

Volumes 16 - n. 33/34
Janeiro/junho e julho/dezembro 2011

ISSN 1415-112X

Revista da esmape

INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO RIO GRANDE DO NORTE
esmape

Volumes 16 - n. 33/34
Janeiro/junho e julho/dezembro 2011

ISSN 1415-112X

Revista

da **esmape**

Publicação Científica e Semestral



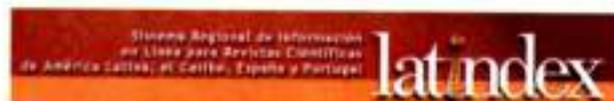
Revista da Esmape - Recife - v. 16 - n. 33/34 - p. 01-364 - jan./jun. e jul./dez. 2011

A Revista da ESMAPE divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825 de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da Esmape, preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Bases de dados indexadoras



Revisão: autores

Design gráfico: Assessoria de Comunicação da Esmape - Camille Santiago

Arte final: Carlos Júlio P. dos Santos

Correspondências para: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape
Av. Imperador Pedro II, 221 - Santo Antonio - Recife - PE - CEP 50010-240
biblioteca@esmape.com.br

Revista da ESMAPE / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape
- Ano 1, n.1 (1996-), - Recife: Esmape, 1996 -
Semestral
ISSN 1415-112X

I. Direito-Periódico, I. Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.
II. ESMAPE

CDD: 340.05

EDITORIAL 9

Editor's Note

• A REFORMA DO CÓDIGO PENAL 13

The Reform of the Penal Code

Adeildo Nunes

• DIREITO À SAÚDE: UMA CERTIDÃO DE DIGNIDADE 47

Right to health: a certificate of dignity

Alexandre Camaiurá Silva Botelho

Alyson Rodrigo Correia Campos

• MEDIDAS ALTERNATIVAS ÀS PRISÕES CAUTELARES 73

Alternative measures to imprisonment precautionary

Altamir Cléreb de Vasconcelos Santos

• DIREITO PENAL ECONÔMICO E TRIBUTÁRIO: EVOLUÇÃO E ESPECIFICIDADES 105

Economic Criminal Law and Taxation: evolution and specificities

Bruna Estíma Borba

• ZONA DE ANOMIA NO "CAMPO" DE GUANTÂNAMO: REFLEXÕES SOBRE SOBERANIA E VIDA NUA NA "GUERRA CONTRA O TERROR" 125

Zone of anomie in Guantanamo's "field": reflections on sovereignty and naked life in the "war against the terror"

Érico Bruno Galvão de Freitas

• A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO PODER EXECUTIVO NO CAMPO DA SAÚDE PÚBLICA 151

The interference of the judiciary in the executive branch in the field of Public Health

Fabiany Antas Patriota

• A CRISE NA GESTÃO DE CARTÓRIO JUDICIAL E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL SATISFATÓRIA 163

The crisis in the management of notary judicial and judicial adjudication satisfactory

Fernando Antonio Sabino Cordeiro

• A NATUREZA PLURAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA 181

The Plural Nature of the Administrative Decisions in the Brazilian Juridical Tradition

José Júnior Florentino dos Santos Mendonça

• PREPOSTO CREDENCIADO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: A REVELIA DECORRENTE DA NÃO APRESENTAÇÃO DA CARTA DE PREPOSIÇÃO COM PODERES PARA TRANSIGIR	205
<i>The Plural Nature of the Administrative Decisions in the Brazilian Juridical Tradition</i>	
José Raimundo dos Santos Costa	
• ARGUIÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO DEPOIS DA REPERCUSSÃO GERAL	217
<i>Fundamental right argumentation in an Extraordinary Appeal after emergence of general repercussion.</i>	
Maria Diva Tavares de Melo Carneiro de Albuquerque	
• A VIDEOCONFERÊNCIA NO PROCESSO PENAL: O INTERROGATÓRIO ONLINE E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	247
<i>Criminal procedure in a video conference: online examination and constitutional guarantees</i>	
Marília de Queiroz Thum	
• QUALIFICAÇÃO REGISTRAL DOS TÍTULOS JUDICIAIS: INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PELO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS	273
<i>Registral judicial qualification of the securities: Interpretation and application of law by the Registry of Property</i>	
Sérgio Paulo Ribeiro da Silva	
• A INTOLERÂNCIA E O DIREITO DE SER E VIVER DIFERENTE	301
<i>Intolerance and The Right to Be Different and Living</i>	
Tiago José da Silva	
• A ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL SISTEMATICAMENTE COMPATÍVEL OU ARBITRÁRIA?	319
<i>The abstraction of effects of the declaration of unconstitutionality made by STF in diffuse control: changing constitutional systematically compatible or arbitrariness?</i>	
Wyllamar Jacinto Oliveira Silva	
Normas para publicação de trabalhos	355

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Biênio 2012.2 – 2014

Desembargador Fernando Cerqueira Norberto dos Santos
Diretor-Geral

Desembargador Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes
Vice-Diretor-Geral

Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Supervisor

Juíza Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Coordenadora do Curso de Preparação à Magistratura e Demais Carreiras
Judiciais

Juiz Teodomiro Noronha Cardozo
Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu e Extensão

Juiz Sílvio Romero Beltrão
Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação Stricto-Sensu, Mestrado e Doutorado

Juiz José Ronemberg Travassos da Silva
Coordenador dos Cursos de Aperfeiçoamento de Magistrados

Juiz Breno Duarte Ribeiro de Oliveira
Coordenador dos Cursos de Formação, Iniciação e Vitaeamento de Magistrados

Juiz Élio Braz Mendes
Coordenador dos Cursos de Aperfeiçoamento de Servidores

Juiz Sérgio Paulo Ribeiro da Silva
Coordenador do Curso de Educação Corporativa

Juíza Fernanda Pessoa Chuahy de Paula
Gestora de Estudos e Programas de Juizados Especiais

Juiz Rafael José de Meneses
Gestor de Programas de Estudos Internacionais – Programa Inbound

Desembargador Fernando Cerqueira Norberto dos Santos
Gestor de Programas de Estudos Internacionais – Programa Outboard

Juiz Humberto Costa Vasconcelos Júnior
Gestor de Programas da Infância e Juventude

Desembargador Mauro Alencar de Barros
Gestor do Núcleo de Programas Sobre Gestão Judiciária

Desembargador Eurico de Barros Correia Filho
Gestor de Programas de Aperfeiçoamento de Notários e Registradores

Desembargador Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes
Gestor do Programa de EAD (Ensino à Distância)

Juiz Flávio Augusto Fontes de Lima
Gestor de Programas de Prevenção e Tratamento de Drogaditos e Peras Alternativas

Juiz Paulo Roberto de Sousa Brandão
Gestor dos Programas de Inclusão Social

Juiz Adeildo Nunes
Gestor dos Cursos de Programas em Matéria de Direito Penal

Juiz André Vicente Pires Rosa
Gestor dos Cursos e Programas em Matéria de Direito Público

Juiz Ruy Trezena Patu Júnior
Gestor dos Programas de Conciliação, Mediação e Arbitragem

Juiz José Florentino Júnior
Gestor dos Cursos de Extensão

Juíza Clara Maria de Lima Callado
Gestora do Espaço Notícias

Juíza Andréa Epaminondas Tenório de Britto
Gestora da Revista da ESMape

Juiz Eduardo Guillod Maranhão
Gerente do Núcleo de Edição e Serviços Gráficos

Presidente

Des. Dr. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos

Filosofia do Direito

Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo

Direito Civil

Prof. Msc. José André Machado Barbosa Filho

Prof. Dr. Ruy Trezena Patu Júnior

Prof. Dr. Sílvio Romero Beltrão

Direito Ambiental

Prof. Dr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva

Direito Processual Civil

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Direito Constitucional

Prof. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Direito Penal

Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima

Prof. Msc. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo

Direito Processual Penal

Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

Direito do Trabalho

Prof. Dr. Pedro Romano Martinez

Direito Tributário

Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos

Direito Administrativo

Prof. Msc. Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha

Gestora da Revista da ESMAPE

Juíza Andréa Epaminondas Tenório de Britto

Gerente do Núcleo de Edição e Serviços Gráficos

Juíz Eduardo Guilliod Maranhão

Coordenação Técnica, Editorial e Planejamento gráfico

Bel. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares

É com grande satisfação que a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (Esmape) apresenta, às comunidades jurídicas brasileira e internacional, o mais novo exemplar de sua publicação técnico-científica: a Revista da Esmape. Esta edição, de número 33/34, referente ao ano de 2011, traz novidades a partir da capa. Oprimos por um visual mais moderno, que evidencia as cores da Escola e expressa, ao mesmo tempo, um novo viés editorial e nossa vontade de ampliar o sucesso já consolidado da Revista.

Os temas que integram a presente obra visam, antes de tudo, à capacitação de todos que trabalham para exercer uma justiça mais eficiente, alicerçada no conhecimento e nas pesquisas. Para a seleção dos artigos, a Revista da Esmape contou com a expertise de um reestruturado Conselho Editorial, composto dos juristas portugueses Fernando Araújo Borges, Pedro Romano Martínez e Vasco Pereira da Silva, colaboradores que já integram o Programa de Mestrado Acadêmico da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

Unindo-se aos renomados mestres, estão os professores e coordenadores da Escola, cuja eficiência consideramos fundamental para que a Revista continue perpetuando uma trajetória de êxito iniciada em 1996. Para também cumprir o objetivo, pretendemos divulgar, nas próximas edições, as dissertações contempladas com a nota máxima no referido Mestrado, nas suas duas linhas de pesquisa: Ciências Jurídicas e Direito Constitucional.

Aproveitamos a oportunidade para reforçar o compromisso da Esmape com o aperfeiçoamento e a formação de magistrados e servidores do Tribunal de Justiça de Pernambuco e de outros

órgãos, sem esquecer os operadores do Direito que atuam balizados pelo fortalecimento do sistema jurídico. É também a eles que este trabalho se destina.

Somos, de fato, a mais tradicional Escola de Formação Judicial do Estado de Pernambuco; suprimos lacunas, ampliamos os cursos oferecidos com base nos anseios sociais por uma Justiça mais célere e efetiva. Reforçamos, desse modo, nossa condição de centro de excelência em capacitação, indispensável à atuação jurisdicional. A Esmape conhece, como nenhuma outra escola judicial, as necessidades e requisitos para uma melhor atuação do Judiciário pernambucano. Vislumbramos ver, refletido nestas páginas, esse saber.

Uma eficiente prestação jurisdicional: eis o nosso objetivo, reatualizado pelo ímpeto de uma nova gestão, iniciada com grandes trabalhos e muitas perspectivas. Esta edição da Revista da Esmape vem, portanto, reforçar nosso comprometimento com a educação de qualidade, condição *sine qua non* para o aperfeiçoamento profissional.

Recife, fevereiro de 2013

Desembargador Fernando Cerqueira Norberto dos Santos
Diretor-Geral da Esmape



A REFORMA DO CÓDIGO PENAL

Adeildo Nunes

Juiz de Direito em Pernambuco (1990/2012), Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Lusitã de Lisboa, Professor da UNINASSAU e da Escola Superior da Magistratura

Resumo

Ao longo dos anos, por várias vezes o País tentou aprovar um novo Código Penal, sem sucesso, embora em 1984 – com a Lei Federal 7.209 – tivesse aprovado uma grande reforma na sua Parte Geral. Entretanto, sabe-se que a sua Parte Especial já não mais atende aos anseios nacionais, principalmente porque, até hoje, não há previsão para a fixação direta, pelo juiz, das penas restritivas de direito, uma realidade punitiva adotada com ardor em todos os recantos do mundo. Recentemente, em boa hora, o presidente do Senado, José Sarney, resolveu criar

uma comissão de juristas para elaborar um anteprojeto para um novo Código Penal, entregue ao Senado Federal em julho de 2012, e que atualmente tramita no âmbito de uma comissão especial de senadores designada pelo presidente do Senado da República. É esse Projeto que se encontra em tramitação no Senado que me levou a tratar do tema, embora de forma resumida.

Palavras-chave: Código Penal. Reformas penais. Inovações do novo Código Penal.

Introdução

Com a independência do Brasil (1822), como era de se esperar, tornou-se imprescindível aprovar a nossa primeira Constituição, não só para assegurar a soberania de uma nova nação, mas, também, com a finalidade de consolidar, de uma vez por todas, a nossa autonomia perante o ordenamento jurídico português. Promulgada em 1824, a nossa primeira Ordem Constitucional estabeleceu que o Brasil permaneceria sendo regido pelas Ordenações Filipinas Lusitanas – em matéria de Direito Penal e Processual Penal – até que aqui fossem aprovados os nossos próprios diplomas legais. Elaborado por catedráticos de Direito de Coimbra, mas já contando com a participação de estudantes de Direito de Olinda e de São Paulo, o nosso primeiro Código Penal foi aprovado em 1830, desvinculando totalmente o Brasil da legislação

penal portuguesa que, aliás, era extremamente desumana, pois os castigos físicos e morais imperavam no bojo das Ordenações, tudo em consonância com os ideais punitivos da época.

O Código Criminal do Império de 1830, certamente foi um dos precursores na aplicação da pena de prisão em substituição às penas cruéis que vigoraram durante séculos, muito mais porque os ideais alcançados pela Revolução Francesa (1789) tiveram uma notável e forte influência humanista na mente dos que elaboraram as suas regras. Com o CP de 1830 a finalidade da pena não é mais castigar o criminoso, mas sim o exercício da repressão ao ilícito penal. Em resumo, foi com o CP de 1830 que o Brasil aderiu ao movimento de humanização das penas, que teve em Cesare Beccaria (italiano) o grande marco para o modelo punitivo que até hoje se persegue, mas a humanidade não consegue implantar, seja porque não quer, seja porque não sabe. Embora ainda estabelecesse a pena de morte, as galés (correntes de ferro nos pés), banimento, degredo, desterro, açoites e a prisão perpétua, sua aplicação ficou muito mais restrita aos escravos, que não eram sujeitos de direito, mas somente de obrigações.

Com a proclamação da República (1889), o Governo Provisório chefiado por Deodoro da Fonseca, imaginando adotar um novo Código Penal, nomeou uma comissão de juristas, dentre os quais Rui Barbosa, cujo anteprojeto foi logo transformado no Decreto 847, de 11.10.1890, entregando ao País um novo Diploma Penal. Em síntese, o Código da República previa a pena de prisão simples, trabalho forçado, banimento, reclusão e multa, mas já não mais possibilitou a fixação da pena de morte ou a perpétua, motivo pelo qual se diz que a pena de morte, no Brasil, só desapareceu em 1890. Criticado pela grande maioria dos penalistas da época, o Código de 1890 pecava na fixação das penas, uma vez concretamente presente a desproporcionalidade entre o crime praticado e a pena correspondente. O crime de furto – por exemplo – previa uma pena superior ao do roubo, quando se sabe que este se diferencia daquele, porque no roubo há o emprego de violência ou grave

ameaça, por conseguinte, exigindo-se uma penalização mais grave. Bem por isso, em 1932 – já no governo Vargas – foi aprovada a Consolidação das Leis Penais, numa firme demonstração de que o velho Código de 1890 não atendia mais aos anseios da sociedade, tampouco dos juristas da época.

Com o golpe de Vargas, em 1936, o ministro da Justiça de então, Francisco Campos, designou Alcântara Machado para estudar uma nova mudança na legislação penal, cabendo a Nelson Hungria – para muitos o maior penalista brasileiro de todos os tempos – a missão de relator do anteprojeto, que veio a se transformar no Código Penal de 1940, certamente o melhor de todos os nossos diplomas penais de todos os tempos, claro, hoje ultrapassado em muitas das suas regras, coisa bastante natural. O novo Código de 1940, inovando sobremaneira, dividiu-se em duas partes: A Geral e a Especial. Na sua Parte Geral – sensivelmente modificada em 1984, com a Lei Federal 7.209 – introduziu-se a medida de segurança para os doentes mentais como pena acessória, foram criados os regimes prisionais (aberto, semiaberto e fechado), novas regras claras sobre a prescrição foram estabelecidas, distinção entre o dolo (vontade e disposição de cometer o crime) e culpa (ação ou omissão por negligência, imperícia ou imprudência) e outros atualizados e notáveis institutos, que finalmente chegam ao Brasil, mercê dos magistrais conhecimentos jurídicos do mestre Nelson Hungria, que posteriormente chegou ao Supremo Tribunal Federal e até hoje tido como um dos maiores humanistas no século passado. Na sua Parte Especial – até hoje em vigor, com pequenas alterações posteriores – foram definidas a conduta delituosa e a pena correspondente, para cada tipo de crime, até porque não pode existir crime e nem pena sem a prévia cominação na lei. Sabendo-se que na época da aprovação do Código de 1940 não existiam computadores, telefones celulares e nem tampouco se dava importância ao meio ambiente, a elaboração de um novo Código para o País tornou-se absolutamente necessária e urgente.

Como já relatado, em 1984 deu-se uma profunda reforma na Parte Geral do Código, em cuja comissão de elaboração estava o ilustre

pernambucano Everardo da Cunha Luna, professor da Faculdade de Direito do Recife, mas a sua Parte Especial precisa ser urgentemente priorizada, muito mais porque as penas restritivas de direito ganharam extremo relevo nas últimas décadas, e até hoje só existem fora do Código, quando deveriam nele estar embutidas.

Embora o Código de 1940 tenha sido aprovado mediante a edição de Decreto-lei, portanto, sem a participação do Congresso Nacional, o que se sabe é que mesmo entendendo a necessidade da aprovação de um novo Diploma Penal – o tempo se encarregou de torna-lo obsoleto – o CP de 1940 exortou o Brasil para o resto do mundo, graças ao conhecimento jurídico dos seus idealizadores e ao conteúdo inovador que prevaleceu desde a sua aprovação, embora novos fatos sociais tenham feito impulsionar a necessidade de um novo Código, o que finalmente parece ter chegado aos ouvidos dos nossos parlamentares.

1 Histórico das tentativas de reforma

Já restou registrada a importância que o novo Código Penal de 1940 despontou para os destinos do Brasil, mormente no que tange aos inovadores institutos penais introduzidos no nosso ordenamento jurídico, como os regimes prisionais (aberto, semiaberto e fechado) e a sua divisão em duas partes: a Geral e a Especial. Embora aprovado num período de comoção social, face ao crescimento do nazi-fascismo e a sua promulgação realizada através de Decreto-lei do presidente Vargas, sem ouvir o Congresso Nacional, o Código de 1940 praticamente copiou o Código Rocco italiano, aprovado em 1939, daí a sua forte influência machista e até certo ponto consignando importância maior aos crimes contra o patrimônio, em detrimento da proteção à vida. Finda a Segunda Guerra Mundial, contudo, tornou-se necessária a aprovação de um novo Código, máxime considerando o fenômeno da industrialização que estava sendo apregoada em todos os recantos do mundo e a necessidade de penalizar, com rigor, as graves atrocidades praticadas no mundo pelos regimes políticos totalitários.

Por isso, em 1961 o então ministro da Justiça, Pedrosa Horta, pediu a Nelson Hungria, Roberto Lyra e a Hélio Tornaghi que elaborassem um anteprojeto para um novo Código Penal, que embora consolidado e entregue ao presidente Jânio Quadros, em 1963, viu-se definitivamente arquivado. Uma nova Comissão composta por Nelson Hungria, Hélio Tornaghi, Aníbal Bruno e Heleno Fragoso, em 1969, entregou ao ministro da Justiça de então, Gama e Silva, um novo anteprojeto, que finalmente transformou-se no Decreto-lei 1.004, em 21.10.1969, promulgado pela Junta Militar que governava o País e que deveria entrar em vigor em 01.01.1970, mas que jamais chegou a vigorar, porque foi revogado antes mesmo da sua vigência, certamente porque o momento nacional era de extrema convulsão política-institucional, consagrada pelo golpe militar de 1964.

Em 27.11.1980, pela Portaria n. 1.043, o ministro da Justiça, Petrônio Portela, designou uma nova Comissão para rever o projeto de 1969, que embora tenha sido aprovado e publicado jamais entrou em vigor. Francisco de Assis Toledo, Miguel Reale Junior, Regério Lauria e René Ariel Dotti, dentre outros renomados juristas, ficaram encarregados da missão que resultou numa grande reforma na Parte Geral do Código de 1940 (Lei 7.209/84) e na aprovação da atual Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84). A reforma introduzida na Parte Geral do Código, resumidamente: a) manifestou repúdio à pena de morte; b) manteve a pena privativa de liberdade para os crimes mais graves, criando a progressão de regime prisional; c) criou as penas restritivas de direito em substituição à prisão, nos crimes leves; d) extinguiu a medida de segurança para os doentes mentais, como pena acessória, transformando-a em tratamento psiquiátrico; e) exigiu a formulação de políticas criminais e penitenciárias no sentido de recuperar os criminosos, além de outras inovações.

Nota-se, assim, que embora tenhamos realizado uma reforma profunda na Parte Geral do Código de 1940, a sua Parte Especial praticamente é a mesma que foi aprovada originalmente, sem dúvidas, deveras retrógrada e arcaica para os nossos dias, já que a convivência

social de hoje é inteiramente diferente da época em que ela entrou em vigor. Nesse prisma, em meados de 2010 o presidente do Senado, José Sarney, nomeou uma nova Comissão destinada a apresentar ao País um novo modelo punitivo, sob a presidência do ministro do STJ, Gilson Dipp, cujos trabalhos de elaboração estão em pleno andamento, atualmente na fase de audiências públicas, com previsão para finalizar os trabalhos em maio deste ano, quando, certamente, o anteprojeto deverá ser encaminhado ao Congresso Nacional para novas discussões e deliberações. De conformidade com as decisões adotadas até agora pela Comissão, as penas cruéis permanecerão fora do Código, com um forte estímulo à aplicação das penas restritivas de direito, inclusive para aqueles crimes praticados cuja pena máxima não seja superior a 6 anos. Por outro lado, a pena de multa passa a ser um desestímulo aos sonegadores de tributos, porque a sua fixação certamente trará lacunas importantes nos cofres dos que ludibriam o erário público. No anteprojeto, considerando os altos índices de mortes no trânsito, o dolo eventual passará a ser aplicado nos casos do autor da infração provocar a morte em situação de embriaguez ou pelo consumo de drogas. Depois, a Comissão – pelo menos até agora – tem em mente de que o simples aumento nas penas privativas de liberdade em nada contribuirá para a redução da criminalidade, pois a intimidação, pela pena, traduz uma política criminal moderna e eficiente. Assim, a proposta final que surgirá da Comissão, com efeito, acatará a tese de que a redução da violência dá-se com a certeza da punição e não com a quantidade da pena eventualmente aplicada, uma visão absolutamente moderna, embora já houvesse sido defendida pelo italiano Cesare Beccaria, desde 1764, quando a sua obra “Dos delitos e das penas” viu-se publicada no mundo inteiro.

