O 'paradigma ecológico' reconhece os limites da ciência: Toxicologia, Epidemiologia e Ecologia, que fornecem importantes chaves sobre a natureza, **mas nunca podem prever completamente ou diagnosticar os impactos de atividades nocivas.** A resposta apropriada a esta inevitável incerteza científica é evitar práticas que tenham o potencial de causar dano, **mesmo nos casos em que não tenhamos prova científica de dano.***

4 TUTELA ANTECIPADA

Diante do caso em concreto e observadas a prova inequívoca (razoável, legal e aparentemente contumaz) e a verossimilhança da alegação (aparência de um direito de plano constatado), o Magistrado, utilizando a “balança do direito”, ainda que de “olhos vedados”, antecipará a **tutela para assegurar, teoricamente, o bem jurídico de maior valor, afastando um prejuízo imediato, ainda que a parte contrária** sofra com o provimento arrazoado.

O risco do perecimento do objeto ou o dano pela demora do provimento judicial poderá ser **irreversível** ou de **difícil reparação**. Por isso a tutela jurisdicional pleiteada, ou parte dela, em caráter de provisoriedade, em decisão interlocutória, sem sujeição a qualquer julgamento material do feito.

No direito processual, a aplicação da justiça ao caso concreto é a incidência do princípio constitucional do ACESSO AO JUDICIÁRIO. A justiça somente é feita se for célere, caso contrário perderá sua eficácia e o referido princípio não estará sendo aplicado.

Princípio do acesso à justiça célere:

1. CF – Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Art. 5º – [...]

*LXXVIII – a todos, no âmbito judicial **ou administrativo**, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

O objetivo da normatização constitucional é celerizar os trâmites judiciais, para aplicar o **PRINCÍPIO DA IGUALDADE** em seu aspecto mais justo, afirmado em precedentes históricos por Mostesquieu:

[...] tratar igual os iguais, e desigual os desiguais, NA MEDIDA DE SUAS DESIGUALDADES. (Grifo nosso).

Manoel Gonçalves Filho, em *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, afirma, *in verbis*:

[...] o princípio da igualdade reclama a 'adequação entre o critério de diferenciação e a finalidade por ela perseguida', consistindo no fundo numa 'PROIBIÇÃO DE ARBITRARIÉDADE' [...].

FUMUS BONIS JURIS e VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO

Os requerentes preenchem todos os requisitos para a concessão deste tipo de tutela (art. 273 do CPC).

A prova inequívoca revela-se pelos documentos juntados, pela condição de necessidade da parte autora, pela doença, pela perda de bens materiais e familiares, e pela discriminação sofrida ao longo de todos esses anos.

A verossimilhança do direito, algo mais que um *fumus bonis juris*, é constatado na Constituição da República Federativa do Brasil (arts. 1º, III, 3º, I e III, 5º, LXXVII, 37, § 6º, 196 e 225), na CF de 1967, na Lei nº 6.938/81, na Lei Federal nº 9.425/96 e na Lei Estadual nº 10.977/89.

IDOSO: Lei nº 10.741/01 (idosos com idade acima de 65 anos) e **Lei nº 10.741/03** (idoso com idade acima de 60 anos).

PERICULUM IN MORA

O requisito específico DA TUTELA ANTECIPADA, **perigo decorrente da demora na prestação jurisdicional**, quanto à existência de dano jurídico de difícil ou impossível reparação, também se encontra identificado e tem lugar no estado de saúde da parte requerente e nas consequências do não uso da medicação indicada, cujo tratamento, se não for seguido rigorosamente, trará enormes riscos à sua saúde.

Também pelo **caráter alimentício** da pensão a ser concedida.

A parte requerente está doente, com sintomas de males que sequer caracterizam especificadamente uma determinada doença, necessita de auxílio financeiro e assistência médica ESPECIALIZADA, sob pena de não suportar tratamentos junto ao SUS, onde há enormes filas de exames e consultas e raros médicos especializados em radioterapia e similar. A pensão a ser concedida dará condições de sobrevivência, principalmente para os desempregados e sem saúde para o trabalho.

Não existe maior perigo de mora que o **RISCO DE VIDA**. O bem jurídico tutelado é irreversível e sobrepõe-se a qualquer outro.

5 DO PEDIDO

Ex positis, REQUER à Vossa Excelência:

I) A PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS PARA:

Quanto ao reconhecimento da qualidade de vítima

a) DECLARAR a parte autora, em face da UNIÃO FEDERAL E DO ESTADO DE GOIÁS, na qualidade de vítima do acidente radioativo do Césio 137, bem como seus descendentes até a terceira geração, para quaisquer fins de direito, declarando a existência de relação jurídica, seja para determinar a inclusão na lista de vitimados da SuLeide, independentemente da denominação dos grupos utilizada por esta (grupos I, II e III); seja para determinar o recebimento de atendimento médico especializado junto à SuLeide; seja para determinar o recebimento de PENSÃO ESPECIAL do Estado de Goiás, com base na Lei nº 10.977/89, e da União Federal, com base na Lei nº 9.425/96, determinando-se, ainda, o **pagamento das pensões devidas, com base na referida legislação;**