Outra preocupação demonstrada pela Comissão, até agora, está sendo com os crimes contra a administração pública, principalmente aqueles que são realizados por quadrilhas organizadas, cuja história o Brasil bem conhece, pois são constantes os escândalos envolvendo a classe política nacional e alguns dos grandes empresários nacionais,

com a apropriação indevida de recursos públicos. Nesse sentido, há propostas de regulamentação quando ao enriquecimento ilícito e em relação ao crime organizado, consagrando-se a fixação da privação da liberdade como última hipótese, ou seja, somente para os crimes graves ou criminosos de alta periculosidade que não possam conviver em sociedade. Significa, assim, que a Comissão reconhece – finalmente – que os nossos presídios ao invés de recuperar o criminoso, como é da sua obrigação, têm contribuído para a elevação das taxas de criminalidade, o que não deixa de ser uma realidade que passava despercebida pelos nossos legisladores.

2 Por que reformar?

Até agora já vimos que a Parte Geral do Código Penal Brasileiro, aprovada em 1940, foi profundamente reformulada com o advento da Lei Federal n. 7.209, em 1984, mas a sua Parte Especial praticamente é a mesma originariamente editada. Significa dizer, por isso, que a Comissão criada pelo Senado Federal em 2011 e atualmente em fase final de elaboração do anteprojeto de reforma do CP, seguramente vem se debruçando, muito mais, nas necessárias alterações na Parte Especial, embora se saiba que em relação à sua Parte Geral também há prenúncio de modificações, muito embora em pequena dimensão. Na Parte Geral do CP, bem por isso, as alterações que certamente virão à tona, dirão respeito à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o fim da imprudência e da imperícia como elementos da culpa, a inimizabilidade penal para os menores de 16 anos de idade e para os atos preparatórios que não resultem em crimes, a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos crimes em que a pena fixada na sentença seja igual ou inferior a 6 anos (hoje é de 4 anos), a inclusão da prisão domiciliar e do monitoramento eletrônico como outras fórmulas de cerceamento à liberdade, sem submissão ao recolhimento carcerário, a conversão da multa não paga em privação da liberdade, um plano geral de recuperação social do criminoso, o aumento de 30 para 40 anos como tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade,

um novo modelo de livramento condicional, agora estabelecendo a necessidade do réu cumprir mais da metade do total da condenação, independentemente do crime praticado e possibilidade de fixação de penas acessórias, como perda de direitos civis, profissionais e políticos. A introdução da delação premiada, como forma de combate ao crime organizado, será outro instituto de grande valia e que tem tudo para ser mais um instrumento que perdoa o criminoso que eventualmente venha a apontar os demais integrantes da organização criminosa. A Comissão também estuda um aumento acentuado do tempo de prescrição dos crimes, já que o Brasil ostenta a condição de primeiro País do mundo no reconhecimento da prescrição (perda da possibilidade de punir pela demora do processo). Nesse sentido, pesquisas oficiais dão conta de que 14% dos homicídios praticados não chegam ao julgamento final, por desaparecimento dos seus órgãos de Justiça, sem se contar que em quase 80% desses homicídios sequer são instaurados os processos criminais, simplesmente porque a investigação criminal não chega à autoria delitiva.

Relativamente à sua Parte Especial, há necessidade de uma mudança radical nas disposições atuais. Num primeiro momento, será imprescindível retirar do texto vários tipos penais que hoje já não comprometem a paz social, daí a importância de um enxugamento completo em várias condutas delitivas que hoje já não danosas à sociedade. A introdução de um capítulo especial sobre os crimes contra os direitos humanos, incorporará o Brasil aos mais recentes Códigos que vigoram nos países democráticos. Alguns crimes – o furto simples, por exemplo – dependerão de representação por parte da vítima, para que o processo penal seja iniciado, diferente do que ocorre hoje, quando praticamente todos os processos criminais são iniciados por exclusiva iniciativa do Ministério Público. Em todos os crimes em que a pena máxima for igual ou inferior a 4 anos, se a vítima não oferecer representação, não haverá ação penal, aliás, modelo de há muito adotado na Espanha e em Portugal, máxime no que tange aos crimes contra o patrimônio. Todas as penas iguais ou inferiores a 4 anos deverão ser penalizadas com restrição

de direitos ou multa. A privação da liberdade, por conseguinte, ficará adstrita aos crimes de médio e grande potencial ofensivo, como se vê, inserindo definitivamente o Brasil no clima do “movimento de defesa social”, iniciado em 1945, que desde então vem reconhecendo que a prisão é um antro de desordem, corrupção, desumanidade e descasos, porque não há interesse político em criar e manter estabelecimentos prisionais que contribuam para a recuperação do criminoso.

A nova Parte Especial do CP, assim, aliará o Brasil nesse movimento humanista extraordinário que vem crescendo cada dia, consagrando a tese de todos conhecida de que a prisão deve ser utilizada como última hipótese de repressão ao crime, e somente destinada aos criminosos de alta periculosidade. As masmorras que hoje acomodam pessoas que se desvirtuaram da boa convivência social, ao contrário do que está na lei, só têm contribuído para o aumento acentuado da criminalidade, como bem demonstram as estatísticas mundiais.

3 O Anteprojeto de 2011

Reunida pela primeira vez em 18.10.2011, a Comissão de Reforma do Código Penal, criada pelo Senado Federal e presidida pelo ministro Gilson Dipp (STJ), concluiu os trabalhos de elaboração do anteprojeto de lei contendo propostas concretas – algumas sensatas, outras não – cujo conteúdo normativo de conclusão foi entregue ao presidente do Senado em 27.06.2012, um mês após o prazo final estabelecido inicialmente. Como resultado dos trabalhos de discussão e de elaboração, a Comissão optou por idealizar um novo Código Penal para o País, ao contrário dos que imaginavam que as proposições redundariam em reformas pontuais no velho Código de 1940, embora tenhamos de reconhecer que antigas regras penais já consagradas no texto de 1940 tenham sido mantidas, significando dizer, por isso, que houve uma frustração nacional, no momento em que constatadas, ao final dos trabalhos, que as mudanças introduzidas não foram aquelas esperadas pelos penalistas brasileiros. Ainda neste breve relato, iremos tratar das principais alterações apresentadas pela Comissão de Reforma, cujo

anteprojeto foi efetivamente encaminhado a uma Comissão Especial formada por senadores indicados pela Mesa do Senado, logo em seguida remetido à Comissão de Constituição e Justiça e, finalmente, deverá chegar ao plenário da Casa Legislativa, a quem cabe, por último, discutir e aprovar as suas regras. Aprovado no Senado, o texto vai à Câmara dos Deputados, onde novas discussões serão travadas, donde se conclui que a aprovação final poderá demorar demasiadamente e até ser arquivado, como já aconteceu com tantos outros projetos anteriores.

Como se vê, o anteprojeto elaborado pela Comissão de Reforma foi apenas uma proposta básica para um novo Código Penal, mas certamente o seu texto originário sofrerá profundas modificações antes de chegar ao plenário do Senado e da Câmara, uma vez que é possível a apresentação de emendas ao texto por parte de qualquer Parlamentar. Na Câmara o mesmo pode acontecer, disposição regimental que tende a procrastinar o resultado final que o País espera: um novo Código Penal condizente com a nova realidade social do Brasil. Vale salientar, ainda, que mesmo aprovado nas duas Casas do Congresso, o projeto poderá ser vetado em parte ou num todo pela presidente da República, sem se contar que a história brasileira tem demonstrado a necessidade de um período longo de adaptação às novas regras aprovadas, mesmo depois de publicadas no Diário Oficial. Bem por isso, é provável que o projeto demore muitos anos para que venha a ser discutido no plenário do Senado e da Câmara e, mesmo depois de aprovado e sancionado, terá necessidade de adoção de um período de adaptação social e jurídico, que geralmente é de um ano após a publicação.

Após decidir pela elaboração de um novo Código e não por uma reforma no Código de 1940, a Comissão andou bem em desprezar o errado e arcaico anseio popular de que as penas devem ser altas, sempre, pois muitos acreditam que aumentando a pena haverá uma redução na criminalidade. Nesse aspecto, a Comissão foi sábia, pois embora criasse novos tipos penais, somente em casos excepcionais houve a majoração de penas em relação aos crimes já tipificados, aliás, como era de se esperar. É que com os ensinamentos de Cesare Beccaria (*Dos delitos e das penas,*

1764), comprovando cientificamente que a redução da criminalidade se dá com a certeza da punição e não com a quantidade ou com o tipo de sanção penal aplicada, é iniciada a fase da humanização da pena, que pregou, em síntese, um fim na fixação das penas cruéis - principalmente a de morte e a perpétua - bem como a necessidade de oportunizar ao criminoso os meios necessários que contribuam para a sua recuperação social, pois todos os seres humanos, independentemente do grau de periculosidade ou do tipo de crime praticado são recuperáveis. Não obstante, essa possibilidade de recuperação, com efeito, só pode ser consagrada, primeiro, se o criminoso aceitar o desafio recuperador, mas, essencialmente, será sempre do Estado que puniu a responsabilidade maior por esse desiderato. Essa reintegração social do criminoso, por isso, exige dos responsáveis pelo cumprimento da pena um forte investimento em assistência social, educacional, material, jurídica, psicológica e religiosa, que deve ser realizado dentro do ambiente prisional, muito mais porque o perfil social dos que chegam às nossas prisões são simplesmente degenerativo.

Pesquisas recentes demonstram que os que chegam as prisões brasileiras são pessoas entre 18 a 24 anos de idade, analfabetos, família desconstituída, envolvimento com substâncias entorpecentes, desempregados e sem profissão definida. A Lei de Execução Penal de 1984 estabelece regras claras e precisas de como o Estado deve agir para propiciar essa reintegração social. Ao invés do tratamento desumano que é oferecido ao preso brasileiro, se queremos evitar que o condenado após o cumprimento da pena não volte a delinquir, torna-se imprescindível disponibilizar essa assistência ao detento, não como favor, mas como obrigação, o que nunca existiu e jamais houve interesse político em concretizar essa recuperação. A reinserção do criminoso ao ambiente social, após o cumprimento da reprimenda, sem mais cometer crimes, como se vê, não é realizada porque é mais importante construir um estádio de futebol do que realizar concurso para o ingresso de novos defensores públicos, que muito poderiam contribuir para retirar das nossas cadeias pessoas que até já cumpriram a pena, mas que não têm

acesso à assistência jurídica, direito constitucional assegurado a todos, inclusive aos detentos e aos seus familiares.

Se é certo que não queremos ou não sabemos recuperar quem comete crimes e que são punidos com a perda da liberdade, também é verdadeiro afirmar que "ninguém se interessa pelo lixo humano".

4 A Comissão da OAB-PE

Logo que o presidente do Senado criou a Comissão de Reforma do Código Penal de 1940 e os trabalhos de discussão e elaboração do anteprojeto foram iniciados, o presidente da OAB-PE, Henrique Mariano, pela Portaria n. 005/2012, de forma inusitada, resolveu criar uma Comissão Especial de Estudo do Anteprojeto de Reforma do Código Penal, buscando contribuir com a relevante discussão nacional, tudo com o intuito de elaborar sugestões e propostas concretas que pudessem aprimorar as discussões que se desencadeavam em Brasília, a uma porque a OAB, historicamente, sempre participou ativamente dos grandes problemas nacionais que atingem os interesses sociais, e a duas porque era preciso dizer ao País que os advogados fazem parte da administração da justiça, nos exatos termos do art. 133, da Constituição Federal. Para tanto, a presidência da seccional de Pernambuco designou Emerson Leônidas (presidente), Roque de Brito Alves, Fernando Alves, Moacir Veloso, Bóris Trindade, Adelido Nunes, Bruno Lacerda, Eliomar Teixeira e Nilzardo Carneiro Leão para comporem a Comissão, que ao longo dos trabalhos também teve a participação de outros juristas, como foi o caso de Fernanda Moura, Anabel Pessoa, Adriano Galvão, Érica Machado, entre outros.

Depois de 60 dias de atividades, a Comissão criada pela OAB-PE terminou seus trabalhos, apresentando, publicamente, o conteúdo das suas propostas, em 10.05.2012, dentre as quais se destacam:

- a introdução da culpa gravíssima nos crimes de homicídios praticados sem a intenção de matar, nas hipóteses de embriaguez voluntária do condutor de veículos, cuja pena foi

- estipulada em até 10 anos de reclusão;
- retirada de todas as expressões que contenham o termo "orientação sexual";
- extinção do regime aberto, com a introdução do livramento condicional em substituição, para todos os condenados a uma pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 anos;
- introdução do princípio da insignificância como causa de exclusão da culpabilidade, para os não reincidentes nos crimes que for insignificante a lesão ao bem jurídico tutelado pena norma penal;
- nova definição sobre o crime de falsificação e adulteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, com a introdução de novas penas quando da conduta resultar lesões corporais ou morte;
- manutenção da menoridade penal aos 18 anos de idade, porque a criminalidade entre os jovens decorre da falta de cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurando-se, cada vez mais, que a política de encarceramento adotada no Brasil é maléfica e desumana;
- introdução no Código de todos os crimes que atualmente estão definidos em legislação esparsa;
- abolição de qualquer proposta tendente a aumentar penas ou introduzir no Brasil qualquer forma de penas cruéis.

Cumprida a finalidade para a qual foi constituída, a Comissão da OAB-PE quer acompanhar de perto todas as discussões sobre a matéria, seja junto ao Senado Federal, seja perante a Câmara dos Deputados, não só para se assegurar que o capítulo dos direitos e garantias fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição Federal não pode ser ilegalmente afetado pelo novo ordenamento penal, mas, acima de tudo, com vistas a manter os postulados do Estado Democrático de Direito, tantas vezes

comprometido pela apresentação de propostas tendentes a estimular o encarceramento de todos quantos praticarem crimes, obedecendo-se, primordialmente, o princípio constitucional do devido processo legal, com amplitude de defesa e com o contraditório.

Porém, cumpre salientar que essa responsabilidade assumida pela OAB, deveras marcante, há de ser dividida entre as demais entidades comprometidas com a Ordem Constitucional, aqui incluída a própria sociedade, que tem o dever de fiscalizar e participar ativamente das discussões e deliberações que serão adotadas pelo Parlamento, pois uma lei codificada deve ser sempre duradoura e perene, tudo no afã de evitar futuras leis esparsas que possam violar o princípio da segurança jurídica, como o Brasil vem fazendo nos últimos 25 anos, quando foram editadas leis que aparentemente serviriam para conter o crime, mas que não passaram de uma simples resposta política ao crime organizado, sem resultados práticos, como foi o caso da lei dos crimes hediondos, que serviu para aumentar o contingente carcerário brasileiro – já somos o quarto País do mundo em população carcerária – mas que em nada contribuiu para a redução das organizações criminosas ou para a diminuição da criminalidade.

Reduz-se o crime, certamente, não só com a repressão, como muitos imaginam. A prevenção é a melhor arma contra o avanço da violência. O exercício da prevenção, com efeito, exige investimento significativo em educação, saúde, moradia e emprego, pois nenhum país resolve os seus problemas sociais com Direito Penal. Uma boa lei, evidentemente, é um extraordinário instrumento que tem tudo para contribuir para esse desiderato, mas ela, sozinha, nada resolve. Torçamos, contudo, para que os nossos legisladores aprove um novo Código Penal que puna os verdadeiros culpados, mas não é possível esperar que ele, sozinho, definitivamente acabe com a miséria e a desumanidade que imperam em nossos presídios e nas ruas do Brasil.

5 A Inimputabilidade

Como já acentuado, discutido e elaborado por uma comissão de juristas designada pelo presidente do Senado Federal e presidida pelo ministro Gilson Dipp, do STJ, o anteprojeto de reforma do Código Penal foi efetivamente concluído e entregue ao presidente do Senado, em 27.06.2012, propondo ao Parlamento brasileiro um conjunto de sugestões buscando a modernização e o aprimoramento do arcaico e desatualizado ordenamento penal de 1940, aprovado por Decreto-lei em plena ditadura Vargas, num momento de grande convulsão social (2ª Guerra Mundial) e sobre forte influência do nazi-fascismo que tanto comprometeu a paz social e a liberdade individual das pessoas, motivo pelo qual a mulher só podia oferecer queixa numa delegacia de polícia com o consentimento do marido. Considerado, entretanto, como uma obra-prima para a época, o velho Código de 1940 idealizado por Nelson Hungria inovou, sobremaneira, ao criar os regimes prisionais (aberto, semiaberto e fechado), a medida de segurança para os doentes mentais delinquentes, as circunstâncias judiciais para a fixação da pena privativa de liberdade, a prescrição e as excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento do dever legal), dentre outros institutos.

O anteprojeto ora entregue ao Senado, após deliberação pelo plenário da Câmara Alta, deverá ser encaminhado à Câmara dos Deputados, onde será objeto de novas discussões, até a redação final, quando será remetido à presidente da República, a quem cabe sancionar com eventuais vetos. Publicado no Diário Oficial da União, o novo Código entrará em vigor um ano após a sua publicação, justamente para possibilitar aos operadores do Direito e à sociedade a necessária adaptação às suas novas regras que regulamentarão o novo modelo repressivo que vigorará em todo país. Com a sua entrada em vigor, espera-se que suas regras efetivamente intimidem o crime e o criminoso, uma das funções da pena, mas é tempo de reconhecer que os problemas sociais do Brasil

jamais serão resolvidos com o novo Diploma, como muitos imaginam, porque a redução da criminalidade está na certeza da punição e não, somente, com leis repressivas.

O anteprojeto manteve a inimputabilidade penal aos menores de 18 anos de idade, entendendo, acertadamente, que as causas do avanço do envolvimento de menores com o crime, acima e tudo, são intrínsecas à falta de políticas sociais que contribuam para evitar tamanho mal social, ademais, dizem os membros da Comissão, bastaria que houvesse o cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente para que o envolvimento do menor no mundo da criminalidade fosse atenuado. Para o anteprojeto, a redução da menoridade penal implicaria em mais um obstáculo que seria imposto ao famigerado sistema carcerário brasileiro, que de há muito esgotou a sua capacidade de acolher os maiores de idade. A manutenção da fixação das atuais medidas socioeducativas, ao invés da pena, aos menores de 18 anos de idade, infratores, na visão do anteprojeto, continua sendo uma boa política de proteção aos pupilos e à sociedade, bastando, portanto, que o Estado cumpra com a sua obrigação de oferecer escolas, reaproximação familiar e centros de tratamento aos menores drogados. Assim, não será o encarceramento desenfreado já imposto aos maiores de idade que reduzirá os índices de criminalidade envolvendo crianças e adolescentes, pois o que falta é mais atenção e vontade política do Estado para com os milhões de menores carentes que perambulam pelos médios e grandes centros urbanos, em sua grande maioria, analfabetos, viciados em drogas, família desconstituídas e sem moradia certa.

O texto aprovado pela Comissão também manteve a medida de segurança para os doentes mentais que praticam crimes, proibindo a fixação da pena, especificamente para aqueles que na data do fato não tinham a capacidade mental de entender o caráter ilícito da conduta. Constatada a doença mental mediante expresse laudo psiquiátrico, pode o juiz competente fixar o internamento compulsório em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico ou o tratamento ambulatorial em hospitais

psiquiátricos públicos, dependendo do tipo de doença diagnosticada, quando será analisado, também, o grau de periculosidade do agente infrator. Pelo anteprojeto, a medida de segurança de internamento poderá ser imposta aos doentes mentais por um tempo mínimo de até 3 anos, embora ela possa ser prorrogada até que reste comprovado que o tratamento psiquiátrico do paciente tenha sido concretizado. Essa prorrogação, contudo, não poderá ultrapassar o tempo máximo fixado pela lei ao crime cometido e o total do confinamento jamais poderá ultrapassar os 30 anos. Silenciou o anteprojeto, com efeito, para onde encaminhar um doente mental que cometeu uma pequena infração, mas que as suas condições psíquicas atestam que ele é capaz de tirar a vida de seus próprios familiares, após 2 anos de internamento, mesmo constatado em laudo psiquiátrico que a sua periculosidade decorrente da doença ainda apresenta alto risco para a sociedade.

Na vigência do atual Código Penal, cessada a periculosidade do paciente, comprovada por laudo pericial psiquiátrico, o juiz pode extinguir a medida de segurança, importando a decisão em liberação definitiva do paciente, que a partir da soltura só pode retornar ao internamento pela prática de um novo delito. Pelo anteprojeto, a liberação do paciente jamais será definitiva, por isso, mesmo solto por decisão judicial, poderá haver o seu retorno ao internamento, independentemente do cometimento de um novo crime, pois a liberação passa a ser provisória. O paciente que apresente melhora em sua saúde mental pode ficar livre, mas poderá haver o seu imediato retorno ao internamento, se a doença mental voltar a se manifestar.

6 As penas e os regimes prisionais

O anteprojeto de reforma do Código Penal de 1940, apresentado pela Comissão de juristas ao Senado Federal em 27.06.2012, consagrou um conjunto de propostas relativas às penas e aos regimes prisionais, às vezes copiando regras que já existem no modelo atual, outras vezes

inovando. No que diz respeito às penas, o anteprojeto pecou em não reproduzir a vigente Constituição Federal, no momento em que denominou de "prisão" a pena privativa de liberdade, como, aliás, já o faz o Código de 1940 (art. 32). Denominar de pena de prisão ao invés de pena privativa de liberdade, certamente é uma grave violação à Carta Constitucional (ver art. 5º, XLVI, CF/88), que não pode ser vulnerada por lei ordinária. Além da pena de prisão, na visão do anteprojeto, será possível aplicar ao infrator a restrição de direitos, a multa e a perda de bens. Como se vê, o anteprojeto aboliu totalmente a ideia da fixação de penas cruéis, muito mais porque a Constituição de 1988 não as admite (art. 5º, XLVII), embora a sociedade, erroneamente, creia que as penas de morte ou perpétua devem ser utilizadas no Brasil. No tocante às penas, com efeito, em comparação com o modelo adotado pelo atual Código, o anteprojeto inovou ao introduzir a pena de perdas de bens, até porque manteve a restritiva de direitos e a multa, embora tenha vilipendiado a Constituição, insisto, quando denominou de pena de prisão a pena privativa de liberdade. Nesse sentido, é fácil reconhecer que a "prisão" também pode ser confundida com os estabelecimentos carcerários que acolhem os detentos.

Em relação aos regimes prisionais, a proposta manteve o sistema atual: fechado, semiaberto e aberto para os condenados à pena privativa de liberdade. No fechado o condenado deve ser custodiado em estabelecimento penal de segurança média ou máxima, enquanto que no semiaberto o cumprimento da pena deve ocorrer em colônias agrícolas ou similares. Por fim, no aberto, o condenado deverá cumprir a pena fora da prisão. Ora, em primeiro lugar não se sabe o que é prisão de segurança média ou máxima; depois, se no aberto o condenado vai cumprir a pena fora da prisão, não se pode falar em regime prisional, daí porque o ideal seria acabar de uma vez por todas com o regime aberto, já que ele nunca funcionou no Brasil e certamente também não cumprirá a sua função se essa proposta for aprovada pelo Congresso Nacional.

No regime fechado, pela proposta apresentada, o condenado será

submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução, ficando sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena, sendo certo que o trabalho externo será admissível, excepcionalmente, no regime fechado, em serviço ou obras públicas. Por sua vez no regime semiaberto o trabalho externo será admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Para as saídas temporárias, em especial quanto às visitas periódicas ao lar, o benefício só poderá ser concedido desde que cumprido um quarto do total da pena, se o regime inicial fixado foi o semiaberto, não tenha havido regressão anterior e o recomendarem as condições pessoais do condenado. O prazo para o gozo das saídas temporárias, contudo, será de um sexto do restante da pena se tiver havido progressão do regime fechado ao regime semiaberto. Na visão do anteprojeto, o regime aberto consiste na execução da pena de prestação de serviço à comunidade, cumulada com outra pena restritiva de direitos e com o recolhimento domiciliar. A pena de prestação de serviço à comunidade será obrigatoriamente executada no período inicial de cumprimento e por tempo não inferior a um terço da pena aplicada. O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância direta, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado à sua moradia habitual. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica. em caso de descumprimento injustificado das condições do regime aberto o condenado regredirá para o regime semiaberto.

O anteprojeto manteve a perspectiva do condenado à privação da liberdade progredir de regime prisional, como acontece no presente, já assinalando os requisitos necessários para a obtenção do benefício: bom

comportamento carcerário, aptidão para o convívio social e tempo de cumprimento de pena no regime anterior. Aqui o anteprojeto inovou, em confronto com a atual Lei de Execução Penal, ao introduzir a aptidão para o convívio social como exigência para a progressão, significando dizer que haverá sempre necessidade da elaboração de exame criminológico, a ser elaborado pelos Conselhos Penitenciários dos estados, para que se possa definir aquela condição. A proposta de reforma, porém, redefiniu completamente o requisito temporal para obtenção da progressão, exigindo: um sexto da pena total, se o condenado não for reincidente em crime doloso; um terço se ele for reincidente, se o crime cometido houver sido praticado com o uso de violência ou grave ameaça ou se o crime tiver causado grave lesão à sociedade; exigir-se-á o cumprimento de metade da pena, se o condenado for reincidente em crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa ou em crime que tiver causado grave lesão à sociedade ou se condenado por crime hediondo; finalmente será exigido o cumprimento de três quintos da pena, se o réu for reincidente e condenado por crime hediondo.

Outra grande inovação consagrada no anteprojeto está no dispositivo que estabelece que se por razão atribuída ao Poder Público não houver vaga em estabelecimento penal apropriado para a execução da pena em regime semiaberto, o apenado terá direito à progressão diretamente para o regime aberto, donde se concluiu que se aprovada essa proposta este dispositivo será muito utilizado, face à constante falta de vagas no regime semiaberto. Como se nota, muitas das disposições relativas aos regimes prisionais e à progressão de regime bem que poderia ser retiradas do anteprojeto do Código, pois em se tratando de matérias que dizem respeito à execução da pena, evidentemente deveriam ser consagradas na Lei de Execução Penal e não no Código Penal. A definição da progressão de regime, por exemplo, que o anteprojeto o faz, é matéria exclusiva de execução penal e não deveria ser contemplada numa norma penal objetiva.

7 A Progressão de regime

Como já anotado, restou assegurado que o anteprojeto de reforma do Código Penal de 1940, elaborado por juristas renomados e hoje em fase de discussão no âmbito de uma comissão especial designada pela presidência do Senado, que tem a participação do pernambucano Armando Monteiro, está prestes a ser discutido e votado pelo plenário da Câmara Alta. Aprovado no Senado, será necessário que a Câmara dos Deputados também aprecie e vote a matéria, culminando com a sanção presidencial e conseqüente transformação em lei. Por unanimidade de pensamento entre os juristas e os profissionais da área jurídica, o Brasil precisa, de há muito, de um novo Diploma Penal, porque o atualmente em vigor está em desuso e arcaico, merecendo dos nossos legisladores uma atenção redobrada sobre o tema, principalmente no tocante à sua Parte Especial, muito embora se reconheça que a aprovação de um Código Penal, por si só, não seja capaz de reduzir a violência, sabe-se, contudo, que ele poderá contribuir para diminuir a impunidade.

Neste espaço já tecemos algumas observações sobre as novas propostas para a progressão de regime prisional contidas no anteprojeto, quando restou assegurado que elas passam a ser mais rigorosas para aqueles que praticarem crimes graves ou hediondos. À luz do anteprojeto em discussão, da mesma forma que o criminoso poderá ser transferido do regime fechado para o semiaberto e deste para o aberto, desde que seu comportamento carcerário aconselhe e que tenha cumprido o tempo de pena necessário exigido na lei, entretanto, será sempre possível a regressão de regime, ou seja, o retorno do réu ao regime mais rígido, conforme se vê no art. 48 do anteprojeto:

A execução da pena de prisão ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; ou II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante das penas em execução, torne inviável o regime.
 § 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. § 2º O cometimento de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, iniciando novo período a partir da data da infração disciplinar.

Conforme se vê, durante a execução da pena de prisão, sendo o condenado beneficiado com a progressão para um regime menos rígido (do fechado para o semiaberto, por exemplo), vindo a ser acusado da prática de um novo crime doloso ou cometido falta grave, o juiz da Execução poderá realizar a regressão de regime, fazendo o condenado retornar ao regime anterior mais rígido.

Diz-se que o crime é doloso, quando o agente teve a intenção firme e determinada de praticar o crime. Comete falta grave o recluso que: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina, dentro do ambiente prisional; II – Fugir ou tentar fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outra pessoa; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – descumprir regras de convivência carcerária; VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Enquanto a acusação pela prática de crime doloso pode ser comprovada com um simples boletim de ocorrência lavrado numa Delegacia de Polícia, o cometimento da falta grave, pelo preso, exige que a conduta seja apurada em procedimento administrativo que deve ser instaurado pelo diretor de cada estabelecimento prisional, assegurado ao detento o direito de defesa. Se o criminoso estiver cumprindo uma pena de prisão e vier a ser condenado por outro crime, cuja soma das penas seja superior a 8 anos, também poderá haver a regressão.

A grande inovação do anteprojeto, nessa parte, diz respeito à interrupção do tempo de cumprimento de pena, quando cometida falta grave pelo preso, iniciando-se uma nova contagem desse tempo, para efeito da progressão de regime. Assim, pois, se um condenado após cumprir 3 anos de pena de prisão vier a ser beneficiado com a progressão de regime, e no novo regime cometer uma falta grave, além de regredir de regime, os 3 anos de cumprimento não poderão ser computados para uma nova progressão, pois um novo tempo deverá ser reiniciado a partir da data do cometimento da falta grave. Embora alguns tribunais do País

já estejam adotando essa causa de interrupção, o certo é que o Supremo Tribunal Federal de há muito tem entendido que essa interrupção viola o princípio constitucional da individualização da pena, o que é uma realidade.

Em síntese, as propostas apresentadas pela comissão que elaborou o anteprojeto, relativamente à progressão e à regressão de regime, pecam, no mínimo, em três aspectos: a matéria deve ser regulada na Lei de Execução Penal e não no Código Penal; a interrupção do tempo de cumprimento da pena pelo cometimento da falta grave não pode prevalecer, porque a falta grave não é sanção penal, mas sim uma indisciplina prisional, portanto, de natureza administrativa, não possuindo o condão de interferir no tempo de cumprimento da pena, como pretende o anteprojeto; por fim, a denominação “pena de prisão” em substituição a “pena privativa de liberdade”, viola o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988.

8 O Regime inicial de cumprimento

O anteprojeto, hoje transformado em Projeto de Lei, introduz novas regras sobre o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, além de fixar algumas normas gerais sobre direitos do preso. No que tange ao regime inicial de cumprimento para os condenados a uma pena privativa de liberdade, o anteprojeto propõe: Art. 49.

O regime inicial de cumprimento da pena será fixado de acordo com os seguintes critérios: I – o condenado a pena igual ou superior a oito anos deverá iniciar o cumprimento em regime fechado; II – o condenado não reincidente em crime doloso, cuja pena seja superior a quatro anos e inferior a oito anos, poderá iniciar o cumprimento em regime fechado ou semiaberto; III – o condenado por crime praticado sem violência ou grave ameaça, não reincidente, cuja pena seja superior a dois e igual ou inferior a quatro anos, poderá iniciar o cumprimento em regime aberto. Parágrafo único. A determinação do regime inicial de

Conforme se vê, durante a execução da pena de prisão, sendo o condenado beneficiado com a progressão para um regime menos rígido (do fechado para o semiaberto, por exemplo), vindo a ser acusado da prática de um novo crime doloso ou cometido falta grave, o juiz da Execução poderá realizar a regressão de regime, fazendo o condenado retornar ao regime anterior mais rígido.

Diz-se que o crime é doloso, quando o agente teve a intenção firme e determinada de praticar o crime. Comete falta grave o recluso que: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina, dentro do ambiente prisional; II – Fugir ou tentar fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outra pessoa; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – descumprir regras de convivência carcerária; VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Enquanto a acusação pela prática de crime doloso pode ser comprovada com um simples boletim de ocorrência lavrado numa Delegacia de Polícia, o cometimento da falta grave, pelo preso, exige que a conduta seja apurada em procedimento administrativo que deve ser instaurado pelo diretor de cada estabelecimento prisional, assegurado ao detento o direito de defesa. Se o criminoso estiver cumprindo uma pena de prisão e vier a ser condenado por outro crime, cuja soma das penas seja superior a 8 anos, também poderá haver a regressão.

A grande inovação do anteprojeto, nessa parte, diz respeito à interrupção do tempo de cumprimento de pena, quando cometida falta grave pelo preso, iniciando-se uma nova contagem desse tempo, para efeito da progressão de regime. Assim, pois, se um condenado após cumprir 3 anos de pena de prisão vier a ser beneficiado com a progressão de regime, e no novo regime cometer uma falta grave, além de regredir de regime, os 3 anos de cumprimento não poderão ser computados para uma nova progressão, pois um novo tempo deverá ser reiniciado a partir da data do cometimento da falta grave. Embora alguns tribunais do País

já estejam adotando essa causa de interrupção, o certo é que o Supremo Tribunal Federal de há muito tem entendido que essa interrupção viola o princípio constitucional da individualização da pena, o que é uma realidade.

Em síntese, as propostas apresentadas pela comissão que elaborou o anteprojeto, relativamente à progressão e à regressão de regime, pecam, no mínimo, em três aspectos: a matéria deve ser regulada na Lei de Execução Penal e não no Código Penal; a interrupção do tempo de cumprimento da pena pelo cometimento da falta grave não pode prevalecer, porque a falta grave não é sanção penal, mas sim uma indisciplina prisional, portanto, de natureza administrativa, não possuindo o condão de interferir no tempo de cumprimento da pena, como pretende o anteprojeto; por fim, a denominação “pena de prisão” em substituição a “pena privativa de liberdade”, viola o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988.

8 O Regime inicial de cumprimento

O anteprojeto, hoje transformado em Projeto de Lei, introduz novas regras sobre o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, além de fixar algumas normas gerais sobre direitos do preso. No que tange ao regime inicial de cumprimento para os condenados a uma pena privativa de liberdade, o anteprojeto propõe: Art. 49.

O regime inicial de cumprimento da pena será fixado de acordo com os seguintes critérios: I – o condenado a pena igual ou superior a oito anos deverá iniciar o cumprimento em regime fechado; II – o condenado não reincidente em crime doloso, cuja pena seja superior a quatro anos e inferior a oito anos, poderá iniciar o cumprimento em regime fechado ou semiaberto; III – o condenado por crime praticado sem violência ou grave ameaça, não reincidente, cuja pena seja superior a dois e igual ou inferior a quatro anos, poderá iniciar o cumprimento em regime aberto. Parágrafo único. A determinação do regime inicial de

cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 75 deste Código.

O anteprojeto – seguindo o entendimento das regras hoje existentes – estabelece que condenado o réu a uma pena privativa de liberdade, caberá ao juiz fixar o regime inicial para o cumprimento da pena, que poderá ser o fechado, o semiaberto ou o aberto. O anteprojeto, todavia, inovou ao consagrar que se o réu for condenado a mais de 8 anos de prisão, obrigatoriamente, terá que iniciar o cumprimento da reprimenda em regime fechado. Se não reincidente o condenado em crime doloso, sendo a pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos, o regime inicial poderá ser o semiaberto.

Finalmente, se a pena fixada for superior a 2 anos e inferior a 4 anos, desde que o crime não tenha sido praticado com o uso de violência ou grave ameaça, o regime inicial de cumprimento da pena será o aberto. Nota-se, pelo texto proposto, que em qualquer caso, sendo o réu condenado a uma pena superior a 8 anos, o regime inicial de cumprimento da pena será sempre o fechado. Entretanto, se a pena fixada for superior a 4 anos e inferior a 8 anos, o condenado poderá iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, também, ou no semiaberto, dependendo dos seus antecedentes criminais. Sendo ele reincidente, o regime será o fechado; se não reincidente, caberá ao juiz fixar o regime semiaberto. Por fim, se a pena aplicada for superior a 2 anos e inferior a 4 anos, caberá ao juiz fixar o regime semiaberto ou o aberto, levando sempre em conta a condição de reincidente ou não. Se reincidente, o regime deverá ser o semiaberto; se não reincidente, cabe ao réu iniciar o cumprimento da pena em regime aberto, embora nos termos do anteprojeto não se possa afirmar que o aberto é um regime prisional, porque as suas condições deverão ser cumpridas fora do estabelecimento prisional. Ora, se é fora da prisão, não se pode falar em regime prisional.

Resumidamente, condenado o réu a uma pena privativa de liberdade, se a pena definitiva for igual ou acima de 8 anos, o regime inicial de cumprimento será sempre o fechado; será fechado, também,

quando o réu mesmo condenado a uma pena inferior a 8 anos e superior a 4 anos for reincidente em crime doloso. Iniciarão o cumprimento da pena em regime semiaberto, aqueles condenados a uma pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos, que não sejam reincidentes em crimes dolosos e os que mesmo condenados a uma pena inferior a 4 anos e superior a 2 anos, forem reincidentes. Nota-se, assim, que o anteprojeto, ao longo dos seus dispositivos, vem prestigiando os não reincidentes em detrimento dos reincidentes, nitidamente repudiando o cometimento de crimes dolosos. Sobre o regime inicial de cumprimento de pena, vale salientar que o anteprojeto silenciou em relação aos que venham a ser condenados a uma pena igual ou inferior a 2 anos, isso porque tratando-se de crime de menor potencial ofensivo, obrigatoriamente, a pena fixada deverá ser a restritiva de direitos e não a privativa de liberdade.

Especificamente em relação ao cumprimento da pena privativa de liberdade pelas mulheres, o anteprojeto exige que sejam obedecidos os direitos e deveres inerentes à sua condição pessoal, assegurando-se, sempre, a sua permanência com os filhos durante o período de amamentação. Essas regras, com efeito, são absolutamente desnecessárias, pois a Lei de Execução Penal atual já contempla a matéria, aliás, estabelecendo outras regras específicas destinadas às presidiárias, como, por exemplo, a exigência de creches e berçários em todos os estabelecimentos penais femininos, que de há muito são exigidos.

No que diz respeito aos direitos do preso, o anteprojeto reproduziu as regras do atual Código Penal (art. 38), estabelecendo que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda de liberdade, significando dizer que se o preso é provisório, só perde a liberdade; se condenado, além da liberdade, há restrição a outros direitos, como o de votar ou ser votado. Ao consagrar que o cumprimento da pena em regime fechado deverá ser realizado em cela individual, a comissão certamente não levou em conta que a Lei de Execução Penal já estabelece essa regra, por sinal inútil, uma vez que a superpopulação carcerária brasileira – já somos o quarto País do mundo em quantidade de presos – não permite essa condição, uma vez que na prática os presos são custodiados

em pavilhões, muitos deles atingindo mais de 2 mil presos, como é o caso do presídio estadual de Porto Alegre. Sobre o trabalho prisional, mantem-se a necessidade da remuneração mensal ao preso, sem gerar qualquer vínculo empregatício, garantindo-se ao recluso o direito de filiação à previdência social e ao estudo, direitos já consagrados pela Lei de Execução Penal.

Ao estabelecer regras básicas sobre o regime inicial de cumprimento de pena e sobre direitos do preso, o anteprojeto muito pouco inovou, pois a grande maioria das suas disposições já está consagrada na Parte Geral do Código de 1940 e na Lei de Execução Penal de 1984, donde se conclui que se esperava muito mais da comissão que elaborou o anteprojeto, no que tange a essa matéria. Como a proposta inicial ainda será objeto de discussão e votação em comissões e plenário do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, é de se esperar que o anteprojeto, nesta parte, possa ser emendado pelos nossos parlamentares, retirando-se muitas regras inúteis e acrescentando-se outras inovadoras, que certamente poderiam fazer parte do novo Código, como, por exemplo, pondo-se um fim no regime aberto, substituindo-o pelo livramento condicional, uma vez comprovado que o Brasil não suporta administrar três regimes prisionais, como a prática ao longo dos anos, infelizmente, tem demonstrado.

8.1 As críticas ao projeto

Com o grito de independência (1822), e com a promulgação da nossa primeira Constituição (1824), tornou-se absolutamente imprescindível ao Brasil aprovar o seu Código Penal e o seu Código de Processo Penal, o que efetivamente aconteceu em 1830 e 1832, respectivamente, quando se deu o rompimento definitivo da nova nação com as normas penais contidas nas Ordenações Filipinas portuguesas, aliás, as mais desumanas e cruéis de toda a história legislativa, que impunha ao criminoso as mais terríveis formas de castigos físicos e morais. Elaborado por catedráticos da faculdade de Direito de Coimbra e por estudantes de Direito de São Paulo e de Olinda, foi o Código Penal

de 1830 quem aboliu a vingança como finalidade da pena, surgindo em seu lugar a repressão, que até hoje persiste no ordenamento jurídico nacional (art. 59, CP). Foi aqui que a prisão surgiu como forma de punição, porque antes ela servia, somente, para assegurar o julgamento do réu. Punido, fatalmente a pena imposta era a de morte, dependendo das condições econômicas e sociais do infrator, pois já naquela época a punição era muito mais aplicada aos menos afortunados. À nobreza, era muito mais oportuna ao Soberano a fixação da pena de multa ou a perda compulsória de bens.

O projeto Clemente Machado, que deu origem ao Código Penal do Império, apresentado ao Imperador em 1827, como se vê, passou longos três anos sendo discutido e votado no Congresso Nacional, antes de ser transformado em lei. Com a proclamação da República (1889), Baptista Pereira encarregou-se de elaborar um projeto para um novo Código Penal, que depois de um ano de discussão transformou-se no Código Penal de 1890.

O atual Código Penal – erigido do projeto Alcântara Machado e aprovado em 1940 – durante mais de dois anos foi submetido a uma intensa discussão nas faculdades de Direito do país, antes de ser transformado no Decreto n. 2.848, promulgado por Getúlio Vargas. De 1940 até 2011, muitos foram os projetos que pretenderam introduzir reformas no Código Penal de 1940, mas que foram inviabilizados por questões eminentemente políticas. Chegamos a aprovar uma grande reforma na sua Parte Geral, em 1984 (Lei Federal n. 7.209), contudo, nunca houve vontade política para reformar a sua Parte Especial, que até hoje só conhece a pena privativa de liberdade e a multa, como formas de punição, quando se sabe que a pena restritiva de direitos vem substituindo, de há muito, os rigores da prisão, aliás, com expressivos resultados. A grande maioria das leis penais aprovadas após 1940 está fora do Código, comprometendo seriamente a boa técnica legislativa, que não aceita a aprovação de leis esparsas, quando existe uma norma jurídica codificada.