Quanto à assistência médica

b) Condenar a UNIÃO FEDERAL E O ESTADO DE GOIÁS a garantir o ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR, ODONTOLÓGICO E PSICOLÓGICO à parte autora e descendentes até a terceira geração, enquanto necessitarem de tratamento de saúde, de forma IMEDIATA, considerando a

especificidade de cada doença, **bem como fornecer transporte, caso necessário ao tratamento;**

c) **Condenar a UNIÃO FEDERAL E O ESTADO DE GOIÁS à realização imediata dos exames necessários ao tratamento médico-odontológico, bem como proceder ao FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS** necessários, citados anteriormente, para cada assistido, e/ou que vierem a ser indicados durante o tratamento;

Quanto à indenização

d) Condenar a CNEN, a UNIÃO FEDERAL E O ESTADO DE GOIÁS, solidariamente, **ao pagamento de indenização a título de dano moral e material no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais);**

e) Condenar a CNEN, a UNIÃO FEDERAL E O ESTADO DE GOIÁS, solidariamente, **ao pagamento de pensão mensal à parte autora, no valor de 2 salários-mínimos, desde o acidente, corrigida monetariamente, e aos dependentes da parte autora falecida ou que vier a falecer, rateando-se em partes iguais, desde o falecimento, corrigida monetariamente, sendo que a parte do filho ou equiparado será paga até que este atinja a maioridade ou termine o curso superior, caso esteja estudando, e a parte da esposa/companheira/pais será devida até que esta complete 75 anos de idade (expectativa de vida do brasileiro segundo o IBGE no último censo);**

Tutela antecipada

f) **Conceder a TUTELA ANTECIPADA, inaudita altera pars, para todos os pedidos anteriores, à exceção dos pedidos de indenização de letras “d” e “e”,** com arbitramento de MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a favor da parte autora;

II) Que se proceda a **citação** da CNEN, da UNIÃO FEDERAL e do ESTADO DE GOIÁS, **nas pessoas de seus representantes legais;**

III) **A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA,** afirmando o autor, sob as penas da lei, que não tem condições de arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios sem prejuízo de sua subsistência e de sua família (art. 4º, Lei nº 1.060/50);

IV) **Considerando** ser a Defensoria Pública da União órgão público federal, integrante da União Federal, pessoa jurídica de direito público, dispensada de autenticar as cópias reprográficas de quaisquer documentos que apresente em juízo, nos termos do **art. 24 da Lei nº 10.522/02**, e que o assistido é hipossuficiente, sem condições de arcar com tais ônus, **solicita juntada de documentos fotocopiados sem autenticação** e que **quaisquer solicitações de perícia sejam remetidas ao perito judicial**, por não dispor o assistido ou a Defensoria Pública da União do referido recurso;

V) A intimação pessoal da Defensoria Pública da União, nos moldes do art. 44, I, da Lei Complementar nº 80/94, c/c o art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, com suas modificações subsequentes e o respeito à prerrogativa do prazo em dobro;

VI) **PRIORIDADE DE FEITO COM BASE NA Lei nº 10.741/01** (idosos com idade acima de 65 anos), **Lei nº 10.741/03** (idoso com idade acima de 60 anos) e **art. 5º, LXXVII, da CF** (acesso à justiça célere), visto que os autores: B. C. F. tem 70 (setenta) anos de idade; D. M. L. tem 75 (setenta e cinco) anos de idade; e J. C. F. tem 61 (sessenta e um) anos de idade;

VII) Que seja aplicado a **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**, pelas razões anteriormente sustentadas, bem como o **PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO MISERO e DA PRECAUÇÃO.**

PROVAS: Todas admitidas em direito, notadamente as provas documentais, testemunhais e periciais.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Nestes termos, pede deferimento.

Goiânia, 29 de julho de 2005.

VANIA MARCIA DAMASCENO NOGUEIRA
Defensora Pública da União

ROL DE TESTEMUNHAS**B. C. F.:**

- 1) G. L. M. P.: Rua 118-A, nº 45, QD. S-37, LT. 01, Setor Sul, Goiânia – GO;
- 2) C. P. S.: Rua Inhanhá do Couto, QD. 129, LT. 22, Conjunto Vera Cruz, 7ª Etapa, Goiânia – GO;
- 3) S. E.: Rua T-29, nº 1665, Setor Bueno, Goiânia – GO.

D. M. L.:

A ser juntado posteriormente.

J. C. F.:

- 1) J. J.: Rua Itália, QD. 27, LT. 13, Setor Aeroporto Sul, Goiânia – GO;
- 2) J. P.: Rua Flor de Maracujá, QD. 85, LT. 08, Trindade – GO;
- 3) E. E.: Rua 29 de Abril, QD. 55, LT. 04, Setor Goiânia Park Sul, Aparecida de Goiânia – GO.

S. J. S.:

A ser juntado posteriormente.