Em outubro de 2012 o presidente do Senado Federal, José Sarney, criou uma comissão de juristas, presidida pelo ministro do STJ, Gilson Dipp, com a pretensão de entregar ao país um novo Código Penal, sem dúvidas, invocando a assertiva de que o Código de 1940 está em desuso e arcaico. Essa comissão, desde a sua criação, vem sendo criticada porque deixou ausentes dela grandes penalistas da nossa época, como Roque de Brito Alves, Cezar Bitencourt e Luiz Régis Prado, por exemplo, que em muito poderiam contribuir para o aprimoramento do anteprojeto de lei. Realmente, oriundo de um período de imensa convulsão social – Segunda Guerra Mundial – o Código de 1940 foi aprovado com profunda influência do nazi-fascismo, daí porque muitas das suas regras estão completamente dissociadas da realidade social de agora. Na época da sua aprovação, era possível impor ao infrator uma pena de prisão a quem cometesse uma simples contravenção penal, hoje impossível de ser fixada, uma vez considerada crime de menor potencial ofensivo, que exige a aplicação da pena restritiva de direitos (Lei Federal 9.099/95).

Concluído o anteprojeto pela comissão de juristas, o presidente do Senado, José Sarney, criou uma comissão especial para elaborar parecer sobre a proposta inicial, composta por senadores, que atualmente está analisando todo o conteúdo do anteprojeto, inclusive com prazo certo para terminar seus trabalhos. Antes mesmo da elaboração do parecer da comissão especial do Senado, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, publicou um "manifesto sobre a reforma do Código Penal", pugnando pelo sobrestamento imediato do projeto, entendendo que ele está sendo conduzido às pressas e sem uma ampla consulta à nação, tornando-se imperioso que haja uma discussão mais duradoura do seu teor, inclusive com a participação da comunidade científica e dos operadores do Direito, que realmente ficaram de fora dos debates e discussões.

Com efeito, analisando-se a proposta apresentada pela comissão de juristas e que hoje já tramita no Senado da República, é fácil entender que o anteprojeto, no tocante à sua Parte Geral, além de copiar, na íntegra, nitidamente, vários dispositivos que já fazem parte do atual

Código, também pretende disciplinar matérias que dizem respeito à execução penal. No momento em que o anteprojeto conceitua e regulamenta o instituto da progressão de regime prisional, por exemplo, irremediavelmente está legislando sobre Execução Penal e não sobre Direito Penal. Certamente muitos dos dispositivos propostos pela comissão de juristas, na Parte Geral, deveriam ser introduzidos na Lei de Execução Penal e não num Código Penal. Somente por isso, especificamente sobre as propostas para a Parte Geral, há necessidade premente de uma revisão minuciosa sobre a proposta inicial, porque ela deixa muito a desejar, exigindo-se uma completa reformulação em todo o seu conteúdo.

Há quem diga, até, que a reforma no Código deveria atingir, somente, a sua Parte Especial, pois a sua Parte Geral merece ser mantida. Nelson Hungria – um dos elaboradores do Código de 1940 -, vivo, dizia que "a Parte Geral do Código Penal brasileiro de 1940 é e será sempre a mais extraordinária de todos os tempos".

8.2 A Medida de Segurança

O anteprojeto, transformado no Projeto de Lei n. 236/2012, atualmente em tramitação no Senado Federal e que pretende oferecer ao país um novo Código Penal – o atual é de 1940, embora a sua Parte Geral já tenha sido reformada em 1984 - mantém a tradição brasileira de reconhecer a inimputabilidade penal aos menores de 18 anos de idade e aos doentes mentais infratores. Na visão do atual diploma, ao invés de prisão e castigo, os menores de 18 anos que se envolvem com a criminalidade precisam de proteção do Estado, enquanto os doentes mentais necessitam de um tratamento médico-psiquiátrico, significando dizer, por isso, que nestas condições excepcionais essas pessoas são isentas de pena, mesmo que eventualmente venham a cometer um crime ou uma contravenção penal. Sendo o menor de 18 anos de idade o autor do ilícito penal, de acordo com o projeto, permanece a possibilidade de o juiz aplicar a medida socioeducativa cabível à espécie, ademais, neste caso, a matéria continuará sendo regida pelo Estatuto da Criança

e do Adolescente (Lei Federal 8.069/1989) e não pelo Código Penal. Se doente mental na época do crime o autor da infração, caberá ao juiz submeter o paciente a uma medida de segurança. Nesse prisma, observa-se que nenhuma modificação existe entre o modelo atual e o que está sendo previsto na proposta, pois foi assim que o legislador de 1940 tratou do assunto, e é assim que o projeto dispõe.

Nota-se, com efeito, que na visão do projeto a medida de segurança continuará tendo a natureza jurídica de tratamento psiquiátrico, donde se conclui que aqueles que defendem a sua condição de sanção penal tiveram essa tese rejeitada pela comissão que elaborou o anteprojeto. A medida de segurança, portanto – na visão do atual Código e do projeto em discussão – será sempre fixada ao doente mental com a finalidade de prevenir a prática de novos delitos, para tanto submetendo o paciente a um tratamento médico-psiquiátrico, ao invés de impor uma sanção penal a quem não tinha o entendimento mental suficiente para compreender a atitude ilícita que praticou. A medida de segurança, assim, permanecerá sendo um tratamento médico-psiquiátrico e não uma sanção penal, como muitos pretendiam.

De acordo com o projeto, diagnosticada a doença mental através de laudo psiquiátrico, no âmbito do devido processo criminal, caberá ao juiz aplicar uma internação compulsória ao paciente - que deverá ser cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTP) - ou imporá um tratamento ambulatorial, dependendo do tipo de periculosidade que vier a ser apurada no laudo psiquiátrico (leve, média, grave e acentuada). Vale lembrar que a fixação do internamento ou do tratamento, pelo juiz, sempre será aplicada com base no perigo que o paciente pode oferecer à sociedade e não de acordo com o tipo de crime cometido. Pode ocorrer - e acontece com frequência - do juiz fixar um tratamento ambulatorial para quem comete um homicídio e um internamento compulsório àquele que pratica uma simples ameaça, porque a medida de segurança não é sanção penal.

O projeto inova, porém, no tocante ao tempo mínimo de

tratamento ou de internação do paciente. No atual modelo, o tempo de cumprimento da medida é por prazo indeterminado e o tempo mínimo é de 1 a 3 anos. A proposta em discussão no Senado exige um mínimo de 3 anos de tratamento ou de internação, estabelecendo, mais, que cumprido o prazo mínimo a medida de segurança perdurará enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, desde que não ultrapasse o limite máximo: a) da pena cominada ao fato criminoso praticado; ou b) de trinta anos, nos fatos criminosos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo se a infração for de menor potencial ofensivo, consagrando, ao fim e ao cabo, que atingido o limite máximo, poderá o Ministério Público ou o responsável legal pela pessoa, requerer, no juízo cível, o prosseguimento da internação.

Outra inovação que se apresenta, diz respeito à extinção da execução da medida de segurança. Se na vigência do atual Código ela ocorre com a cessação da periculosidade do agente, devidamente declarada pelos psiquiatras (tratamento realizado a contento), com a reforma ela deixa de existir, pois a desinternação ou a liberação do paciente será sempre de forma condicional, daí porque se conclui que ela poderá ser revigorada a qualquer momento, sem necessidade de outras formalidades.

Hoje, no Brasil, mais de 10 mil pessoas estão internadas em nossos hospitais de tratamento psiquiátricos, uns realizando exames de sanidade mental, outros cumprindo medida de segurança de internamento. Aqui em Pernambuco, perto de 500 pessoas estão custodiadas no único HCTP que existe, localizado em Itamaracá, homens e mulheres em situação deprimente, uma vez abandonadas pelo Estado, pela família e pela sociedade, sendo relevante dizer que em todo país os índices de tratamento são tímidos, seja por falta de vontade política, seja por omissão da própria família do interno e da sociedade. Antes de reformar o Código Penal sobre esse dilema social, era necessário exigir das autoridades públicas que realizassem investimentos nos atuais hospitais. Significa dizer, portanto, que igualmente à saúde pública brasileira que sempre agonizou, os nossos doentes mentais não estão sendo tratados

como seres humanos, mas sim como verdadeiros criminosos, embora não pratiquem crimes. Está na lei.

8.3 Conclusões

Com a aprovação da Constituição de 1824, o Brasil ingressou na era da humanização das penas, no momento em que restringiu, sensivelmente, a aplicação de penas cruéis.

Vigentes o Código Penal de 1830 e o Código de Processo Penal de 1832, o Brasil aboliu, completamente, a obediência às regras contidas nas Ordenações Filipinas Portuguesas.

Com a transformação do Brasil-Monarca, para um Brasil-República, deu-se a aprovação do Código Penal de 1890, cujas críticas ao seu conteúdo são unânimes na doutrina nacional.

A Consolidação das Leis Penais, de 1932, tornou-se necessária, muito mais pela péssima técnica legislativa adotada pelo Código de 1890.

O Código Penal de 1940 – ainda hoje em vigor, embora sua Parte Geral tenha sido substancialmente reformada em 1984 – precisa ser urgentemente modificado, mormente no que à sua Parte Especial.

Da vigência do Código de 1940, até hoje, por várias vezes o Brasil quis aprovar um novo Diploma Penal, sem resultados práticos.

Pela primeira vez na história brasileira, uma Comissão de Juristas conseguiu, em pouco espaço de tempo, entregar ao Senado Federal um anteprojeto para um novo Código Penal.

O anteprojeto – hoje transformado em Projeto de Lei – vem sendo criticado em vários aspectos, principalmente no tocante à falta de discussão nos meios académicos.

O Projeto, entregue a uma Comissão Especial do Senado, vem sendo objeto de demasiadas audiências públicas no Parlamento, embora não se possa precisar a data do relatório final da Comissão.

Peca o Projeto, concessa vênua, ao copiar integralmente dispositivos já existentes no Código que se pretende revogar.

Vários institutos de Execução Penal, por exemplo, são alcançados pelo Projeto, quando a matéria não diz respeito ao Direito Penal, mas sim à Lei de Execução Penal.

Embora as críticas ao Projeto tenham como base algumas regras dos dispositivos que compõem a Parte Geral do Código, no que diz respeito à sua Parte Especial o Projeto tem merecido muitos elogios dos doutrinadores brasileiros.

O Projeto inova, sobremaneira, no momento em que cria novos institutos de Direito Penal, suprimindo antigos conceitos que se tornaram inúteis, consolidando, definitivamente, toda a legislação esparsa que foi aprovada fora do Código.

O Brasil aguarda, ansiosamente, a aprovação de um novo Código Penal que seja duradouro e que contribua para a efetivação de uma política criminal condizente com a sua realidade social, especialmente no tocante à prevenção ao crime e à reinserção social dos seus condenados, já que tradicionalmente o País se preocupa, muito mais, com o lado repressivo da pena.

The Reform of the Penal Code

Abstract

Over the years, the country has repeatedly tried to approve a new Penal Code, without success, although in 1984 - with the Federal Law 7209 - had approved a major overhaul in its general section. However, it is known that its Special Part no longer meets national expectations, mainly because, until today, there is no provision for direct fixation, the judge, the penalties restricting rights a reality punitive adopted with fervor in all corners of the world. Recently, in good time, the Senate President José Sarney, decided to create a commission of jurists to draft a blueprint for a new Penal Code,

delivered to the Senate in July 2012, and is currently being processed under a special commission of Senators appointed by the President of the Senate of the Republic. It is this project that is in the Senate that led me to address the issue, though briefly.

Keywords: Criminal Code. Penal reforms. The main innovations of the new Penal Code.

Referências

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

_____. **Da execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Execução da pena e da medida de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIREITO À SAÚDE: UMA CERTIDÃO DE DIGNIDADE

Alexandre Camaiurá Silva Botelho

Advogado

Alyson Rodrigo Correia Campos

Bacharel em direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Conciliador do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Resumo

Estudar as mais diversas facetas do direito é, por regra, uma das tarefas mais árduas do jurista. Compreender que o Judiciário se defronta com querelas, aparentemente, não tão solúveis quando desejam os legalistas exegetas, é premissa para se visualizar a magnitude do não tangenciável universo dos desideratos humanos. O direito à saúde representa só um dos tantos espaços de conflitos e dos mais instigantes, porquanto tal direito é visto como reflexo do direito

à vida, tão fluido, vago e amplo, quanto qualquer direito-princípio, com nuances que lhe fazem ficar mais complexo e ilimitado. Direcionar-nos para essa análise comporta a intenção de margear aspecto ainda incognoscível na sua natureza e tentar, sobretudo, contribuir na dialética jurídica.

Palavras-chave: Saúde. Dignidade. Atuação do Judiciário.

1 Introdução: uma propedêutica compreensão

No delinear de qualquer construção lógico-racional de entendimento tenta-se – almeja-se pelo menos enquanto tal – o edificar de argumentos de segurança e estabilidade para as definições e os conceitos que nos fazem conceber uma concepção de vida, um norte que conglomerar as nossas certezas e convicções. Bem soube criticar tais esperanças o filósofo – mestre das inquietações – Nietzsche ao confrontar-nos com a máxima: “Que verdades são ilusões, das quais se esqueceu que o são”¹, em mitigação a tamanha excentricidade que contesta até a própria ontologia dos nossos eixos existenciais. Surge Heidegger, Gadamer, a Teoria da Argumentação, a Semiótica e, sobretudo,

¹ NIETZSCHE, Friedrich **Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral** In: *Obras Incompletas* – Coleção Os Pensadores. 2ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

Wittgenstein com a sua reestruturante “virada lingüística (e/ou jogos de linguagem) para trazermos um plausível analgésico ideológico, e mantermos na analogia que criamos no símile da caverna pós-moderno, espaço em que o sujeito é ser protagonista e coadjuvante, concomitantemente. É nesse pulsar do universo lingüístico que se apresenta com eminência e deslumbre o Direito, no qual é vislumbrado como outro cosmo e já, etimologicamente, demonstra a sua infinitude e as suas imprecisões.

Mister se faz salientar suas polissemias terminológicas (direitos enquanto leis; enquanto sistema; enquanto valor ético, dentre tantos outros significados), porquanto é essa compreensão, melhor, é ao se reger pela essência de uma dessas pré-compreensões (assim classifica Gadamer) e, simultaneamente, a tal escolha atrelá-la a uma forma de se pensar a pragmática função do direito- destarte os que optam por enxergá-lo como Derecho – Diritto, Droit, Recht, Direito² – e essa decisão traz mais significantes implícitos do que a anterior – sendo por essa que se poderá iniciar uma plausível e analítica interpretação do que, enfaticamente, são direitos de todos os gêneros e espécies e o porquê de serem ou estarem localizados no *status quo* vigente.

É a prévia compreensão da linguagem como forma de poder que legitima outros milhares de poderes subliminares ao discurso, o qual possibilitará um diagnóstico mais seguro e idôneo das liberdades concedidas e tolhidas na arena dos dissensos do Estado moderno e pós-moderno, nesse ponto, parafraseamos o jusfilósofo Marcelo Neves³. Essa forma munida de uma força oficial e superior as demais maneiras de condicionamento social, apresenta-se, organizada, como ápice referencial de um ordenamento jurídico, contém, assim, a constituição, a prerrogativa e a responsabilidade de além de simbolizar o farol, que indica um ponto excelso, desempenhar, outrossim, a função de iluminar as obscuridades, e de tentar dirimir as lides que emanam das enormes

2 CRUZ, Sebastião. **IUS. DERECTUM (DIRECTUM) – DEREITO (DERECHU, DIRITTO, DROIT, DIREITO, RECHT, RIGHT, ETC.)**. 7ª Edição (fac-similar. Escolar). COIMBRA, 1986.

3 NEVES, Marcelo. **Constituições Transversais? Limites e possibilidades do constitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica**. In: II COGNOCONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO. Pernambuco: UFPE, 2007.

demandas exigidas, freneticamente, por uma sociedade pluralmente complexa.

Nesse, ínterim, nota-se que – por mais controversa que seja – a sobreposição acoplativa de concessões de direitos de primeira, segunda gerações (ou dimensões) até – muito pacificamente – uma quarta fase, trazem no seu bojo uma mudança de paradigmas que transmutou o ser do conceito de objeto, instrumento, elemento quantitativo, servo e até de sujeito (na acepção do que passivamente é conduzido) para o status de possível cidadão. Tal assertiva pode não ser tão, explicitamente, reverenciável estrito sensu, é, contudo, se notarmos os avanços humanitários desde a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1879, passando pela de 1948 realizada pela ONU – com a sua relevância indelével para a história dos direitos humanos – e aportando na Carta Magna brasileira de 1988, ícone maior de um humanismo lapidado às exigências do século XXI.

Sabido o é que é necessário concretizar-se no que só na abstração se encontra, para que não tenhamos somente letras mortas no papel. Mas prudente se faz lembrar que do ato oficial de 1988, até a hodiernidade, mudanças razoáveis já ocorreram, mesmo que se esteja ainda no esboço propedêutico do desiderato-mor pretendido. A transfiguração de uma egocêntrica e liberal maneira de se analisar direitos na condição de meras afirmações de pretensões individuais até se atingir o estágio direitos difusos, transindividuais (ou supra) demonstra que o discurso social de um “welfare state” consegue sobreviver no mundo, predominantemente, dominado pela ideologia neoliberal, construtora de solipsistas atrelados ao direito na condição de propriedade, de um bem.

A priori, tal observação faz-se pouco relevante, todavia, assim não conceberá se considerarmos que o Estado e a sociedade são entes que precisam ser coletivamente, construídos e ao se negar tal concepção, acaba-se por refutar a idéia de justiça distributiva aristotélica-tomista, na qual a assertiva: “Dar a cada um o que é seu” extrapola a retórica cristã-franciscana e se atrela, contundentemente, a edificação da realidade

sócio-axiológica-normativa do Direito, nessa linha pensam Miguel Reale⁴ e Cláudio Souto⁵.

2 Entre fundamentalidade e subjetividade

É tal entendimento preliminar que nos possibilita adentrar na análise da Constituição intitulada de Cidadã, com mais ênfase, sobretudo, no ano que completa os seus vinte anos. É com uma precisão cirúrgica maior ainda, que contemplaremos o tema dos Direitos Sociais, para muitos compreendidos entre os artigos 6º e 11 da Constituição Federal de 1988. Reputamos não ser tão imprescindível tal delimitação, porquanto pretendemos usufruir do termo social – na sua acepção ampla – e, destarte, a efetivação dos mais diversos direitos, das mais diversas normas. Esses corporificariam a Constituição Dirigente, já expressa pelo doutrinador J.J. Gomes Canotilho. Sendo essa a representação plausível – ao nosso entendimento – dos direitos dignificadores do indivíduo e da sua sociedade.

Para respeitar a magnitude inerente ao tema e ao próprio caráter propedêutico desse esboço, delimitar-nos-emos – bruscamente – ao comentário com mais ênfase ao Direito Social atinente à Saúde e, muito, sucintamente, citaremos as concessões que abrangem os avanços adquiridos nos outros institutos de relevância não menor, quais sejam: os direitos do trabalho, os do âmbito da educação, da moradia, do lazer, dentre tantos outros.

Posta tal ressalva, faz-se razoável situar-nos no discurso doutrinário.

Já bem declarou o professor Luiz Alberto Warat: “Os direitos subjetivos são a agonia da alma jurídica”⁶, sendo frente a tal máxima que se torna mais explícita e elucidativa a correlação imediata entre a construção de legitimações dos direitos subjetivos, como pressupostos

ontológicos dos direitos fundamentais. Não se menciona tal interação para, retoricamente, retorna-se às teorias de Savigny, Jhering ou qualquer outro jurista de vertente positivista ou jusnaturalista.

Pretende-se, contudo, especificar-se que o discurso do sujeito – na condição de preferencial imprescindível – fim maior de um caráter subjetivo tutelado pelo direito positivo, faz-se necessário para se tentar definir o mínimo existencial de dignidade para a instituição da vida humana. Indubitavelmente, tal análise já extrapola as teorias clássicas, porquanto é a ideologia do eu-coletivo, dos direitos transindividuais e supraindividuais que remodelam os conceitos mais tradicionais, depois é uma interpretação extensiva e meticulosa, que institui a aceitação de um meio-ambiente, enquanto sujeito nas relações jurídicas. Além de já conceber um regresso ao ontológico e plurissêmico entendimento do que pode ser denominado de direito fundamental.

Diante de uma pluralidade de demandantes constituídos pelas mais variadas personalidades jurídicas, nota-se que, concomitante e paulatinamente, de acordo com a perspectiva de se interpretar o que é o Estado, modifica-se – com sutilezas ou radicalidades – a compreensão do necessário, do basilar, sendo alguns esclarecimentos do professor José Luis Bolsan significativos para se edificar tal compreensão ao mencionar as fases críticas do Estado contemporâneo⁷. É incontestável a própria funcionalidade pragmática da crise (lato senso) em um processo geral evolutivo, até para bem assimilarmos os avanços dos direitos fundamentais nas suas mais diversas concepções⁸.

Todavia é preciso se ponderar as formas de se institucionalizar garantias sociais, ao passo de não incorrerem na paranóia de queremos institucionalizar a própria vida, concepção reducionista, que poderá restringir a uma afirmativa exegética algo impossível de se conter em uma lei ou em uma realização subsuntiva, silogística.

7 MORAES, José Luis Bolsan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

8 SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

4 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

5 SOUTO, Cláudio. *O Que é Pensar Sociologicamente*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária Ltda, 1987.

6 WARAT, Luiz Alberto. *As funções poéticas na linguagem jurídica e na hermenêutica*. In: III COGNO: CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO. Pernambuco: UFPE, 2007.

Destarte, quando o norte hermenêutico "*in dubio pro dignitate*" é acoplado à teoria de Ingo Sarlet, dignidade e vida (e não dignidade ou vida) como bem afirma o autor⁹. É pelo simples fato de que a concessão existencial perdura com a sua magnitude posta até na própria Carta Magna de 1988 no caput do artigo 5º, e será no ato da construção da norma (após a interpretação do texto legal) que a fisionomia particular a cada caso (para cada caso) do que seja direito fundamental, se consubstanciará.

Faz-se prudente o aforismo de Olavo de Carvalho apresentado nos seus comentários ao livro de Schopenhauer: "A vaidade faz a inteligência girar em círculos, quando crê avançar"¹⁰, assim agem os legalistas e exegetas modernos que almejam conter em uma definição simplória as inefáveis polissemias constitutivas dos institutos, direito subjetivo e direito fundamental.

Posta singular ressalva, razoável faz-se realizar uma menção ao hipocampo dos direitos sociais.

3 Direitos Sociais: um preliminar esboço

São elencados, além dos de cunho trabalhista, uma gama de outros, substancialmente, defendidos, quais sejam: os direitos à educação, à saúde, à moradia, ao lazer e aos demais elencados (porquanto não reputamos a tese de *numerus clausus*) no artigo 6º da Carta Magna, esses são, expressamente, norteadores maiores apadrinhados no texto legal, além de outros esparsos na mesma legislação. São, outrossim, normas-princípios, na condição de instrumentos catalisadores para os escopos da justiça e do bem comum, desideratos supremos do Direito. Ademais, são eles reflexos de um projeto que possui os incisos do artigo 1º (cidadania, dignidade da pessoa humana, etc.) como normas-base, e os incisos do artigo 3º CF/88 como normas fins, nessa linha analisa o ministro Carlos Ayres Brito, na sua interpretação humanística sobre a

9 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

10 SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratégias*. Tradução Daniela Caldas, Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

necessária formação do Direito.¹¹

Inúmeros são os direcionamentos hermenêuticos susceptíveis de serem seguidos, todavia contemplaremos o de viés social, muito além da pieguice de muitos marxistas e marxianos.

No que tange à previdência social (artigos 194 e seguintes), por exemplo, incontestável se é a necessidade de um meio de manutenção para o indivíduo, ciente de que a matéria não comporta mais esforços por demais exaustivos. Trata-se de um reconhecimento de serviços prestados, até de uma benesse repassada pela mais-valia não transmitida devidamente ao trabalhador. Em contraponto, mesmo que subsista à pretensão de se forjar a defesa do discurso neoliberal. É mister constatar que tanto seu desejo de Estado mínimo e terceirização desse próprio Estado não-assistencial não procede; quanto o desiderato de um oásis comunista, também não consegue comportar as críticas para sua real existência, é essa uma utopia maximizada sem o "mais de força"¹² do poder econômico. É prudente se observar que as pretensões Roosevelt durante o New Deal, assim como, as de Getúlio Vargas e tantos outros, trouxeram uma perspectiva mais social para satisfazer as premências dos subintegrados¹³ (usufruímos, por bem, da terminologia de Marcelo Neves).

São louváveis, tais sistemas, contudo, não comportam mecanismos de adaptação para conseguirem conter as demandas, geometricamente, crescentes. A Previdência Social precisa ser uma garantia que não suplanta a garantia maior de estabilidade econômica do País, sendo imprescindível para tal, que além de resoluções efetivas para a corrupção e o comércio informal, consiga-se comportá-la a uma gama holística de reformas, dentre elas: a tributária, a social e a educacional para nos atermos a algumas.

11 BRITO, Carlos Ayres de. *A Constituição e o Novo Humanismo* in: CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Pernambuco: ESMAPE, 2007.

12 FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

13 NEVES, Marcelo. *Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente*. Trabalho apresentado no XVII Encontro anual da ANPOCS, Coxim, MG, 22 a 25 de outubro de 1993.

Outra elucidação, também posta de maneira simplista, pode se referir à nova ótica contemplativa que atinge o âmbito do direito ao lazer e a moradia. Prerrogativas essas, não bem definidas ainda, visto serem filhas prematuras do Constitucionalismo, posteriores a Segunda Grande Guerra. Compreende-se que alguém tem direito a passear, brincar, desenvolver o ócio, isso é uma razoabilidade pós-moderna ínsita a poucos, que busca uma relativa imunidade contra o culto liberal materialista, nessa linha muitos pensadores dissertam, dentre eles exalta-se Domenico de Masi. Tão diferente nota-se também o direito a moradia, visto como direito fundamental mais, enfaticamente, na hodiernidade. Os casos jurisprudenciais como o julgado pelo Desembargador José Osório (TJ-SP) em relação às construções irregulares no que, vulgarmente, se intitulou Favela Pluma, assim como, um maior respeito à Lei nº 8.009 de março de 1990 (a citar seu artigo 1º e parágrafo único que rezam pela impenhorabilidade do imóvel do casal), são significativas mudanças de entendimento desse perfil, nessa linha de pesquisa segue o professor Flávio Tartuce¹⁴.

Dentre ainda dessas primeiras citações, acrescenta-se o direito à educação.

Esse um dos mais complexos temas e o percurso mais exaltado para um país se desvincular da ideia de subdesenvolvimento (ou até de um mero crescimento) e poder adentrar realmente na esfera de nação desenvolvida, caso emblemático e mais recente é o da Coreia do Sul. Tal instituto é garantido desde o modo de educação familiar, ao frisar a importância desta a partir do Art. 226 (capítulo VII da CF/88) e seguintes. Acrescido a um singular detalhamento principiológico no Capítulo III, a iniciar do artigo 205 da mesma legislação supracitada. É não só por sua codificação, mas também, por sua relevância, pedra basilar maior do êxito para um estado que exalte o intento de edificar, de conceder um bem-estar social, já conclamado no preâmbulo da CF/88.

14 TARTUCE, FLÁVIO. *A proteção constitucional da moradia e o bem da família: questões controversas*. In: II CONGRESSO EUROAMERICANO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Brasil, 2008.

Não abrange tal direito um mero acesso ao espaço físico da escola, mas, sobretudo, a toda uma conjuntura dialética cidadã que otimize uma personificação da dignidade no próprio indivíduo.

Para que uma análise a contento fosse realizada, uma pormenorização precisa ser realizada em cada um desses direitos e em diversos outros pontos na legislação constitucional e infraconstitucional. Contudo em detrimento do nosso fim último, conteremo-nos mais no direito à saúde, solicitando que por interpretação extensiva, as observações gerais que serão apresentadas sejam contempladas para os outros direitos de cunho social.

4 Direito à saúde: a problemática e seus diversos contextos

A priori, data venia, para uma reiteração de um ponto já mencionado, porquanto reputamos ser, irrefutavelmente, o direito à saúde um direito fundamental, isso afirmamos abalizadas no preâmbulo da Constituição, no Artigo 1º, inciso II e III e no caput do artigo 5º, ao garantir o direito à vida, à qual pressupõe uma estabilidade física e mental digna de discernimento e sobrevivência. Nessa linha se desenvolve o Art. 3º da lei nº 8.080/90 ao trazer um conceito amplo para o termo saúde. Reiterado esse cuidado no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) já no Capítulo I de seu título II, artigo 7º e seguintes além do artigo 208, inciso VII. Assim, como também reza o artigo 9º, incisos V e VI do Decreto nº 2.268 de 1997, o qual almeja garantir condições razoáveis para realização de transplantes, por conseguinte, para um acesso salutar ao sistema de saúde.

Além dessas reafirmações, torna-se plausível ainda mencionar que a própria Constituição de 88, no seu Título VII, Capítulo II, Seção II a partir do artigo 196 destina uma devida atenção ao tema, de maneira também principiológica. Tamanha diligência é observada, outrossim, no artigo 1211-A do CPC, nesse concede-se a pessoas com mais de 65 anos prioridade no trâmite processual, o que já é entendido para casos que

envolvam tutela à saúde, e, por uma interpretação mais extensiva ainda, considera-se que tal entendimento possa atingir processos que envolvam quaisquer pessoas que necessitem ter essa prerrogativa respeitada¹⁵.

Faz-se plausível frisar, sobretudo, que o estágio analítico em relação a tal tema, adveio de uma série de avanços adquiridos no âmbito dos debates nacionais e dos acordos internacionais, a saber: a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no seu artigo XXV¹⁶.

Indubitavelmente que os debates sobre higiene, tratamento d'água, esgotos, controle de epidemias, a criação dos postos de saúde da família representam contribuições indelévels para alguns benefícios obtidos. Contudo em se tratando do Brasil, no qual um contingente de 92% dos cidadãos usufruem de um Sistema Único de Saúde sustentado com um orçamento anual de 48 bilhões; enquanto médicos deveriam receber R\$ 25,00 (vinte cinco reais) por consulta e recebem algo em torno de R\$ 7,00 (sete reais). Acrescentando-se a esse precário quadro há paradoxal contenção de 200 bilhões de reais para manter um superávit fiscal. Os planos de saúde, por conseguinte, suplantam uma atividade para poucos privilegiados (sobreintegrados), função essa, eminentemente, estatal¹⁷. Nota-se que há fortemente uma cor cinzenta a manchar a dignidade anêmica do direito à saúde.

Óbvio constatar que o direcionamento do país de se exaltar uma medicina curativa e não preventiva dificulta mais ainda substanciais mudanças, contudo essa mudança de paradigma requer uma remodelação nas próprias políticas públicas e no sistema educacional vigente.

Destarte, algumas anotações fazem-se necessárias:

Sendo o direito à vida direito fundamental e esse pressupõe o direito à saúde, pode-se subentender-se ser esse um direito fundamental. Compreendido enquanto tal estaria essa prerrogativa protegida como

15. DRADACGY, André da Silva. Saúde Pública: Direito Humano Fundamental. *Consulex*, Brasília, DF, ano XII, nº271, p.28-34, abril, 2008.

16. TRINDADE, Ansonio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

17. CINTRA, Luiz Antonio; PINHEIRO, Débora. Saúde mais cidadã. *Carta Capital*, São Paulo, ano XIV, nº491, p.20-27, abril, 2008.

cláusula pétrea a ser protegida no artigo 60, §4º, IV da CF/88.¹⁸

Estando nesse rol deveria ter aplicabilidade imediata, porquanto os direitos fundamentais são, teoricamente, munidos de eficácia plena¹⁹ e negligenciado da forma que é, pode-se, então, entrar com Mandado de Injunção, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei nº 9.882/99) ou qualquer outro remédio constitucional (expressão usada lato sensu), para tentar sanar violações constatadas.

Essa comprovada negligência concede ao Judiciário o poder para deliberar sobre questões que a Administração Pública deveria organizar, como não o faz suficientemente, abre margem a "judicialização da política", outra querela, outro tema, que em momento oportuno é válido analisar.

Pondera-se, contudo, que o "livre espaço de conformação"²⁰ concedido ao legislador para abarcar na legislação os fins maiores que, ontologicamente, formam os direitos sociais, os quais margeiam um discurso pluralista complexo e de demandas mais complexas ainda. Tamanha abrangência extrapola, por vezes, as conformações dos denominados "limites do razoável"²¹, porquanto casos onerosos por demais são considerados de responsabilidade do Estado, por ser a saúde um direito fundamental, e isso compromete, substancialmente, que serviços básicos sejam prestados à população. Visto que, ao se ter que possibilitar um medicamento muito caro ou um tratamento de valores elevados a poucas pessoas ou a um indivíduo, compromete-se o orçamento já escasso em um país que, por vezes, não concede o mínimo existencial para dignificar seus cidadãos. Verifica-se, destarte, que se precisa revigorar a Constituição Dirigente para que essa consiga dirimir lides tão polêmicas, nessa linha pensa o Professor Andreas Krell²².

18. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.12, n.46, p. 42-73, jan-mar, 2004.

19. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª edição. São Paulo/Maheiros, 2003.

20. KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

21. IDEM, 2002, p.22.

22. IDEM, 2002, p.67.

É, irrefutavelmente, sabido que para sair-se de um esboço de dignidade e adentrar-se no real projeto desse Direito, revoluções estruturais necessitam ser realizadas sendo razoável que se defronte, com maturidade, a problemática de que muito mais do que um trunfo contra o discurso neoliberal, os direitos fundamentais representam um instituto que, constantemente, conflituam-se com os nortes maiores do Estado Democrático de Direito²³, posto que esse almeja satisfazer pretensões da maioria e não insatisfações muito particulares das minorias, o que, indubitavelmente, traz ao bojo da sociedade pós-moderna uma (quase) indirimível querela entre o criador e a criação, como se existência de um dependesse da inexistência do outro. Se não, como se a inviabilidade de metas de um, fosse possibilitação para viabilizar as metas do outro instituto. Mesmo não sendo essa uma constante tão explícita, elas existem, sobretudo nos casos difíceis²⁴. Essas precisam ser, pelo menos, apaziguadas para que a idéia de progresso inerente ao Estado e a concessão dos direitos sociais prestacionais não fiquem como pauta trancadas de uma sessão plenária, na qual o povo é a platéia, o direito concedido será a dignidade e para frustração de um discurso humanista nem o texto de abertura foi redigido.

Tal ponderação pode buscar a virtude de compreender o caráter absoluto das garantias individuais e coletivas, desde que não ignore a relativização que compõe a estrutura social, quando sai da abstração e adentra na concretude, na realidade, mesmo que essa seja, conceitualmente, uma construção de verdade argumentativamente posta, nessa linha pensa Jean Baudrillard.²⁵

Para se dirimir as enormes filas e atitudes de desrespeito, é preciso se modificar o sinal da máxima do ministro Eros Grau: "Estamos presos na caverna dos arquétipos"²⁶, visto que são esses que, negativamente,

23 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. In: CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Pernambuco: ESMape, 2007.

24 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.

25 BAUDRILLARD, Jean. WITWER, Julia (org.). *A Ilusão vital*. Tradução Luciano Trigo. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001.

26 GRAU, Roberto Eros. *A construção do Direito: da elaboração do texto à produção da norma*. In: CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Pernambuco: ESMape, 2007.

conduzem-nos a, demagogicamente, exaltar o discurso da maioria ou das minorias, sendo esses *topos ideais* possíveis só no mundo platônico das idéias e não no mundo dos homens, palpável e problemático.

Precisa-se dirimir, outrossim, o aforismo de Erick Hobsbawm: "O Brasil é um monumento à negligência social"²⁷, através da (re) construção ontológico-axiológica do Direito para que não só se tenha um ordenamento formalmente autopoietico e, eminentemente, alopoietico. Para tal mudança recorreremos à linguagem humanística pertinente à Ayres Brito ao afirmar que: "O ser humano é a casa onde mora toda a humanidade e concedê-lo dignidade é considerá-lo, enquanto esse todo contido em uma parte, a qual seja ele"²⁸. Contudo faz-se prudente que dessa paráfrase possa-se extrair uma certidão oficial, válida, vigente e efetiva, uma certidão de dignidade, porquanto estamos órfãos dessa condição mínima de cidadania.

5 O justo e o prudente: uma relação pragmática

Para elucidar com mais propriedade o tema os direitos sociais prestacionais atinentes, mais especificamente, sobre a saúde, em análises jurisprudenciais, porquanto assim o faremos em respeito à máxima romana: "A prática é o cemitério de todas as teorias" e na linha interpretativa etimológica que cemitério é o "lugar onde se dorme" e não, no qual se está morto, abalizamo-nos nesse aforismo.

Destarte, vejamos.

Em decisão proferida no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Agravo em Suspensão de liminar nº 3.556 CE-2005.05.00.004629-2/02) o juiz indeferiu pedido da União (fundamentada na Lei nº 4.348/64 artigo 4º) e aceitou o entendimento do Ministério Público, o qual defendia interesse em nome do menor Artur Bucar, sendo, em suma, esse o fato.

27 HOBBSBAM, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX - 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

28 *Ibid.*, cit. 11.

O menor detentor da patologia "Doença da Urina do Xarope do Bordo" (DUXB ou MSBU) necessitava realizar uma cirurgia de transplante hepático, todavia pela particularidade do seu caso, nenhum centro médico no Brasil estava apto para tal. Seria necessário esperar um considerável tempo até que um profissional se especializasse e o Hospital das Clínicas de Porto Alegre (com experiências em casos mais simples) se adaptar-se para esse fim. Todavia pelas constantes crises do menor, tornava-se inviável a concessão desse lapso temporal. A União alegou que o valor da cirurgia nos Estados Unidos seria de US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares); o Ministério Público alegou em suas declarações que o valor corresponderia, realmente, a US\$65.000,00 (Sessenta e cinco mil dólares).

Acrescente-se aos autos que o menor consumia um medicamento R\$ 1.400,00 (hum mil e quatrocentos reais), valor correspondente a uma dose suficiente para três dias, sendo esse também um ônus assumido pelo Estado.

Averiguado o caso pormenorizadamente, o juiz deliberou baseado num *fumus boni juris*, no *periculum in mora* e na idéia de fundamentalidade do direito à saúde, que se deveria conceder procedente autorizar a cirurgia nos EUA, posta a experiência já afirmada e, sobretudo, o cuidado para com a vida do menor.

A priori, vislumbrava-se uma razoável admiração no que tange ao fato. Observado pelos contrários, será afligido por inúmeras contestações, a saber: não seriam os direitos sociais parte integrante do artigo 5º da CF/88 e, por isso, não fundamentais; consideram ser possível a espera pelo prazo requisitado pelo Hospital das Clínicas de Porto Alegre para sua adaptação; afirmaram ser esse um precedente perigoso, posto que muitos necessitados de tal cirurgia poderiam requerer o mesmo privilégio, o que geraria uma instabilidade no orçamento da União e comprometeria "o mínimo razoável" a todos, visto já ser o orçamento tão limitado.

Os favoráveis à concessão alicerçar-se-iam nos conceitos de

fundamentalidade formal e material de J.J. Gomes Canotilho, nos artigos 5º, *caput*, 6º e 227 da Carta Magna de 1988 e, obviamente, na concepção de direitos sociais, enquanto entes inclusos no macro discurso da dignidade, elemento basilar fundamental.

Poder-se-ia acrescer a esses argumentos diversos outros, todavia, nos deteremos a esses.

Considera-se sensato observar que muitas das análises expostas procedem em alguns aspectos, no que tange aos argumentos contrários à decisão, já os pertinentes aos favoráveis são enfáticos em garantir essa prerrogativa social abalizada na teoria pós-moderna dos direitos fundamentais, surgida, sobretudo, após a década de 1940. Mister frisar que uma (re)análise das estruturas obsoletas e maquiavélicas (termo usufruído no seu cunho jurídico-político) do Estado e da própria concepção de democracia fazem-se prementes antes que o espaço público não comporte as múltiplas demandas já existentes. O juízo de valor da possibilitação do direito à saúde é louvável, porém as reformas sócio-política, judiciária e tributária são pré-requisitos para a concretização do Estado social tão almejado. Caso não, tender-se-á a uma teoria do caos institucionalizada, em um Estado que decretará calamidade pública constitucional e judiciária. Posta propedêutica análise a completaremos com mais alguns outros casos.

No mesmo Tribunal (TRF da 5ª Região) outro processo (Apelação Cível nº 408729 CE) advindo também do Ceará e julgado pelo mesmo juiz. Requeria através de uma tutela antecipada, imposta pelo Ministério Público Federal, o direito ao medicamento ministrado por dosagem para a jovem Clarice (portadora de doença neurodegenerativa progressiva – Niemann Pick – Tipo C), esse a trazia o ônus de R\$ 52.000,00 (Cinquenta e dois mil reais) por mês e seus pais, por serem professores universitários, não conseguiam suprir esse valor.

O MPF alegando defender direitos individuais indisponíveis assume a defesa da jovem. O Magistrado fundamentado no artigo 196 da CF/88 e 198 I e II e §1º desse, acatou a solicitação. Por tal razão a

União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza foram obrigados a arcar com as despesas do tratamento. Ademais, o juiz usufruiu da mesma argumentação da fundamentalidade dos direitos sociais, presente no mesmo caso anterior.

A concessão dessa prerrogativa requer as mesmas ressalvas apresentadas em relação à ponderação exigida no fato supra analisado. Porquanto, faz-se imprescindível mencionar que ao se referir ao acesso ao direito à saúde, a- prioristicamente, apresenta-se como razoável conceber limites e potencialidades do que seja direito e, por conseguinte, do que representa o termo saúde, ambos os termos com suas polissemias ínsitas. Tal situação traz-nos ainda a responsabilidade do pensar formas efetivas para (re)estruturar-se um sistema de saúde capaz – até então – de resolver casos simples e corriqueiros, não estando capacitada para comportar casos particularíssimos como patologias que atingem dez pessoas a cada cinquenta milhões de pessoas, por exemplo. Além disso, posto os recursos escassos da União destinados à saúde é preciso se desenvolver uma análise baseada nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da reserva do possível para se fundamentar a idéia de custo-benefício, de otimização, e de responsabilidade administrativa social. Temas pulsantes em um Estado que não tem capacidade de dirimir todas as insatisfações existentes, mas que necessita saber como defrontar-se com elas, e coordená-las em uma arena constituída pela dialética composição de pretensões do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais, como já mencionadas, nem sempre coincidentes.

Atrela-se a esses temas uma questão intrigante, qual seja: a avaliação ponderativa que será exigida quando se for conceder o direito a um indivíduo ou a grupo em qual tange, sobretudo, ao poder aquisitivo em referência ao serviço requisitado. Posto que, quando considerado carente financeiramente o demandante, a aceitabilidade do pedido assume um caráter mais imediato incontestado até (STF, Pleno, RE 393.175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 1º.- 2-2006). Todavia nos casos que envolvam pessoas de razoável renda, contestações contundentes podem

emergir. Assim, a hermenêutica jurídica assumirá status de magistrado e usufruirá de princípios múltiplos para averiguar os significados possíveis de direitos difusos, transindividuais e os tidos individuais, também. Demais perquirições e querelas hão de fluir desses assuntos de “textura aberta” parafraseando Herbert Hart.