DOCUMENTOS JUNTADOS

- Várias páginas do Inquérito Civil iniciado, no ano de 2001, pelo Ministério Público do Estado de Goiás, realizado pelo Dr. M. A. F. A.;
- Dois pareceres médicos CONTRADITÓRIOS (o segundo retificando o primeiro) emitidos em face da Sra. G. L. M. P., com relação ao Césio 137;
- Inúmeras reportagens de jornais sobre o acidente e as vítimas;
- Relatório do Dr. **I. C. F. sobre o Césio 137**;
- Documentos dos autores (hipossuficiência, atestados, relatórios e outros);
- Portaria nomeando a Defensora Pública da União que subscreve para atuar junto ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) – Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH);
- Ata de Comissão Especial e membros constituídos da CDDPH-SEDH;
- Cópia de legislação especial que criou as juntas médicas;

- Estatuto da Associação das Vítimas do Césio 137;
- Recomendação nº 01/2005 do Ministério Público federal;
- Ofício denúncia da Defensoria Pública da União ao Ministério Público estadual;
- Transcrição de decreto da PMGO promovendo, por ato de bravura, oficial que não trabalhou diretamente no acidente, enquanto inúmeros praças que o fizeram morrem sem auxílio;
- Norma Técnica do Ministério da Saúde nº 15.

INFORMATIVO PROCESSUAL ATUAL – A AÇÃO TEVE SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE E SE ENCONTRA EM FASE RECURSAL NO TRF

Processo:	2005.35.00.015442-0
Nova Numeração:	15317-73.2005.4.01.3500
Classe:	7 - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO (1900)
Vara:	3ª VARA FEDERAL
Juiz:	C. H. S.
Data da Autuação:	15/08/2005
Distribuição:	2 – DISTRIBUICAO AUTOMÁTICA (15/08/2005)
Nº de Volumes:	3
Objetivo da Petição:	1020600 – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO – DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DO DIREITO PÚBLICO 1020700 – INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL – RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO – DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DO DIREITO PÚBLICO 1040405 – TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR E/OU FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – SAÚDE – SERVIÇOS – ADMINISTRATIVO
Observação:	DECLARAR A PARTE AUTORA COMO VÍTIMA DO ACIDENTE RADIOATIVO DE CÉSIO 137 PARA FINS DA PENSÃO DEVIDA
Localização:	TRF

28/03/2011 14:08	223	REMETIDOS TRF (S/ BAIXA)
------------------	-----	--------------------------

26/04/2010 15:55	155	DEVOLVIDOS C/ SENTENÇA C/ EXAME DO MÉ- RITO PEDIDO PROCEDENTE EM PARTE
---------------------	-----	---

Tipo	Nome
RÉU	UNIÃO FEDERAL
AUTOR	J.C.F.
AUTOR	S.J.S.
RÉU	ESTADO DE GOIÁS
AUTOR	B.C.F.
AUTOR	D.M.L.
	C.C.
	M.E.Q.M.C.C.
	VANIA MARCIA DAMASCENO NOGUEIRA

**PEÇA PROCESSUAL:
EXCESSO DE PRAZO NA PREVENTIVA 691**

Tatiana Lemos

**EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE**

(PAJ 2010/039-00623)

A **Defensoria Pública da União**, em assistência a **A. P. S. N.**, brasileiro, vaqueiro, analfabeto, filho de I. C. S. e M. C. L., natural de Araguaína/TO, e **J. B. C. C.**, brasileiro, trabalhador rural, analfabeto, filho de R. C. e M. C. L., ambos atualmente recolhidos presos no Centro de Recuperação Regional de Redenção/PA, beneficiários da assistência jurídica gratuita, **vem perante Vossa Excelência**, por meio da **Defensora Pública Federal**, ao final assinada, atuando no uso de suas atribuições legais, com fulcro nos arts. 5º, inciso LXVIII, e 102, inciso I, alínea “i”, da Constituição da República Federativa do Brasil e nos arts. 647 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP), impetrar

Habeas Corpus
com pedido de medida liminar

em face da omissão do e. Ministro Nilson Naves, membro da Eg. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que deixou de examinar o pedido de liminar apresentado no HC nº 112.876, impetrado naquele Tribunal Superior.

DOS FATOS E FUNDAMENTOS

Os pacientes foram presos preventivamente em 24/03/2003, sendo-lhes imputada a conduta delituosa descrita no art. 121, §2º, I, III e IV, c/c 29, todos do CPP.

O feito na origem ainda encontra-se na fase inicial da instrução, não havendo sequer a decisão de pronúncia dos pacientes.

A Defensoria Pública do Estado do Pará impetrou Habeas Corpus junto ao Tribunal de Justiça do Pará (TJPA), requerendo o reconhecimento do excesso de prazo na prisão preventiva dos pacientes. O TJPA denegou a ordem em decisão, que restou assim ementada:

EMENTA: HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO COM PEDIDO DE LIMINAR – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO NO DELITO POR PARTE DOS PACIENTES – TAL ARGUMENTO COMPETE AO JUÍZO MONOCRÁTICO QUE É RESPONSÁVEL PARA ANALISAR O PROCESSO – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA – NECESSIDADE DE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA – O IMPETRANTE ALEGA EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DE CULPA DO PACIENTE – ELASTICIDADE DE PRAZO PARA O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PLENAMENTE JUSTIFICADA PELA COMPLEXIDADE DA CAUSA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

Em seguida, a Defensoria Pública impetrou novo Habeas Corpus junto ao STJ, tendo o mesmo sido distribuído e feita a conclusão ao Ministro-relator em 04/08/2008.