Acrescente-se para elucidar de maneira mais enfática e diversa uma sucinta, porém significativa, exposição dos casos complementares descritos abaixo.

Em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do processo nº 271286 decidido na Unidade Federativa do Rio Grande do Sul, que versa sobre o fornecimento de medicamentos por parte do Estado, para pessoa desprovida de recursos financeiros (hipossuficiente), portadora do vírus HIV/AIDS. O Superior Tribunal Federal analisou recurso de agravo impetrado pelo Município de Porto Alegre contra Diná Rosa Vieira, esse, contudo, foi indeferido.

Para tal deliberação assim justificou-se o relator Celso de Mello. O ministro, um dos precursores na defesa dos direitos sociais para os subintegrados, alegou que o direito à vida é indissociável ao direito à saúde, e que este bem jurídico está tutelado na Constituição. A escassa concessão desse direito fundamental, tende, paulatinamente, a um descrédito da sociedade à Carta Magna. Destarte abalizamo-nos na já proferida ADIN 1.484/DF:

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Ademais, assim também reza a Constituição Federal no seu artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e preservação.

Esses textos jurídicos atrelados a tantos outros deixam explícito o dever do Estado em prover a população um serviço público gratuito de saúde. Deve-se, todavia, por meio do princípio da razoabilidade, assegurar que o impacto pecuniário não onere o Estado de tal sorte, que este não possa suprir as necessidades mais básicas e emergenciais de uma sociedade que se encontra com um déficit de dignidade.

A União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, que compõem o Sistema Único de Saúde- SUS, regulamentado na Lei nº8.080/90, dispõem de recursos escassos, e a utilização destes em medidas pontuais pode comprometer o direito universal à saúde. Tal ponderação se faz imprescindível, sobretudo, para aqueles que esperam um Estado onipotente e onipresente no âmbito das satisfações sociais. É preciso tal advertência aos contempladores de uma utopia não condizente à realidade múltipla e conturbada dos fatos.

Deve-se, ainda, questionar a legitimidade que o Judiciário tem para determinar políticas públicas sem, entretanto, menosprezar o papel de garantidor da Constituição Federal, que é por ele exercido. Todavia a magnitude de tal tema, que por muitos é intitulado judicialização da política ou ativismo judicial, constitui razão de um outro esboço mais amplo e enigmático do que o vigente, o deixaremos, assim, para momento oportuno.

Assim, na medida em que a Justiça acata o tratamento em casos pontuais, consideramos que ela está a reger a definição de políticas públicas, pois reconduz uma soma considerável de dinheiro para tais fins. Por vezes, ocorre o impedimento ou o comprometimento de pretensões outras, imprescindíveis para garantir o mínimo existencial.

Nesse viés vincula-se, com originalidade transcendente, muitos dos estudos do doutrinador Antonio Negri ao analisar de maneira

efetivamente mais crítica e ontológica, a dialética relação entre Estado e sociedade civil mostrando-nos ideologias que extrapolam a mera pretensão histórico-conceitualista porquanto ao observar com perspicácia que o “governo liberal não é mais uma arte, mas sim uma ciência” consegue afirmar-nos ainda mais contundentemente: “A tolerância liberal pós-moderna é, portanto, baseada não na inclusão, mas na exclusão da diferença social”²⁹. Tão densa assertiva, que envolve interações entre as teorias de John Rawls e Richard Rorty, conduzem-nos a uma perplexidade e reflexividade quanto à conturbada necessidade premente de compreendermos o contexto real, muito além de um discurso do ser e do dever-ser.

Tão inquietantes, apesar de propedêuticas, análises apresentam-nos questões que requerem um cuidado e uma sentença muito mais aprimorada do que consegue realizar a simples subsunção e o simples silogismo de quem vive a pós-modernidade, mais pensa ainda vinculado aos moldes dos julgados medievais, e por que não, greco-romanos. Em uma paráfrase da música de Raul Seixas “Eu Nasci a Dez Mil Anos Atrás” nasceram, espiritual e intelectualmente, os que tanto louvam as obsoletas formas de se construir direito há séculos atrás. O grande problema é que por lá intrepidamente continuam a permanecer e mais absurdamente querem transporta-nos a esse pretérito mundo para junto com eles exaltarmos os fósseis do conservadorismo.

6 Conclusão: ponderações sucintas

No construir desse propedêutico esboço, preliminar em suas considerações, substancialmente, gerais almejou-se, como pretensão primordial, o realizar uma topificação de idéias e temas para uma posterior e inquietante análise holística dos direitos sociais prestacionais, não só os atinentes à saúde, mas também os referentes à educação, à seguridade social, ao lazer, à moradia dentre outros. Esses últimos, por suas instigantes aberturas cognitivas, são suscetíveis de diversas

²⁹ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *O Trabalho de Dioniso: Para a crítica ao Estado pós-moderno*. Juiz de Fora: Editora UFJF – PAZULIN, 2004.

interpretações no universo tradicional dos direitos fundamentais, restrito esse, a concessões somente dos privilégios básicos e ainda de tênue qualidade.

Algumas parciais observações se fazem prudentes.

Uma primeira nota concede à imprescindibilidade de se averiguar muito além de um discurso formal, o instituto da dignidade. Não com devaneios de eloquência, tautologias cíclicas de pouca perquirição ou assertivas meramente legislativas, mas com observações pormenorizadas no âmbito do real e do possível. A exemplo, muito preliminar poder-se-ia mencionar três simples casos, a saber:

Um indivíduo desprovido de razoáveis condições para efetivar um pagamento de uma passagem de ônibus, pode requisitar baseado em princípios, dentre esses, o supra mencionado, para que o Estado por ele realize os devidos pagamentos ou lhe conceda alguma autorização especial de acesso. Considerando ser a empresa de ônibus uma concessionária vinculada ao Estado por está a desempenhar atribuição deste, a solicitação não seria, a priori, absurda ou improcedente. Mais complexo ainda, ficaria se esse cidadão por motivos medicamente comprovados não mais pudesse andar de ônibus e requeresse o direito a ser transportado em carro de passeio, essa ótica tenderia ou tenderá a abrir precedentes amplíssimos, diga-se de passagem o efeito multiplicador pode emanar deste caso.

Outro debate pode conflitar pelo menos, aparentemente, o princípio da dignidade particular e do acesso à dignidade coletiva somado a máxima racionalidade da prioridade estatal. Serão, assim, analisadas muitas das prerrogativas concedidas a milhares de cidadãos pela portaria, que pretende editar o Governo Federal, muito brevemente, para mudança de sexo. Posta qualquer averiguação minuciosa a parte, cada cirurgia desta trará um ônus de, aproximadamente, 12.000,00 (doze mil reais) aos cofres públicos. Por si, tais concessões são benéficas e até louváveis em um discurso hodierno que almeja a inserção de grupos sociais, muitas vezes, excluídos. Não sabemos, todavia, se ao constatar

que esse seria o salário anual de um médico que poderia atender em um posto de saúde a um contingente substancial de pessoas carentes; ou que ao passo que, em um país, somente a um brasileiro se conceda valor tão elevado, não se tenha uma gaze para se efetivar um simples curativo em qualquer unidade da rede pública de saúde.

Só a título polêmico de inquietação atrele-se, por fim, a possibilidade do casal de sargentos do Exército Brasileiro (caso divulgado, em rede nacional, de homoafetivos que foram direcionados a unidades diferentes para desempenharem suas funções, somente após terem declarado a sua orientação sexual) alegar na sua ação o pedido de direito a permanecerem juntos em um mesmo ambiente de trabalho, partindo da premissa que se assim não o fosse estariam sofrendo uma coação psicológica, o que explicitamente seria um cerceamento ao direito à saúde e, por conseguinte, uma limitação ao tão amplo direito da dignidade humana. Tal interpretação não tende a ser tão simplesmente aceitável se, antropológica e racionalmente, averiguarmos as razões que conduzem as Forças Armadas a regras tão enérgicas e até machistas. Não se trata de uma apologia a um discurso homofóbico, mas se trata, indubitavelmente, de uma se exigir uma razoabilidade e uma ponderação hermenêutica ao se pretender conceder direitos, posto que tal compreensão pode induzirmos a paranóia de um tudo queremos conceder, e o tudo se por todos solicitados, poderá nos conduzir a carência do quase nada, ou do nada.

Com a abrangência de um tema que é usado para justificar do acesso a uma prótese ao fluido direito à vida. Mister o desenvolvimento analítico de universo tratado, inocentemente, por relevante parte da doutrina. Não prosseguiremos, conquanto por ser esse razão de um outro esboço.

Por fim, apesar de preliminarmente, mencionamos uma terceira nota, qual seja: A extensibilidade volátil e flexível da expressão direito à saúde. Reserva necessária, visto que, a hermenêutica também neste ponto terá que dirimir e elucidar casos muito amplos e difíceis, quando não instigantes.

Destarte, serão as lides que envolvam o direito a comer, a dormir, a realizar relações sexuais, a ingerir água potável. Mais difíceis ficarão caso abarquem o direito, exigido por algum demandante, a por exemplo: escovar os dentes com determinado creme dental em função de alguma patologia do indivíduo, ou a consumir ato libidinoso com preservativo JONTEX especialmente produzido para pessoas com uma *sui generis* fragilidade epidérmica. Questões semelhantes a essas, ainda não foram, até a conjuntura hodierna, consultadas – no que se refere a sua legitimidade – pelos princípios da eficiência (artigo 37, da CF/88), da igualdade (*caput*, do artigo 5º CF/88) e da economicidade (artigo 70, do texto legal supra) poderão estes serem indagados se tais exemplos constituem ou não correlação com o direito a saúde.

Tais especulações poderiam até serem solucionadas ou até suplantadas pelo princípio da insignificância, maximizado para controvérsias surgidas nos mais variados ramos do direito, não sabemos, contudo, se frente a uma sociedade de realidades tão surreais e desumanizadas e de universos paralelos de direitos tão frenéticos e enigmáticos, seria possível simplificar o complexo.

Referências

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação

Right to health: a certificate of dignity

Abstract

Study many faces of Law is, by rule, one of the most difficult lawyer tasks. Understand that Judiciary faces with problems, apparently, not so soluble as wishes exegete legalists, is premise to visualize the magnitude of not touchable human desideratum. The healthy right represents only one of many conflict spaces and most exciting, so this right is seen as reflect of right to

life, so fluid, vague and broad, as any right-principle, with characteristics that make it more complex and ilimited. Direct us to this analysis behold our intention to lay on aspect yet unknowable of its nature and try, above all, contribute for legal dialectic.

Keywords: Right. Dignity. Judiciary performance.

jurídica. São Paulo: Landy, 2000.

BAUDRILLARD, Jean. WITWER, Julia (org.). **A ilusão vital**. Tradução Luciano Trigo. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001.

BRITO, Carlos Ayres de. **A Constituição e o Novo Humanismo** In: CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Pernambuco: ESMape, 2007.

CINTRA, Luiz Antonio; PINHEIRO, Débora. Saúde mais cidadã. **Carta Capital**, São Paulo, ano XIV, nº491, p.20-27, abril, 2008.

CRUZ, Sebastião. **IUS. DERECHUM (DIRECTUM) – DEREITO (DERECHO, DIRITTO, DROIT, DIREITO, RECHT, RIGHT, ETC.)**. 7. Edição (fac-similar. Escolar). COIMBRA, 1986.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

GRAU, Roberto Eros. **A construção do Direito: da elaboração do texto à produção da norma**. In: CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Pernambuco: ESMape, 2007.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX - 1914-1991**. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MORAES, José Luis Bolsan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. **O Trabalho de Dioniso: Para a crítica ao Estado pós-moderno**. Juiz de Fora: Editora UFJF - PAZULIN, 2004.

NEVES, Marcelo. **Constituições Transversais? Limites e possibilidades do constitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica**. In: III COGNO: CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO. Pernambuco: UFPE, 2007.

_____. **Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente**. Trabalho apresentado no XVII Encontro anual da ANPOCS, Caxambu, MG, 22 a 25 de outubro de 1993.

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral**. In: Obras incompletas Coleção Os Pensadores. 2ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria**. In: CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Pernambuco: ESMAPE, 2007.

ORADACGY, André da Silva. Saúde Pública: Direito Humano Fundamental. **Consulex**, Brasília, DF, ano XII, nº271, p.28-34, abril. 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos Sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.12, n.46, p. 42-73. jan-mar. 2004.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratagemas**. Tradução Daniela Caldas, Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUTO, Cláudio. **O Que é Pensar Sociologicamente**. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1987.

TARTUCE, Flávio. **A proteção constitucional da moradia e o bem da família: questões controvertidas**. In: III CONGRESSO EUROAMERICANO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Brasil, 2008.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

UNIFICADA, Jurisprudência. Justiça Federal. Brasília (DF). Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2008.

WARAT, Luis Alberto. **As funções poéticas na linguagem jurídica e na hermenêutica**. In: III COGNO: CONGRESSO BRASILEIRO

MEDIDAS ALTERNATIVAS ÀS PRISÕES CAUTELARES

Altamir Cléreb de Vasconcelos Santos

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Caruaru
Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP
Assessor de Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Resumo

A prisão cautelar ou processual é aquela decretada sem pena definitiva a cumprir, daí seu caráter excepcional, visando a garantir a eficácia da justiça numa expressão de autodefesa estatal. Por isso, para a sua decretação ou manutenção afigura-se necessária a estrita comprovação dos requisitos da cautela, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, além dos requisitos legais da prova da materialidade e dos indícios da autoria. A prisão provisória é fundamental para o sistema processual brasileiro, todavia o seu uso desprovido de critério e a inexistência de alternativas eficazes à sua aplicação acaba por corroer o sistema, sujeitando o instituto a risco. Assim, levando em consideração o elevado número de presos provisórios existentes no Brasil e o déficit que o sistema prisional possui, é imprescindível a busca por meios eficazes que possam ser utilizados como alternativas à prisão cautelar,

sem retirar a garantia necessária para o regular desenvolvimento do processo e, o mais importante, preservando uma condição inata ao ser humano – a liberdade. O Código de Processo Penal trabalha apenas com o binômio prisão-liberdade, ao passo que até a legislação penal já instituiu algumas medidas despenalizadoras a fim de evitar ao máximo as penas privativas de liberdade. Portanto, com muito mais razão, em virtude da presunção de inocência, do princípio da proporcionalidade e até da atual situação pela qual passa o nosso sistema carcerário, a seara processual penal deve criar e utilizar medidas cautelares menos gravosas e adequadas aos fins perseguidos.

Palavras-chave: Prisão provisória. Medida excepcional. Alternativas eficazes. Liberdade.

Introdução

As prisões provisórias, conforme posituação no Código de Processo Penal e na Lei n. 7.960/1989, mostram-se como uma for-

ma eficaz para o cumprimento das suas finalidades. Todavia, possuem caráter excepcional e não deveriam ser utilizadas quando a aplicação de uma medida alternativa fosse mais apropriada, e não menos eficaz, para garantir a ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal ou a conclusão do inquérito policial.

Ademais, o cerceamento cautelar, quando aplicado nos casos realmente imprescindíveis, a fim de apurar um fato e fazer justiça, não é abusivo, injusto ou arbitrário, figurando como um sacrifício exigido do indivíduo em prol do bem comum.

Nesse sentido, convém esclarecer que não se é contra a prisão provisória, esse importante instituto para a prestação jurisdicional penal. Em verdade, é-se contra o seu uso desprovido de critério, haja vista que a inobservância de parâmetros para a sua decretação ou manutenção acaba por corroer o sistema, sujeitando o instituto a risco.

O objetivo deste artigo é, portanto, analisar a possibilidade de aplicação e implantação de medidas alternativas às prisões cautelares, levando em consideração o elevado número de presos provisórios existentes no Brasil e o *deficit* que o sistema prisional passa. É espantoso que pessoas tenham sua liberdade cerceada, aumentando o caos existente nas prisões brasileiras, sem sequer tentar buscar a possibilidade da aplicação de uma medida alternativa à prisão.

Tormentosa e polêmica, a idéia de aplicar medidas alternativas para combater a violência, sem o emprego da prisão, vem, cada vez mais, despertando interesse da comunidade jurídica.

Não estaremos apenas destacando as medidas alternativas, iremos focar os meios novos e disponíveis que evitem a aplicação indiscriminada das prisões cautelares, pois o que deveria ser uma medida

cautelar e, portanto, provisória, está sendo usada de modo desenfreado para combater a violência e a morosidade da Justiça brasileira.

Assim, a imposição da prisão provisória deve se restringir, dentro dos padrões constitucionais e legais, aos casos de extrema e comprovada necessidade, quando não exista outro meio mais adequado aos fins perseguidos, para que a prisão não seja um fator a mais de marginalização social e desestabilização do sistema prisional brasileiro.

Sobressalta a pertinência do trabalho pelos recorrentes dilemas enfrentados nas cortes brasileiras acerca do cerceamento cautelar da liberdade em dissonância com os princípios constitucionais e com o sistema carcerário pátrio, o que vem levando os estudiosos a repensarem o paradoxo prisão-liberdade.

1 Prisões cautelares

O vocábulo prisão vem do latim *probensio* e significa ato ou efeito de prender, captura, aprisionamento, detenção. Juridicamente, pode ser definido como “medida legal ou administrativa, de caráter punitivo, pelo qual o indivíduo tem restringida a sua liberdade de locomover-se”¹.

Inicialmente, é necessário diferenciar “prisão pena” da “prisão provisória”, eis que tais espécies de custódia não se confundem. Efetivamente, além de possuírem finalidades diversas, são aplicadas em momentos diversos.

A prisão pena é a proveniente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, respeitado o devido processo legal e as demais garantias fundamentais do indivíduo, sendo aplicada pelo poder de império do Estado como forma de efetivar o seu *jus puniendi* e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado.

¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2005. p. 454.

Por outro lado, a prisão provisória, também conhecida como prisão cautelar ou prisão processual, não resulta de uma condenação penal irrecorrível, sendo, portanto, decretada sem pena definitiva a cumprir, daí seu caráter excepcional, visando a garantir a eficácia da justiça numa expressão de autodefesa estatal. Por isso, para a sua decretação ou manutenção afigura-se necessário a estrita comprovação dos requisitos da cautela, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, além dos requisitos legais da prova da materialidade e dos indícios da autoria.

Assim, como medida de exceção, a prisão sem pena tem por finalidade a imediata garantia da tutela de um bem jurídico relevante traduzida no risco comprovado de que a permanência em liberdade do agente é um gravame a ser evitado. Para tanto, temos as prisões em flagrante, preventiva e temporária, esta última regulada pela lei processual penal extravagante n. 7.960/89, sendo as duas primeiras regidas pelo atual Código de Processo Penal.

1.1 Prisões decorrente da pronúncia e da sentença penal condenatória recorrível

A partir da nova ordem legal, delineada com as alterações empreendidas pela Lei n. 11.689/08, que alterou a redação do artigo 408 do Código de Processo Penal, e pela Lei n. 11.719/08, que revogou expressamente o artigo 594 do referido diploma legal, as prisões provisórias decorrentes da decisão de pronúncia e da sentença penal condenatória recorrível foram revogadas e os maus antecedentes e a reincidência não mais importam na manutenção ou decretação da prisão em tal momento.

Agora, a depender do caso concreto, por ocasião da sentença condenatória (artigo 387, parágrafo único, e artigo 492, I, "d", do Código de Processo Penal), e da decisão de pronúncia (artigo 413, §3º, do Código de Processo Penal), o juiz poderá ou manter a custódia já decretada, ou determinar a prisão preventiva. É dizer: em havendo

necessidade da medida prisional, basta o prolator da decisão fundamentar a manutenção da mesma, ou então decretar a prisão preventiva, desde que presentes os seus requisitos.

Portanto, em respeito aos princípios constitucionais supramencionados e atento à nova ordem processual implementada pela recente reforma do Código de Processo Penal, a custódia provisória deverá ser mantida ou decretada apenas na hipótese de estarem presentes alguns dos requisitos ensejadores da cautela preventiva, demonstrados por meio de dados factuais, e não através de linguagem retórica, grandiloquente e forçada, mas que acaba por sonegar um dos mais sobranceiros direitos do cidadão brasileiro: a liberdade.

1.2 Prisão preventiva

A prisão preventiva é medida genuinamente² cautelar de índole pessoal, podendo ser decretada durante toda a persecução penal, ou seja, desde a fase inquisitória até o trânsito em julgado, por ordem escrita e fundamentada³ da autoridade judicial competente. Para tanto, dever-se-á indicar as provas da materialidade e autoria delitivas, além da necessidade da prisão com o objetivo de garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Pode ser decretada a requerimento do Ministério Público ou do querelante, por representação da autoridade policial ou de ofício pela autoridade judicial, tanto em ação penal pública como em ação penal privada.

Em que pese ser instrumento eficaz na consecução dos seus fins, a prisão preventiva é medida de exceção e deve ser balizada pelos princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência, uma vez que "somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a

2. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 49, v. 4.

3. Segundo a jurisprudência do STF, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva. Motivação insuficiente. Ordem deferida para revogar a prisão preventiva decretada em face do paciente. (HC 91.514, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 11 de mar. de 2008, DJE de 16 de maio de 2008).

proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental. E mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade”⁴.

Para o Professor Fernando da Costa Tourinho Filho⁵ a prisão preventiva “justifica-se como uma necessidade para assegurar o império efetivo do Direito Penal”, mas, mesmo assim, ele a chama de “medida odiosa”, porque “somente a sentença, que põe fim ao processo, é fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena”.

Como se vê, a prisão preventiva está jungida ao cumprimento de uma série de condições, justamente como forma de driblar arbitrariedades e ilicitudes no seu uso. Afinal, está-se falando da subtração de uma condição inata ao ser humano, mas que, no fito de evitar mal maior, o Estado-juiz reputa necessária para manter a ordem social.