O pedido de liminar existente nos autos não foi objeto de análise pelo STJ. Em 06/01/2009, o Ministério Público apresentou seu parecer pela concessão da ordem, “já que o reconhecimento do excesso de prazo é suficiente para lastrear a concessão da ordem.”

Passado mais de um ano da apresentação do parecer e um ano e meio da impetração do Habeas Corpus, a coação sofrida pelos pacientes não foi objeto de nenhuma análise pelo STJ.

Salta aos olhos o absurdo da violação a que se submetem os pacientes, merecendo imediata resposta desta Corte.

Evidencia-se o constrangimento ilegal cometido pelo STJ, ao autorizar a superação da Súmula nº 691 deste Supremo Tribunal:

A injustiça, por ínfima que seja a criatura victimada, revolta-me, transmuda-me, incendeia-me, roubando-me a tranqüilidade e a estima pela vida.¹

Prevista a pena de doze a trinta anos para o delito imputado aos pacientes, já foram **cumpridos antecipadamente 6 anos, 10 meses e 15 dias de pena.**

Ressalte-se que os pacientes são primários, não registrando qualquer outro processo ou inquérito em andamento. Ambos são trabalhadores rurais, analfabetos e, mais, nunca reconheceram seu envolvimento no homicídio que lhes foi imputado.

Pelas condições pessoais dos pacientes, a pena, se condenados, aproximar-se-ia mais do mínimo do que do máximo. Assim, afirma-se, sem dúvidas, que os pacientes, se já estivessem cumprindo a pena imposta, estariam em liberdade pelo livramento condicional, uma vez que preenchem as hipóteses do art. 83 do CPP.

O excesso de prazo, na duração da prisão cautelar, viola a Constituição da República em seu princípio basilar, qual seja a dignidade da pessoa humana, ainda na duração razoável do processo.

O Ministro Celso de Mello proferiu irretocável voto sobre o tema nos autos do HC nº 88.025/ES, tendo sido acompanhado pela unanimidade dos Ministros da Corte Suprema, em que consta:

¹ BARBOSA, Rui. *Novos discursos e conferências*. Coligidos e revistos por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933. Prefácio, p. VII.

Nada justifica a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 – RTJ 157/633 – RTJ 180/262-264 – RTJ 187/933-934 – RTJ 195/212-213), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado. – O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. – A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (RTJ 195/212-213). Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC nº 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. – A prisão cautelar – qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) – não pode transmutar-se, mediante subversão dos fins que a autorizam, em meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do ‘status libertatis’ do indiciado ou do réu.

DO ABRANDAMENTO DO VERBETE SUMULAR Nº 691

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem permitindo o abrandamento da Súmula nº 691 em situações excepcionalíssimas, nas quais a ilegalidade ou o abuso de poder são evidentes, a ponto de não deixar nenhuma dúvida quanto à plausibilidade do direito invocado.

Neste caso dos pacientes A. P. S. N. e J. B. C. C., o não abrandamento do verbeta desta Excelsa Corte levará à manutenção, por tempo ainda mais longo, da coação praticada.

A manutenção no cárcere, a cada dia que passa, é mais degradante e não se pode aceitar a continuidade do cerceamento ilegal da liberdade, notadamente quando sequer há previsão da data da formação definitiva da culpa.

Nesse sentido foi a decisão do e. Ministro Marco Aurélio nos autos do HC nº 92.682, cuja ementa colamos:

HABEASCORPUS–IMPETRAÇÃOES SUCESSIVAS–VERBETE Nº 691 DA SÚMULA DO SUPREMO – PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE BASE LEGAL – EXCEPCIONALIDADE VERIFICADA – LIMINAR DEFERIDA.

Consta da decisão o seguinte excerto:

Passo à análise do pedido de concessão de medida acauteladora, ressaltando, mais uma vez, a **necessidade de compatibilizar-se o Verbeta nº 691 da Súmula do Supremo com a Carta Federal, sob pena de se restringir a ação constitucional do habeas corpus. A adequação deste pressupõe ato discrepante da ordem jurídica a cercear, na via direta ou indireta, a liberdade de ir e vir, exigindo-se tão-somente que haja órgão, na pirâmide do Judiciário, capaz de julgá-lo.** Pouco importa que o pronunciamento seja individual ou de colegiado, precário ou definitivo, sob pena, até mesmo, de decisão de relator sobrepor-se à de colegiado. Nota-se, atualmente, um rigor maior na apreciação dos pedidos de liminar, considerada a prisão preventiva, o que talvez advenha da quadra de delinqüência vivida. Sucedem-se os indeferimentos e aí chega-se, em derradeira instância, ao Supremo, competindo a este o exame da matéria. (grifo nosso).

Dessa forma, a Defensoria Pública da União pede liminar para que seja determinada a expedição do alvará de soltura dos pacientes.

DO PEDIDO

Por todo o exposto, é a presente para requerer a concessão de medida liminar no presente Habeas Corpus, revogando-se a prisão cautelar dos pacientes e expedindo-se alvará de soltura em favor de **A. P. S. N.** e **J. B. C. C.**, uma vez presente a aparência do bom direito e patente o perigo da demora do provimento, visto que os pacientes já estão presos há quase 7 anos, aguardando a instrução do processo.

Requer sejam dadas vistas ao Ministério Público para apresentação de seu parecer.

O presente feito encontra-se instruído com todas as peças indispensáveis para o integral conhecimento e compreensão do assunto, no entanto, caso se entenda necessário, fica desde logo requerido seja oficiado ao Tribunal coator para prestar as informações de estilo.

Ao final, fica requerida a concessão da ordem, confirmando a medida liminar.

Por fim, requer seja intimada pessoalmente a Defensoria Pública Geral da União para acompanhar todo o feito, nos termos da Lei Complementar nº 80/94, em seu art. 44, notadamente para a sessão de julgamento, oportunidade em que a ampla defesa poderá se dar por meio da sustentação oral.

Nesses termos,

Pede-se deferimento.

Brasília, 8 de fevereiro de 2010.

Tatiana Siqueira Lemos
Defensora Pública Federal

O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA SOCIAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Marcos Antônio Chaves de Castro¹
Leonardo Mendes Memória²

Resumo: O presente artigo desenvolve um estudo sobre a amplitude do princípio do acesso à justiça social, que é consagrado no art. 5º, incisos XXXV e LIV e discorre sobre o fato de que esse princípio deve ter a aplicabilidade mais social possível, baseada no binômio dignidade da pessoa humana e solidariedade social, pois, como um Estado de *Common Law*, não se deve somente utilizar tal princípio como mero ingresso aos órgãos do Poder Judiciário e, sim, como um instrumento para garantir outros direitos e deveres. Assim sendo, o acesso ao Poder Judiciário deve ser aplicado a todo o momento no processo; a isso, dá-se o nome devido processo legal.

Palavras-chave: Direito processual civil. Direito constitucional. Princípio do acesso à justiça. Devido processo legal.

Abstract: The following article develops a study about the amplitude of the principle of access to social justice, which is established in Article 5, items XXXV and LIV, and it elaborates on the fact that this principle must have the greatest possible applicability, based on the binomial aspects of the dignity of man and social solidarity, because, in a Common Law State, this principle must not be used solely as a mean of entry into the organs of the judiciary, but as an instrument which guarantees other rights and duties. Thus, access to the judiciary must be applied at every moment in the process; this is called due process of law.

Keywords: Civil procedural law. Constitutional law. Principle of access to justice. Due process of law.

¹ Defensor Público Federal de Categoria Especial

² Estagiário da Defensoria Pública da União de Categoria Especial

O princípio do acesso à justiça, consagrado pelo art. 5º da Constituição da República, nos seus incisos XXXV³ e LIV⁴ (BRASIL, 1988), é, sem dúvida, um conceito firmado pelo Estado Democrático de Direito de âmbito fundamental, uma vez que é um princípio que regula todas as formas de ingresso ao Poder Judiciário e a sua prestação jurisdicional. Desse princípio, surgem várias outras normas e princípios, como, por exemplo, o devido processo legal no direito processual civil. Serve, ainda, como ferramenta para auxiliar o Poder Legislativo na sua atividade legiferante.

Contudo, para que se tenha uma melhor amplitude de tal princípio, faz-se necessário dar-lhe uma ótica mais social e humanitária, um foco mais condizente com a Constituição republicana e humanista promulgada em 1988, baseada no próprio fundamento da dignidade da pessoa humana, consagrado em seu art. 1º, III (BRASIL, 1988). Com esse olhar, tem-se uma visão mais ampla do princípio do acesso à justiça, ou seja, uma prestação jurisdicional mais célere, eficiente e adequada às necessidades da sociedade brasileira.

Releva notar que não se pode confundir a prestação jurisdicional do Estado e o acesso amplo à justiça, porquanto um é gênero e outro é espécie. O princípio é o todo e a prestação jurisdicional é uma das formas desse acesso. De igual modo, a amplitude do princípio do acesso à justiça não se limita, apenas e tão-somente, aos exemplos citados no início deste artigo.

Para melhor entendimento, faz-se necessário conceituar o que seria a ótica social sobre um instituto do direito baseado no fundamento da dignidade da pessoa humana, que é fixada no binômio *dignidade da pessoa humana e solidariedade social*. Esses dois conceitos dão uma roupagem adequada ao conceito social que

³ “XXX — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).

⁴ “LIV — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (Ibid.).

se precisa para entender de forma ampla o acesso à justiça.