1.3 Prisão em flagrante

Flagrante é aquilo que é evidente, manifesto, que se constata sem esforço⁶. Em se tratando de uma situação delituosa, a própria Constituição Federal excepcionou a regra pela qual a prisão decorre de decisão fundamentada da autoridade judiciária competente, permitindo a imediata captura do agente infrator. Dito de outro modo, qualquer do povo ao vislumbrar o cometimento de um crime está constitucionalmente autorizado a decretar a prisão do agente infrator, à míngua de mandado de prisão específico, porquanto neste caso é a própria Constituição que concede o poder.

Dessa forma, a prisão em flagrante é um ato administrativo de cunho cautelar, cujo objetivo é preservar a prova, de ordem a ouvir vítimas e testemunhas, colher o interrogatório do preso, além de preservar o local do fato etc. Não seria coerente admitir a consumação do delito à espera dos órgãos de persecução quando em jogo a própria ordem pública.

Assim, “o flagrante expressa uma relação de imediatidade entre o ato praticado pelo agente e o momento de sua prisão. É a certeza visual do ato, a eficaz resposta ao delito”, interrompendo imediatamente a ação do autor frente a ardente convicção quanto à materialidade e autoria constatadas pela simples observação.

1.4 Prisão temporária

A prisão temporária constitui uma medida cautelar restritiva da liberdade implementada no sistema processual penal brasileiro pela Lei n. 7.960/89, aplicável somente na fase do inquérito policial com prazo certo de duração.

Nos termos do artigo 2.º da Lei n. 7.960/1989, ela terá o prazo de cinco dias e, nos casos de crime hediondo, o prazo será de 30 dias, conforme prevê o artigo 2.º, § 3.º, da Lei dos crimes hediondos, podendo, em ambas as hipóteses, ser prorrogada por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Escoado tais prazos, a colocação em liberdade do indivíduo é imediata, independentemente de alvará de soltura, salvo se já decreta a prisão preventiva, superados seus próprios requisitos.

Diferentemente da prisão preventiva, ela não pode ser decretada de ofício pelo magistrado, prescindindo de representação da autoridade policial ou de requerimento do órgão do Ministério Público, competindo exclusivamente ao juiz analisar os pressupostos e requisitos necessários para decretação da medida.

Assim, para suprir os requisitos da temporária são obrigatórios: a materialidade de um dos crimes relacionados pela Lei n. 7.960/89, além dos crimes hediondos e assemelhados, cumulada com a necessidade para as investigações ou que o agente não tem residência fixa ou que haja dúvida com relação a sua identificação civil.

Ainda assim essa espécie de prisão não tem mais sentido para

4 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*, 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 449.

5 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 494, v. 03.

6 GUIMARÃES, Deodéciano Tomteri. *Dicionário técnico jurídico*, 7. ed. São Paulo: Rideel, 2005, p. 324.

7 GERBER, Daniel. *Prisão em flagrante: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 105.

existência na atual ordem jurídica posto que ocupa o mesmo espaço destinado à preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal.

2 Medidas alternativas às prisões cautelares

A prisão é a medida de restrição do segundo bem mais importante para o ser humano – a liberdade de ir e vir –, só perdendo para a vida. Todavia, mesmo com tamanha importância, ela é facilmente aplicável, muitas vezes em desconformidade com os direitos e garantias constitucionais, sendo notórios os males que acarreta diante das péssimas condições dos estabelecimentos carcerários, agravadas pela superlotação⁸.

O próprio Código Penal impõe que mesmo após a aplicação da pena privativa de liberdade na sentença penal condenatória, o juiz verifique se é cabível a substituição por outra espécie de pena, a exemplo das restritivas de direitos ou multa.

Nesse sentido, enquanto forem indispensáveis as penas privativas de liberdade, o que é realidade incontestemente atualmente, deve-se evitar ao máximo a sua aplicação indiscriminada.

Assim, para os conflitos sociais de pequeno e médio potencial ofensivo, o Brasil adotou institutos como: a suspensão condicional da pena, a multa substitutiva, as penas restritivas de direitos.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais – Lei n. 9.099/95, de 26 de setembro de 1995 – foi um importante instrumento para tal finalidade, trazendo institutos como: a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, além de proibir a prisão em flagrante e a fiança quando o agente for imediatamente encaminhado aos juizados ou assumir o compromisso de a ele comparecer.

A respeito, Guilherme de Souza Nucci⁹ comenta que “ninguém,

⁸ A CPI do sistema carcerário apurou que, em meados do ano passado, o déficit era de 220 mil vagas. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/06/24/relatorio_da_cpi_do_sistema_carcerario_pede_indiamentado_da_32_pessoas-546945746.asp>. Acesso em: 25 de maio de 2009.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 45-46.

em são consciência, pode ser contra a fixação de penas restritivas de direitos para delinqüentes iniciantes, autores de crimes de menor potencial ofensivo, não violentos, enfim, que não chocam nem agridem, de forma intensa, o bom senso, a ética e os bons costumes”.

Isso é o que Foucault¹⁰ já havia percebido, pois com referidas alternativas: “não se pune menos, pune-se melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade”.

Por outro lado, para todas as circunstâncias que autorizam a prisão sem pena, o Código de Processo Penal prevê apenas o instituto da liberdade provisória, que serve para combater a prisão em flagrante.

Destarte, se a legislação penal vem buscando alternativas até mesmo para a prisão-pena, cujo trânsito em julgado atesta a plausibilidade da condenação, a fim de evitar a aplicação da pena privativa da liberdade, com muito mais razão deve proceder no campo das prisões cautelares¹¹, uma vez que, em virtude da presunção de inocência, ainda não temos nem um culpado.

Ademais, em que pese a prisão definitiva não se confundir com a prisão provisória, é inegável que o constrangimento passado pelo cidadão em ambas é o mesmo. Tanto é assim que o instituto da detração possibilita o cômputo da duração da prisão provisória no tempo da execução da pena.

Dessa forma, é possível afirmar que “o Direito Processual Penal, no que tange ao tema da prisão provisória, encontra-se defasado em relação ao Direito Penal pátrio, que dispõe de uma série de institutos despenalizadores ou mesmo voltados a evitar, das formas mais variadas possíveis, o encarceramento do condenado”¹².

Portanto, assim como ocorre com a prisão-pena, é imprescindível para o sistema processual brasileiro buscar meios alternativos à prisão cautelar, devendo esta ficar restrita às situações de extrema necessidade,

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p.76.

¹¹ DELMANTO, Fabio Machado de Almeida Delmanto. *Medidas Substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 120.

¹² DELMANTO, Fabio Machado de Almeida Delmanto. *Medidas Substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 120.

e desde que não haja a viabilidade de aplicação de uma medida cautelar menos severa.

2.1 Medidas alternativas à prisão em flagrante

A prisão em flagrante é a que demonstra mais claramente a ação delitiva, ficando patentes a materialidade delitiva e, principalmente, a autoria. Tanto é assim que a certeza visual da ocorrência da infração penal gera a obrigação para os policiais e a faculdade para os particulares deterem o agente, independente de ordem judicial.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro não deixa muitas alternativas para essa espécie de prisão, até porque se o agente da segurança pública não detiver imediatamente aquele que está cometendo um crime ou acaba de consumá-lo poderá incorrer no crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal.

A principal medida alternativa à prisão em flagrante é a liberdade provisória, garantia individual da liberdade positivada no artigo 5º, LXVI, da Constituição Federal. Outra medida, também fundamental, instituída pela lei dos Juizados Especiais Criminais, é que não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança ao autor de infração de menor potencial ofensivo, quando imediatamente levado ao juizado ou quando se comprometer a comparecer em juízo.

2.2 Liberdade provisória

A Constituição da República garantiu em seu artigo 5º, LXVI que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, o que “é, sem dúvida, um dos mais importantes instrumentos que a lei processual contém para assegurar a inviolabilidade da liberdade pessoal do réu, enquanto o processo se desenrola e o procedimento se movimenta”¹³.

Salienta Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁴ que: “provisória é a medida cautelar que leva esse nome, não a liberdade enquanto atributo do

homem livre, enquanto direito reconhecido em todos os documentos internacionais do mundo ocidental” e finaliza: “jamais haveria liberdade provisória no Direito brasileiro, até porque nossa ordem jurídica não contempla a prisão perpétua”.

Assim, a medida é provisória porque pode ser revogada a qualquer tempo, basta o réu descumprir as condições que lhe foram impostas. Ademais, ela só vigorará até o trânsito em julgado da sentença, quando então o princípio da presunção de inocência também ficará inoperante.

Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁵ lembra que “embora a prisão provisória seja um mal necessário, todas as legislações do mundo têm procurado, dentro do possível, medidas que garantam o comparecimento do acusado aos atos do processo sem os males da privação da liberdade”.

Com efeito, a liberdade provisória tem especial aplicação no sistema processual penal brasileiro, haja vista que ele ainda trabalha com “soluções bipolares, é dizer, ou o acusado responde ao processo com total privação da liberdade, ou, então, lhe é concedido o direito a liberdade provisória”¹⁶.

Portanto, a liberdade provisória “é um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente. É uma forma de resistência, uma contracautela, para garantir a liberdade”¹⁷.

2.2.1 Vedação da prisão em flagrante e da exigência de fiança nas infrações de menor potencial ofensivo

Com a vigência da Lei n. 9.099/1995, orientada pelos “critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 646.

¹⁶ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar – dramas princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 133.

¹⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TAVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 523.

¹³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 125. v. 4.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 473.

aplicação de pena não privativa de liberdade”¹⁸, criou-se outra medida alternativa à prisão em flagrante.

Assim, para as infrações de menor potencial ofensivo, que com a alteração empreendida pela Lei n. 11.313/2006, passaram “a ser as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”¹⁹, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, quando o autor do fato for encaminhado imediatamente ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, conforme artigo 69, parágrafo único da Lei n. 9.099/95.

Destarte, após a lavratura do termo circunstanciado, sendo o autor do fato encaminhado imediatamente ao juizado ou assumindo o compromisso de a ele comparecer, coloca-se o acusado em liberdade.

2.3 Medidas alternativas à prisão preventiva

A prisão preventiva é medida extrema, aplicável apenas quando absolutamente necessária às finalidades cautelares nas circunstâncias previstas em lei.

Dessa forma, com relação ao cárcere preventivo, o Código de Processo Penal trabalha apenas com o binômio prisão-liberdade, ou seja, ou estão presentes os pressupostos e requisitos da preventiva e o acusado responde ao processo preso, ou ausentes, o réu goza de total liberdade.

Todavia, em razão da presunção de inocência, do princípio da proporcionalidade e até da atual situação pela qual passa o nosso sistema carcerário, é imprescindível a criação e utilização de medidas cautelares menos gravosas do que a prisão e adequadas a afastar o perigo que ensejaria a decretação da preventiva.

É claro que a simples criação dessas medidas no ordenamento jurídico brasileiro jamais resolverá o problema da superlotação nos

18 Art. 62 da Lei n. 9.099/95.

19 Art. 61 da Lei n. 9.099/95.

presídios do Brasil, mas além da ajuda que inegavelmente darão elas estarão materializando garantias constitucionais do cidadão.

Entretanto, para que referidas medidas realmente funcionem é indispensável a instituição de um sistema eficiente de instalação, controle e fiscalização, para que os juízes efetivamente apliquem as medidas cautelares menos severas no lugar da prisão preventiva.

A respeito, o estado de Pernambuco aprovou recentemente a Lei n. 14.284, de 05 de abril de 2011, publicado no Diário Oficial do Estado de Pernambuco no dia 06 de abril de 2011, que dispõe sobre a criação do Centro de Acompanhamento a Penas e Medidas Alternativas, no âmbito da estrutura organizacional da Vara de Execuções de Penas Alternativas do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Impende destacar, contudo, que não poucas serão as situações em que a prisão preventiva se mostrará insubstituível, sendo a única medida adequada ao caso concreto e, portanto, devem ser aplicadas para garantia da justiça. Igualmente, quando as medidas alternativas não forem suficientes ou forem desrespeitadas a preventiva será a solução.

Não custa esclarecer que as medidas alternativas à prisão preventiva para que possam ser aplicadas devem “cumprir, com a mesma eficiência, o papel que a prisão desempenha no processo, com a vantagem de não se enviar ou manter o acusado no cárcere”²⁰.

No entanto, diferentemente da França (artigo 138 do Código de Processo Penal, introduzido no início da década de 70), da Alemanha (§ 116 da StPO, com redação dada por reforma legislativa ocorrida em 1972), de Portugal (artigos 196 e seguintes do Código de Processo Penal de 1987) e da Itália (artigos 280 e seguintes do Código de Processo Penal de 1988)²¹, o Código de Processo Penal brasileiro não contempla nenhuma medida alternativa à prisão preventiva. O que existem são medidas cautelares pessoais diversas da prisão recentemente inseridas

20 DELMANTO, Fábio Machado de Almeida Delmanto. *Medidas Substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 158.

21 CRUZ, Rogério Schiavetti Machado. *Prisão Cautelar - dramas princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 173-175.

pela legislação esparsa para tutelar casos específicos, assim quando for possível a prisão preventiva elas são aptas a substituí-la no caso concreto.

2.3.1 Medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340/2006

A Lei Maria da Penha tratou de forma estruturada e mais aprofundada o tema relativo à violência doméstica, criando mecanismos aptos a coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, criando inclusive os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e definindo o que configura violência doméstica e familiar.

Não custa mencionar que tal lei afastou a aplicação da Lei n. 9.099/95 para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, além de exigir que a retratação da representação, nas ações penais públicas condicionadas, só seja válida se realizada em audiência especialmente designada para tal fim, antes do recebimento da denúncia e ouvido o *Parquet*.

Assim, buscando uma maior proteção à mulher, a Lei n. 11.340/2006 instituiu as chamadas medidas protetivas de urgência, além das medidas integradas de prevenção, da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar e do atendimento pela autoridade policial.

Dentre as medidas protetivas de urgência, o legislador optou por dividi-las, em razão da sua destinação, entre: medidas protetivas que obrigam o agressor e medidas protetivas de urgência à ofendida, sendo aquelas à que interessam para o tema abordado.

Destarte, as Medidas Protetivas de Urgência que obrigam o agressor foram disciplinadas no artigo 22 da supracitada lei e são as seguintes:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemu-

nhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Impende destacar que tais medidas são aplicadas, a pedido da ofendida ou requerimento do Ministério Público, em conjunto ou isoladamente, podendo ser substituídas a qualquer momento por outras de maior eficácia, inclusive pela prisão preventiva. Podem também ser aplicadas por ocasião da liberdade provisória – nos casos de flagrante – ou após a revogação da prisão preventiva – quando esta não for mais imprescindível.

2.3.2 Suspensão da carteira de habilitação e proibição de sua obtenção

A Lei n. 9.503/97 traz em seu artigo 294 a previsão de suspensão da carteira de habilitação e proibição de sua obtenção como medida cautelar apta a substituir a prisão preventiva com fundamento na ordem pública, notadamente para os motoristas comprovadamente imprudentes e perigosos que colocam em risco a coletividade.

Pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação criminal ou da ação penal, sendo combatida por recurso em sentido estrito, que não terá efeito suspensivo, por força do parágrafo único do artigo 294 do Código de Trânsito Brasileiro.

2.3.3 Afastamento cautelar do funcionário público nos crimes da Lei Antidrogas

A Lei n. 11.343/2006 instituiu no sistema processual penal brasileiro uma importante medida alternativa à prisão provisória ao prever a possibilidade do afastamento cautelar do funcionário público de suas atividades quando do recebimento da denúncia pelos crimes de tráfico de drogas e condutas equiparadas.

Antes dessa medida, como lembra Samuel Miranda Arruda²², “o Ministério Público se via compelido a requerer a custódia dos acusados sob as alegativas de intrusão na livre produção probatória ou de risco de persistência da conduta criminoso”, haja vista que estando presos os acusados estariam necessariamente afastados de suas funções. O que era, em certos casos, por demais desproporcional.

Assim, nos crimes referidos pela lei é possível evitar o decreto prisional com o mero afastamento cautelar do funcionário público de suas funções, por ocasião do recebimento da denúncia.

Em que pese a omissão do legislador não há dúvida de que tal medida deve ser devidamente fundamentada pelo magistrado, além da presença indispensável dos requisitos gerais de toda medida cautelar – *fumus commissi delicti e periculum libertatis*.

Ademais, conforme lição de Luiz Flávio Gomes²³, é necessário também comprovação “ou do nexó funcional (o funcionário valeu-se do cargo para cometer o crime) ou o concreto risco (para a administração pública) que ele funcionário público representa, caso se mantenha no cargo”.

Tendo em vista que não foi previsto um recurso específico para as hipóteses de concessão ou denegação do afastamento preventivo, tal decisão pode ser combatida através de mandado de segurança.

2.3.4 Afastamento do Prefeito nos crimes de responsabilidade

O Decreto-Lei n. 201/67 ao tratar dos crimes de responsabilidade dos Prefeitos previu em seu artigo 2º, inciso II, que “ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos”.

22 ARRUDA, Samuel Miranda. *Drogas: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Método, 2007. p. 153.

23 GOMES, Luiz Flávio et al. *Lei de drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 274.

Assim, em obediência ao princípio da proporcionalidade, o juiz analisará se o afastamento cautelar do Prefeito é a medida mais adequada aos fins que se almejam, ficando a prisão preventiva como última alternativa e apenas para os crimes mais graves, punidos com pena de reclusão de dois a doze anos.

Cabe ressaltar que a condenação definitiva em qualquer dos crimes de responsabilidade dos Prefeitos, mesmo os de menor gravidade, “acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular”²⁴. Todavia, a medida cautelar de afastamento do cargo, assim como a prisão preventiva, é medida de exceção e necessita do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para concessão.

À luz da Constituição de 1988 o juízo competente para negar ou conceder a prisão preventiva ou o afastamento cautelar do Prefeito é o Tribunal de Justiça do seu respectivo estado. Na forma do artigo 2º, III, essa decisão comporta recurso em sentido estrito, com efeito suspensivo.

2.3.5 Retenção do passaporte e o poder geral de cautela no âmbito criminal

O risco concreto de fuga para o exterior, mormente para os indivíduos detentores de outra nacionalidade, além da brasileira, é uma das hipóteses em que a prisão preventiva pode ser decretada com fundamento na garantia da aplicação da lei penal.

Assim, caso haja indícios nos autos de que o acusado está planejando fugir do Brasil para se furtar da responsabilização penal por algum delito cometido, a única medida que o juiz dispõe é decretar sua prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. Outrossim, se o réu já estiver preso provisoriamente, o magistrado pode deixar de revogar a prisão pelo mesmo motivo.

24 Art. 1º, § 2º do Decreto-Lei n. 201/67.

A retenção do passaporte como medida cautelar a fim de evitar que o acusado fuja do país não está prevista em lei. Assim, o que seria uma medida razoável e apta a evitar a fuga do acusado para o estrangeiro, ilidindo-se a prisão preventiva ou até mesmo servindo de condição para a sua revogação, não encontra fundamento legal no ordenamento pátrio.

Dessa forma, a falta de previsão legal, para parte da doutrina, violaria o princípio da legalidade²⁵ à medida que as limitações do exercício de direitos devem estar prefixadas na lei e, portanto, inviabilizaria a obrigação da entrega do passaporte porque “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”²⁶.

No entanto, essa providência poderia ser incluída no chamado poder geral de cautela, conferido ao julgador para que possa tomar medidas cautelares – previstas ou não em lei – a fim de adequar a situação concreta da melhor forma, evitando-se que o provimento final corra risco, com fulcro no artigo 798 do Código de Processo Civil, podendo ser utilizado no processo penal em razão do artigo 3º do Código de Processo Penal, como decidiu o Supremo Tribunal Federal²⁷.

De modo contrário, e bastante antigo, é o pensamento de Antônio Magalhães Gomes Filho ao dizer que “não se pode cogitar em matéria criminal de um ‘poder geral de cautela’, através do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil”²⁸.

Nesse mesmo sentido, Samuel Miranda Arruda, aduz que “embora

25 DELMANTO, Fábio Machado de Almeida Delmanto. **Medidas Substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 188.

26 Art. 5º, II, Constituição Federal de 1988.

27 Processual penal. Imposição de condições judiciais (Alternativas à prisão processual). Possibilidade. Poder geral de cautela. Ponderação de interesses. Art. 798, CPC; Art. 3º, CPC. A questão jurídica debatida neste habeas corpus consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, artigo 5º, XVI) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, artigo 798; Código de Processo Penal, artigo 3º). As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais). (STF: HC 94.147, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 27 de maio de 2008, DJE de 13 de jun. de 2008).

28 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 57.

no âmbito do processo civil o legislador tenha erigido um amplo e eficiente sistema cautelar que permite ao julgador tomar providência de proteção dos interesses ameaçados no correr do processo, tal praxe não foi ainda transposta para o Código de Processo Penal”²⁹.

Entretanto, diante do caso real, e tendo como finalidade preservar a liberdade de locomoção frente a mera retenção do passaporte, a jurisprudência vem admitindo o poder geral de cautela no processo penal em benefício do acusado, fazendo-se um juízo de ponderação em favor da liberdade³⁰.

Assim, os tribunais superiores, notadamente em decisões concessivas de *habeas corpus*, têm confirmado as decisões judiciais, bem como costumam aplicar medidas restritivas como vínculos adicionais à liberdade – a exemplo da retenção do passaporte –, seja nos casos de liberdade provisória, seja nos casos de revogação da preventiva anteriormente decretada. Contudo, ressalte-se que parte da doutrina critica fortemente tais decisões, mesmo em benefício do réu.

2.4 Medidas alternativas à prisão temporária

No que tange à prisão temporária, até pelo seu caráter excepcional, prevista para crimes específicos de maior gravidade, aplicável apenas na fase da investigação policial quando presentes os requisitos da cautela e com prazo determinado, difícil realmente imaginar-se medidas alternativas efetivas.