Essa teoria do binômio é apresentada por Farias e Rosenthal (2007, p. 28), na obra *Direito civil – Teoria geral*:

Ramo da Ciência Jurídica vocacionado para a tutela da vida humana, o Direito Civil teve seus alicerces estruturados, historicamente, no individualismo que marcou o século XIX, a partir das inspirações da Revolução Francesa, fundado na proteção patrimonial do homem. Aquela estrutura ruuiu, suplantada pela tabua axiológica imposta pela Magna Carta de 1988, a partir do ideal de justiça distributiva e igualdade substancial, ao lado do binômio dignidade da pessoa humana e solidariedade social.

Conforme os autores, depois da Carta Magna, baseada na evolução advinda da Revolução Francesa, todos os ramos do direito serão ou já foram reestruturados pelo binômio *dignidade da pessoa humana e solidariedade social*.

A dignidade da pessoa humana é um conceito subjetivo e um fundamento da República, tratando-se da própria autodeterminação do indivíduo dentro da sociedade em ter respeitados os seus direitos fundamentais a uma vida digna, sendo que todos os atos sob a égide da lei brasileira devem respeitar esse fundamento. Por exemplo, os contratos devem respeitar o princípio da dignidade humana, sob pena de nulidade de qualquer cláusula ou, até mesmo, do próprio contrato, gerando sempre o direito de pleitear indenização, por meio do Poder Judiciário (acesso à justiça), àquele que se sentir prejudicado. Em sede de direito penal, um bom exemplo é o fato da Constituição Federal proibir ao Estado punir um indivíduo com pena em caráter perpétuo, haja vista que esse tipo de sanção, se aplicável, também feriria o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, o art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988) traz um rol de direitos individuais que, se for desrespeitado, também atinge a dignidade da pessoa humana. Percebe-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana é o conceito subjetivo mais amplamente protegido pela Constituição Federal e, como fundamento, norteia o direito positivo do país contra qualquer regra que afira.

Importante, nesse contexto, é a relação entre a dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça. Entre os direitos anteriormente destacados, pode-se citar o acesso à justiça, segundo o qual todo ato impossibilitando o acesso a qualquer meio justo de busca dos direitos individuais torna-se uma afronta à dignidade da pessoa humana. Aliás, esse acesso também é um meio para a concretização dos outros direitos individuais, como bem salienta Santos (2006), citado por Barreiros (2009, p. 172):

Por sua vez, é Boaventura de Sousa Santos quem destaca que no contexto de um Estado Providência, a efetivação do princípio do acesso à justiça deve ser visto e pensado como meio, um instrumento para a efetivação de outros direitos, valendo o pensamento oposto, isto é, uma vez denegado o acesso à justiça, outros direitos seriam da mesma forma malferidos. Assim sustenta que a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado – Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito de charneira, um direito cuja a denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam.

Destarte, conclui-se que o acesso à justiça é a própria materialização de reivindicar o fundamento da dignidade da pessoa humana através dos direitos elencados na Carta Magna. Qual seria, então, a função útil dos direitos fundamentais se não tivesse uma forma justa de pleiteá-los? Apenas letra morta na própria Constituição.

Buscando a segunda parte do binômio, a solidariedade social, encontra-se um instituto que pode descaracterizar algum direito individual para o bem coletivo. Nesse sentido, sempre que há uma lide em que o Estado-juiz deve aplicar a lei, esta deve ser revestida ao caso concreto, de forma a atender aos fins sociais, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), art. 5º (BRASIL, 1942), e sempre que há um questionamento entre o direito individual e o direito coletivo, este deve prevalecer sobre aquele.

Por seu turno, no Código Civil (BRASIL, 2002), há outro exemplo dessa segunda parte do binômio: o art. 421 menciona que o contrato sempre deverá atender à sua função social que é muito debatida e conceituada de formas diferentes por muitos doutrinadores; contudo, há a possibilidade de se enxergar essa função no caso concreto. Assim, nos contratos de adesão, não há prévio questionamento sobre a insuficiência da parte aderente, de modo que existe sempre a possibilidade de se pleitear em juízo a modificação de cláusulas abusivas ou a própria resolução do contrato.

Além disso, cada vez mais a solidariedade social é percebida no acesso à justiça por meio de ações que somente o Estado brasileiro possui para proteger o bem social, como também o bem coletivo. Já os direitos coletivos e difusos são objetos pleiteados pelos jurisdicionados e devem ser tutelados pelo Estado. A esse respeito, Câmara (2009, p. 38), afirma que

A proteção dos interesses coletivos e difusos é essencial para adequada garantia de acesso à ordem jurídica justa numa época como a dos dias atuais, quando surgem novos direitos, sem caráter patrimonial, os chamados ‘novos direitos’. A preservação do meio ambiente, do patrimônio cultural, histórico e artístico, a garantia da moralidade administrativa são direitos tão (ou mais) dignos de proteção do que os direitos de crédito ou o direito de propriedade, sendo essencial que o ordenamento processual se adapte aos novos tempos, contemplando remédios adequados para a tutela efetiva de tais interesses.

A ação popular, o mandato de segurança coletivo e a ação civil pública são alguns exemplos do acesso à justiça proporcionado pelo legislador constituinte para a proteção de direitos coletivos e difusos. Tais ações têm por escopo a busca da materialização dos direitos questionados pelos indivíduos, é como se fosse um remédio para combater lesões aos direitos difusos e coletivos. Nesse contexto, vale ressaltar que o Estado brasileiro é pioneiro e exemplo nessa forma de acesso à justiça, com vários tipos de ações diferentes, que podem promover a intervenção do Estado-juiz na tutela dos direitos coletivos.

Fundamentado o acesso à justiça sob uma ótica social baseada no fundamento da dignidade da pessoa humana, há que se fazer uma análise da diferenciação entre o acesso à justiça e a prestação jurisdicional do Estado. Criar tribunais e abrir as portas para que se possam levar as lides ao conhecimento do juiz é somente aceitar que o conceito de acesso à justiça seja meramente o ingresso no Poder Judiciário e não um acesso à justiça social de que se trata desde o início deste trabalho. É como limitar o conceito desse princípio.

Países como o Brasil são estruturados com base no Estado do bem social e não seguem a teoria política do liberalismo. Os países em que a intervenção estatal é mínima tratam o conceito de acesso à justiça como mero ingresso ao Poder Judiciário, não se preocupando em proporcionar uma resposta justa e adequada ao caso apresentado. Trata-se apenas de um acesso no sentido formal, com a mera instrumentalização do Poder Judiciário para a sua efetiva provocação. Por sua vez, no caso dos países em que se aplica o direito natural – *Common Law* –, esse acesso à justiça deve ser ampliado, havendo a necessidade de se demonstrar uma justiça célere, adequada e eficiente e que, ao final, atenda ao direito tutelado pelo indivíduo. Com isso, deve-se pensar que o acesso à justiça não se limita apenas ao direito de ação e ao princípio do juiz natural, mas também deve ser demonstrado o interesse de solucionar os conflitos e a composição das lides.

Desse modo, há que se fazer uma análise desde o início do processo até a sua prestação da tutela jurisdicional, ou seja, o fim, averiguando cada ponto sobre o acesso ao Judiciário. Isso constitui o puro conceito de devido processo legal, isto é, o acesso em todas as formas e de maneira ampla ao Poder Judiciário, em sua atividade jurisdicional.

No início do processo, ao se ingressar no Judiciário brasileiro, algumas medidas são solicitadas, requisitos, principalmente de âmbito econômico e que trazem ônus às partes. Um bom exemplo disso é a necessidade de um advogado legalmente habilitado para representar a parte em juízo, de acordo com o art. 36 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973). Contudo, a maioria da população

brasileira não possui condições para arcar com as despesas advocatícias e de igual modo com as custas e taxas processuais para fins de postular no Judiciário, dificultando, sobremaneira o acesso à jurisdição no que se refere aos cidadãos de baixa renda.

Partindo para a solução desse problema, o Estado brasileiro criou uma norma no art. 5º da Constituição Federal: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988). Essa norma é de conteúdo genérico, sendo, assim, obrigação do Poder Legislativo a regulamentação da prestação, que surgiu com o advento da Lei Complementar nº 80/94, que trata da organização das Defensorias Públicas dos Estados-membros e da Defensoria Pública da União, assim como do ingresso a esses órgãos por meio de concursos públicos de provas e títulos (BRASIL, 1994).

Observa-se também na aludida lei, logo no seu art. 1º, que é função essencial da Defensoria Pública a assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados em lei (sentido amplo) (BRASIL, 1994). Sendo assim, o defensor público, representando o Estado, tem como função essencial prestar auxílio jurídico a todos aqueles que a lei considerar pobres ou sem recursos financeiros para a movimentação da máquina judiciária. Percebe-se, ainda, que tal auxílio não tem lugar somente na via judicial, mas deve ocorrer também na via extrajudicial, como no caso da realização de conciliação entre as partes em conflitos de interesses.

Tendo o Estado promovido o início da prestação jurisdicional, de nada valerá se, durante o curso do processo, o acesso à justiça for desrespeitado, visto que os atos processuais devem ter por finalidade buscar-se a concretização da justiça, almejando a verdade dos fatos. Nesse sentido, sabe-se que, pela regra do direito processual civil moderno, não se busca mais a verdade formal, privilegiando, assim, aquele que possui melhor prova. Em suma, busca-se a verdade dos fatos para a melhor concretização do direito real.

Além disso, o princípio da igualdade materializa o acesso à justiça durante a análise do Judiciário. Isso porque, uma vez que a sociedade brasileira convive com a premissa de que os indivíduos com melhores condições financeiras sobrepõem-se aos outros, esse princípio tem por finalidade criar regras, normas e direitos para um desenvolvimento condicionado à realidade da sociedade brasileira.

Conforme Santos (1995, p 292.),

segundo esse princípio as partes devem ser colocadas no mesmo pé de igualdade em todo o curso do processo. Princípio de paridade de tratamento é o princípio de igualdade, que se encontra no princípio constitucional conforme o qual todos são iguais perante a lei.⁵

Na mesma obra, o autor cita, logo depois, o desequilíbrio permitido para contemplar o princípio da igualdade:

Por força desse princípio, as condições das pessoas não devem influir na determinação dos prazos idênticos para a prática dos atos processuais. Entretanto, ao princípio se abrem algumas exceções, perfeitamente justificáveis. (SANTOS, 1995, p. 293).

Por fim, o autor exemplifica as exceções perfeitamente justificáveis com o art. 5º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, em favor da assistência judiciária:

Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhe em dobro todos os prazos. (SANTOS, 1995 p. 293).

⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL, 1988).

Conclui-se, assim, que o princípio da igualdade não é absoluto, mas relativo, constituindo o tratamento de igualdade feito pelos pares, ou seja, tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de forma desigual.

Ainda nesse âmbito, o regramento descrito na Lei nº 1.060/50 (BRASIL, 1950) é plenamente justificado pelo princípio da igualdade, pois a maioria da população não tem condição de arcar com a assistência judiciária particular sem o prejuízo do seu próprio sustento, gerando, assim, um excesso de trabalho para o defensor público.

Ao fim do processo, depois de o Estado já ter garantido o acesso em seu início, por meio do defensor público, conseqüentemente aplicando o princípio da igualdade para o acesso à justiça em seu fluxo, é necessário que também seja resguardado tal acesso, visto que a prestação jurisdicional também deve ser revestida com o princípio do acesso à justiça. Dessa forma, deve-se fazer uma abordagem de todo o processo e averiguar as prerrogativas daqueles que possuem o poder estatal de julgar as lides, ou seja, o juiz, pois de nada valerá o processo se aquele que realmente tem o direito não conseguir a satisfação da pretensão resistida somente porque não possui a melhor prova.

Nesse contexto, no processo civil moderno, não existe mais o conceito de juiz espectador; não mais se tem a figura daquele que somente analisará as provas ali apresentadas e dirá o direito. Atualmente, tem-se a atuação do magistrado no processo, por meio de requisição de quaisquer provas, com a finalidade de descobrir a verdade dos fatos, ou seja, nada impede que os juízes peçam provas, intinem peritos ou peçam vista pessoal sem que haja manifestação das partes, com a finalidade de saber a verdadeira situação dos fatos. Um bom exemplo é a aceitação da sentença de “terceira via”, que, além de ferir o acesso à justiça, também fere o princípio da congruência.

Impende ressaltar que o conceito de sentença de “terceira via” é citado pelo professor Alexandre Câmara (2009,p.....), *data venia* repetindo o mesmo

exemplo: imagine-se que “A” ajuíza uma ação e sustenta até o fim do processo a tese “X”; já o réu “B”, sendo citado, no curso do processo sustenta a tese “Y”; e, ao final do processo, o juiz sentencia com fundamentos da tese “Z”, que não foi sustentada por nenhuma das partes nos autos do processo. Logo, há um questionamento se o acesso à justiça pleiteado pelo indivíduo “A” foi realmente garantido, mesmo ele tendo o direito da assistência judiciária gratuita. Em outras palavras, teve realmente a satisfação necessária ao movimentar o Poder Judiciário? Nota-se que não há um questionamento se “A” merecia ou não ser sucumbente ao fim do processo, mas a declaração relacionada à sua tese, se realmente prevalece ou não na ótica do conflito de interesse daquele caso.

Ademais, tem-se que o princípio do acesso à justiça, num Estado em que vige a *Common Law*, objetiva uma prestação jurisdicional mais ampla e social e, ainda, que não somente o ingresso ao Poder Judiciário efetiva a realização do princípio, como também uma fundamentação sobre os conceitos de dignidade da pessoa humana e solidariedade social como objetivo do melhor amparo social na busca da justiça.

Frise-se que, durante todo o presente trabalho, foram referidos vários exemplos de princípios que emanam do princípio do acesso à justiça. A toda evidência, não se pretendeu exaurir os inúmeros princípios, mas é possível uma visão da amplitude da abordagem do acesso à justiça, que não se fixa por si só. Ainda, o devido processo legal é a própria materialização, em todo o fluxo do processo, do princípio do acesso à justiça, sendo necessária a sua incidência a todo o momento, para melhor enriquecimento da própria justiça do país.

Por fim, em nosso país, tem-se a máquina do Judiciário desmoralizada com as premissas de que a justiça somente atende aos mais ricos. Contudo, se forem mais vezes aplicadas as normas, regras e princípios correlatos nomeadamente ao princípio do acesso à justiça e do devido processo legal, surgirá uma nova tendência, qual seja, de existirem verdades diferentes das consideradas “não corretas”.

Referências

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 9 set. 1942.

_____. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 6 fev. 1950.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jan. 1994.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil – Teoria geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

Bibliografia consultada

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Breves considerações sobre o princípio do acesso à justiça no direito brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 35, n 134, p. 168-201, abr./jun. 2009.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 20 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na modernidade. 11 ed. São Paulo: Cortez, 2006.