Todavia, não podemos dispensar a possibilidade de aplicar um conjunto de medidas cautelares menos severas do que a prisão, de forma a garantir a liberdade do acusado e a regular investigação policial.

29 ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Método, 2007. p. 152.

30 Processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Artigos 4º, 16, e 22, parágrafo único, c/c artigo 1º, I, da Lei nº 7.492/98. Prisão preventiva. Revogação. Imposição de condições. Possibilidade. I - Ainda que reconhecida a ausência de fundamentos concretos para a manutenção da custódia cautelar, é possível ao magistrado, com base no poder geral de cautela disposto no artigo 798 do CPC c/c artigo 3º do Código de Processo Penal, condicionar a revogação do decreto de prisão preventiva a exigências concretamente pertinentes (Precedentes). II - Dessa forma, o condicionamento da revogação da custódia cautelar ao comparecimento quinzenal do acusado ao juízo para assinatura de termo, ao acautelamento do passaporte e à proibição de viagens ao exterior não constituem, no presente caso, constrangimento ilegal. Recurso ordinário desprovido. (STJ: RHC 20.124/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento 13 de nov. de 2007, DJ 10 de dez. de 2007, p. 398).

Com efeito, se a necessidade da prisão temporária se basear na imprescindibilidade das investigações (artigo 1º, I, da Lei n. 7.960/89), pode-se valer da condução coercitiva, medida já prevista em nosso ordenamento³¹, isolada ou cumulada com a proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares ou de manter contato com pessoa determinada, ou ainda a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, estas ainda não positivadas.

Noutra senda, se o investigado apenas não fornecer elementos necessários aos esclarecimentos de sua identidade pode-se realizar a identificação criminal, nos termos da Lei n. 12.037, de 01 de outubro de 2009. Já caso o acusado não tenha residência fixa e o perigo for de fuga, pode-se determinar o comparecimento periódico, inclusive diário, do investigado e decretar a proibição de ausentar-se da comarca ou do país, com a retenção do passaporte ou outro documento, estas últimas medidas também não previstas em lei, mas inseridas no poder geral de cautela do juiz, como visto acima.

3 Críticas ao Projeto de Lei n. 4.208/2001

Como visto, o Direito Processual Penal brasileiro, no que tange ao tema da prisão provisória, encontra-se defasado não só em relação ao Direito Penal, que dispõe de uma série de institutos despenalizadores ou mesmo voltados a evitar o encarceramento do condenado, como também com a legislação de alguns países europeus, como é o caso de Portugal e Itália, que além de restringir ao máximo o uso da prisão provisória, prevêm uma série de medidas cautelares menos severas.

Destarte, a necessidade de reforma do Código de Processo Penal é inquestionável, especialmente no tema da prisão, medidas cautelares e da liberdade provisória, sobretudo em face da presunção de inocência e do princípio da proporcionalidade, de índoles constitucionais.

O Projeto de Lei n. 4.208/2001 trata de resolver algumas

31 Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

incongruências existentes no Código de Processo Penal, notadamente em razão do estado de inocência, revogando dispositivos bastante criticados pela doutrina como: o artigo 595, que declara deserta a apelação do réu que fugir; o artigo 393, que diz ser efeito da sentença a prisão e o lançamento do nome do réu no rol dos culpados; o inciso IV, do artigo 323, que proíbe a concessão fiança para o vadio.

Logo na sua exposição de motivos o Projeto de Lei n. 4.208/2001 declara que pretende "proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e liberdade provisória e colocá-la em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal"³².

O artigo³³ inaugural do Título IX, do Código de Processo Penal, que passará a ser denominado "Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade", traz as importantes premissas acerca da aplicação das medidas cautelares erigindo o princípio da proporcionalidade ao adotar os critérios da necessidade e da adequação para qualquer restrição de direitos (artigo 282, I e II). Inclusive, obriga o juiz ou o tribunal a reexaminar a cada 60 dias, ou em prazo menor quando a situação excepcional assim o exigir, se continuam presentes os motivos determinantes que ensejaram a medida cautelar ou a prisão preventiva (artigo 282, §7º), sob pena de configurar constrangimento ilegal.

Para melhor acautelamento do caso as medidas provisórias poderão

32 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/401942.pdf>>. Acesso em 31-05-2009.

33 Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se: a) - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; b) - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, em quaisquer fases da persecução, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou decretar a prisão preventiva (artigo 312, parágrafo único). § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (artigo 319). § 7º O juiz ou tribunal que decretou ou manteve a medida cautelar, inclusive a prisão preventiva, a reexaminará, obrigatoriamente, a cada 60 (sessenta) dias, ou em prazo menor quando situação excepcional assim o exigir para, fundamentadamente, avaliar se persistem os motivos que a ensejaram (NR).

ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, sendo decretadas de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes ou do Ministério Público e, quando no curso da investigação, por representação da autoridade policial (artigo 282, §§ 1º e 2º).

Outro princípio contemplado foi o do contraditório, haja vista a previsão do juiz intimar a parte do pedido de medida cautelar, ressalvados, obviamente, os casos de urgência ou perigo de ineficácia (artigo 282, § 3º).

Relevante assinalar que o descumprimento de qualquer das medidas impostas levará o magistrado a substituí-la por outra(s) mais severa(s), ou até mesmo decretar a prisão preventiva (artigo 282, § 4º), e que o caráter *rebus sic stantibus* foi mantido, é dizer, qualquer das medidas provisórias podem ser decretadas ou revogadas a depender da presença ou ausência dos motivos que as justifiquem (artigo 282, § 5º).

Todavia, em que pese ter adotado os critérios da necessidade e da adequação esse mesmo artigo (artigo 282) foi omissivo quanto ao requisito básico do *fumus comissi delicti*, imprescindível não só para a prisão, mas também para todas as medidas cautelares, uma vez que em ambas há restrições de direitos. Assim, será possível a concessão de medidas cautelares diversas da prisão quando não haja prova da materialidade e indícios de autoria, o que não pode ser aceito, pois, embora com menor intensidade, tais medidas limitam a liberdade individual.

No que toca à prisão em flagrante, foi empreendida uma significativa evolução na medida em que o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante decidirá fundamentadamente acerca das seguintes medidas: relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante em preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança³⁴.

Destarte, a partir de então, os juizes não poderão apenas analisar a legalidade do flagrante e esperar que a defesa requeira a liberdade provisória, ou até mesmo deixar para deliberar acerca da liberdade do

34 Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 deste Código; ou III - conceder liberdade provisória, mediante fiança, nos crimes afiançáveis, que pode ser cumulada com uma ou mais das medidas cautelares previstas no artigo 319 deste Código.

acusado na audiência de instrução e julgamento.

Já o parágrafo único do artigo 310³⁵ corrigirá a injustiça perpetrada pela Lei n. 6.416/77, tornando a liberdade provisória sem fiança, apenas com a obrigação de comparecer a todos os atos para os quais for intimado, hipótese exclusiva dos casos em que o juiz verificar ter o agente praticado o fato sob uma das causas excludentes de ilicitude, revalorizando-se, desse modo, o instituto da fiança.

Outra alteração bastante proporcional foi a exigência para a segregação preventiva de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos³⁶, entrando em consonância com o Direito Penal, que prevê a possibilidade de penas alternativas quando a pena privativa de liberdade for fixada em até quatro anos.

No entanto, o projeto em comento retrocedeu ao possibilitar a prisão preventiva quando houver dúvida acerca da identificação civil³⁷, haja vista que se já na prisão temporária, em que a situação é bem mais grave, essa hipótese é bastante criticada, decretar a preventiva com tal fundamento é desrespeitar as garantias mínimas do acusado³⁸. Ademais não se exigiu nem mesmo os pressupostos e requisitos da cautelar, o que seria um absurdo na prática.

A fim de preservar a liberdade do acusado e objetivando dar mais celeridade na concessão da fiança, pretende-se alargar os casos em que a fiança pode ser arbitrada pela autoridade policial para qualquer infração cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse quatro anos³⁹.

35 Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do artigo 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação (NR).

36 Art. 313. Nos termos do artigo 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

37 Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

38 DELMANTO, Fabio Machado de Almeida Delmanto. **Medidas Substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 300.

39 Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

O Projeto de Lei n. 4.208/2001 cria, ainda, um banco de dados onde serão cadastrados todos os mandado prisionais do país, a ser mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, a fim de integrar os órgãos de combate ao crime, possibilitando que qualquer agente policial efetue a prisão determinada em todo o Brasil, comunicando imediatamente a autoridade judicial que proferiu o mandado⁴⁰.

3.1 Novas medidas cautelares pessoais diversas da prisão

O Projeto de Lei n. 4.208/2001 cria ainda para o artigo 319 do Código de Processo Penal nove medidas cautelares autônomas, que podem não só ser alternativas às prisões provisórias, mas também tutelar casos que não admitem a prisão sem pena, como por exemplo as infrações de menor potencial ofensivo, servindo ainda como condições a serem impostas por ocasião da liberdade provisória ou da revogação da preventiva.

Assim, a partir de um juízo de proporcionalidade o magistrado poderá evitar ou revogar a prisão cautelar, com o uso, isolada ou cumulativamente, das seguintes medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca ou do País quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno

40 Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade. § 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu. § 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo. § 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração criminosa; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

A implementação dessas medidas leva à conclusão lógica de que o Projeto de Lei n. 4.208/2001 pretende instituir uma reforma que abandonará “o sistema bipolar – prisão e liberdade provisória – e passa a trabalhar com várias alternativas, cada qual adequada a regular o caso concretamente examinado”⁴¹, sendo, portanto, mais condizente com a Carta Magna e com os tratados internacionais que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Não custa lembrar que tais medidas por possuírem natureza cautelar precisam da satisfação do *periculum libertatis* e do *fumus comissi delicti* para serem utilizadas, frise-se, isolada ou cumulativamente, bem como precisam ser idôneas e suficientes à proteção do bem ameaçado.

Impende destacar que a medida prevista no inciso IV do artigo 319 – proibição de ausentar-se da Comarca ou do País quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução – será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, e o acusado é obrigado a entregar seu passaporte no prazo de 24 horas⁴².

Importante assinalar que o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha

41 CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão Cautelar – dramas princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 144.

42 Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o investigado ou acusado para entregar o passaporte no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (NR).

residência e trabalho fixos (artigo 319, V) não se confunde com a prisão domiciliar, outra interessante inovação do projeto, própria para substituir a prisão preventiva em alguns casos especiais⁴³. Em que pese ambos serem medidas alternativas à prisão provisória o primeiro é uma forma de manter alguém cautelarmente em regime de liberdade parcial, podendo inclusive trabalhar durante o dia, ao passo que a segunda é uma prisão preventiva para quem se encontra em estado especial que justifica a benevolência legal.

Outra medida que merece comentários é a do inciso IX, do artigo 319 – monitoramento eletrônico –, “atualmente utilizado em vários países (Canadá, Reino Unido, Suécia, Suíça, Holanda, Itália, França, Austrália, Nova Zelândia, Singapura, África do Sul, entre outros)”⁴⁴ o qual possui as vantagens de reduzir a população carcerária, de possibilitar que o acusado mantenha sua rotina de atividades como o estudo, o trabalho e o convívio familiar e social, além de evitar os malefícios da prisão. O maior obstáculo, contudo, é o alto custo de implantação e manutenção, mesmo assim é uma interessantíssima alternativa à prisão, tanto processual como penal.

Vale destacar que o réu não pode ser obrigado a usar qualquer equipamento eletrônico acoplado ao seu corpo e que viole a sua intimidade, todavia suportará as consequências de uma medida mais gravosa.

Por isso, questão de fundamental relevo é a implantação efetiva dessas medidas, que dependerá de inúmeros fatores, dentre os quais, o aparelhamento por parte dos órgãos estatais de modo a possibilitar a adequada fiscalização, proporcionando ao julgador uma maior confiança na aplicação dessas medidas, a fim de que a prisão provisória seja usada apenas nos casos de estrita necessidade. “Do contrário, haverá um receio por parte dos juizes, permanecendo a prisão provisória ainda como a

43 Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I – maior de 80 (oitenta) anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

44 CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão Cautelar – dramas princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 177.

forma mais eficiente de se acautelar o processo, mesmo que mediante um enorme sacrifício da liberdade.”⁴⁵

Ademais, de nada valerá a previsão legal de medidas cautelares pessoais diversas da prisão se o sistema não se preparar para aplicá-las e fiscalizá-las, fazendo com que virem “letra morta” e a prisão cautelar continue sendo usada fora de balizamentos mínimos funcionando como um fator a mais de marginalização social e desestabilização do sistema prisional brasileiro.

4 Conclusão

A prisão é a medida de restrição do segundo bem mais importante para o ser humano – a liberdade de ir e vir –, só perdendo para a vida. Todavia, mesmo com tamanha importância, ela é facilmente aplicável, muitas vezes em desconformidade com os direitos e garantias constitucionais, sendo notórios os males que acarreta diante das péssimas condições dos estabelecimentos carcerários, agravadas pela superlotação.

A legislação penal há algum tempo vem buscando alternativas para a prisão-pena, cujo trânsito em julgado atesta a plausibilidade da condenação, a fim de evitar a aplicação da pena privativa da liberdade, fato este ainda não atentado no campo das prisões cautelares, onde há muito mais razões para se buscar alternativas eficazes à medida extrema, uma vez que não temos nem um culpado.

A aplicação do princípio da não-culpabilidade no sistema das prisões cautelares exige que tal reprimenda somente seja utilizada como *ultima ratio*, e desde que não exista outra medida cautelar mais amena, sobretudo tendo em vista o caráter excepcional e subsidiário da prisão sem pena.

Em razão da presunção de inocência, do princípio da proporcionalidade e até da atual situação do sistema carcerário brasileiro, é imprescindível a criação e utilização de medidas cautelares menos

45 DELMANTO, Fábio Machado de Almeida Delmanto. *Medidas Substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 278.

gravosas do que a prisão e adequadas a afastar o perigo que ensejaria a decretação da preventiva.

O Código de Processo Penal brasileiro não contempla nenhuma medida alternativa à prisão preventiva. O que existem são medidas cautelares pessoais diversas da prisão inseridas pela legislação esparsa para tutelar casos específicos, como por exemplo: o afastamento do lar e as medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica, a suspensão da carteira de habilitação e proibição de sua obtenção, o afastamento cautelar do funcionário público nos crimes de drogas e o afastamento do Prefeito nos crimes de responsabilidade.

As medidas alternativas à prisão preventiva, para que possam ser aplicadas, devem cumprir, com a mesma eficiência, o papel que o cárcere preliminar desempenha no processo, com a absurda vantagem de não cercear a liberdade de locomoção do acusado.

As medidas cautelares autônomas de que trata o Projeto de Lei n. 4.208/2001 poderão ser alternativas às prisões provisórias, bem como tutelar casos que não admitem a prisão sem pena, como por exemplo as infrações de menor potencial ofensivo, servindo ainda como condições a serem impostas por ocasião da liberdade provisória ou da revogação da preventiva, já deveriam ter sido implantadas no sistema processual penal brasileiro desde a Constituição de 1988.

Não basta a criação de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, é imprescindível que o Estado esteja preparado para fiscalizar o cumprimento de tais medidas, propiciando ao julgador confiança na sua aplicação, a fim de que a prisão provisória seja utilizada apenas nos casos de estrita necessidade. Isto porque, o mau uso da prisão pode ser duplamente maléfico para sociedade, pois além de contribuir para o inchaço em nossas prisões, certamente servirá para iniciar inúmeros indivíduos na escola do crime.

Alternative measures to imprisonment precautionary

Abstract

The preventive or procedural detention is the one ordered without definitive penalty to serve, then its exceptional honor, having in view to guarantee the judiciary effectiveness in the state-owned self-defense expression. Therefore, to this declaration or maintenance seems necessary to strict evidence of caution requirements, that are, the *periculum in mora* and the *fumus boni juris*, moreover the legal requirements of material evidence and the authorship clue. The preventive detention is fundamental to the Brazilian procedural system; however that used without criterion and the lack of effective alternatives to the enforcement it ends up destroying the system, submitting the institute at the risk. Thus, considering the high number of preventive prisoners living in Brazil and the deficit that the prison system possess, it's essential the search for effective ways that can be used like

alternatives to the preventive detention, no removing the necessary guarantee to the regular growth of the lawsuit and the most important, preserving one condition that's inborn to the human being – the freedom. The Penal Lawsuit Code just works with two names prison-freedom, as a matter of fact the penal legislation have already instituted some not-penalized steps to aim to avoid the penalties peculiar to freedom. Therefore, with more reason, owing to because of the innocence presumption, proportional beginning and the current situation that's our prison system, the penal procedural field must create and use preventive ways less oppressor and appropriate to the aims.

Keywords: Imprisonment precautionary. Exceptional measure. Effective alternatives. Freedom.

Referências

- ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Método, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**. 4. ed. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar – dramas princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida Delmanto. **Medidas Substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GERBER, Daniel. **Prisão em flagrante: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Processo Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 03.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. RHC 20.124/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento 13 de nov. de 2007, DJ 10 de dez. de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.514, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11 de mar. de 2008, DJE de 16 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 26 de maio de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94.147, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 27 de maio de 2008, DJE de 13 de jun. de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 26 de maio de 2009.

DIREITO PENAL ECONÔMICO E TRIBUTÁRIO: EVOLUÇÃO E ESPECIFICIDADES¹

Bruna Estima Borba

Possui Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduada em Direito (2000) e em Engenharia Mecânica pela Universidade Federal de Pernambuco (1982), mestre em Direito nessa mesma instituição (2004). É Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil, exerce o magistério junto à Faculdade Damas da Educação Cristã e à Faculdade do Recife e na Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda. Tem experiência em Direito Tributário e Direito Penal Tributário.

Resumo

Esse artigo, fruto de estudos desenvolvidos quando da elaboração de tese de doutoramento em direito penal, tem por objetivo apresentar o pensamento da autora acerca da criminalidade econômica, com ênfase no delito de sonegação fiscal. O artigo aborda a regulação da ordem econômica por meio de normas de direito penal, iniciado por breve histórico do desenvolvimento do direito penal econômico a partir da Primeira Guerra Mundial. Em seguida são expostas as especificidades que caracterizam o direito penal econômico, entre as quais a dependência de circunstâncias históricas e geográficas, a pertinência ao direito penal secundário, a mutabilidade dos interesses abrangidos pela tutela, a tradicional natureza administrativa da regulação econômica, a predominância de elementos que requerem juízos de valor nos tipos penais, a interpretação

da lei penal sob critérios econômicos, a prescindibilidade do efetivo dano ao bem jurídico, a exigência da especial intenção de obter vantagem econômica, a titularidade transindividual dos bens jurídicos tutelados, a conduta criminosa ser essencialmente uma atividade empresarial, o reduzido grau de reprovação pessoal ao autor da conduta típica, a efetividade do direito penal econômico ser ela própria um dos fatores de influência da atividade econômica e, por fim, a tendência universalizante da criminalidade econômica. Conclui-se, assim, que o correto funcionamento do sistema econômico, inclusive no que se refere à tributação, justifica a tutela jurídica máxima, que é a penal.

Palavras-chave: Crime. Economia. Sonegação.

¹ - Artigo exposto no I ENCONTRO DE CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL (Reformas do Direito Penal, Criminologia e Política Criminal no Século XXI), promovido pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco - ESMape - realizado nos dias 16 e 17 de setembro de 2011.

1 A ordem econômica e sua regulação por meio de normas penais

Poucos põem em dúvida a relevância da ordem econômica para a existência e sobrevivência do Estado. Tampouco há contestações de que a ordem tributária, por carrear recursos que financiam o Estado, é de crucial importância.

Pretende-se ir um pouco além dessas considerações, demonstrando quais os efeitos produzidos por condutas que levam à evasão dos tributos, e intentando-se construir raciocínio que conduza à conclusão de que o erário e as ordens econômica e tributária, e seus respectivos sistemas, não são o bem jurídico objeto da tutela penal, como defendem alguns doutrinadores. A redução do patrimônio estatal ou dos demais cidadãos, ou o descumprimento das normas econômicas ou tributárias, ou ainda os desequilíbrios na tributação e na economia, são apenas os reflexos ou consequências produzidas pela evasão fiscal sobre os sistemas tributário e econômico. Não se pode confundir o bem jurídico merecedor da tutela com os efeitos decorrentes de sua afetação.

Como afirma Klaus Tiedemann², até poucas décadas atrás, o direito penal econômico era concebido como uma pequena parte do direito penal voltada ao controle da economia pelo Estado, contendo sanções materialmente administrativas, ainda que formalmente penais.

Atualmente, é conceituado como “o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendida como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”³.

Vale mencionar igualmente a definição de direito econômico fornecida por Martos Nuñez: “conjunto de normas jurídico-penais que protegem o sistema econômico constitucional”, sendo este o “conjunto

de instituições e mecanismos de produção, distribuição, consumo e conservação de bens e serviços que fundamentam um ordenamento sócio-econômico justo, objetivo essencial do Estado social e democrático de direito”⁴.

Nas palavras de Carlos Valle, a criminalidade econômica ocorre sempre que a conduta atinge a confiança na vigência das normas que regem a ordem econômica⁵.

Esse conjunto de normas abrange uma diversidade de condutas, como exposto por Tiedemann⁶:

a defraudação fiscal e a fraude de subvenções, dos crimes de e contra as instituições bancárias e as seguridades privada e social ... a falência fraudulenta, as falsificações contábeis, a adulteração de alimentos e vinho, a concorrência desleal e os ilícitos envolvendo o comércio exterior, como por exemplo a exportação de armas para zonas em conflito.

Vê-se que a criminalidade econômica se caracteriza pela extrema dificuldade de delimitação dos bens jurídicos tutelados⁷.

Conclui-se, portanto, que o desafio que se impõe ao estudo do direito penal econômico reside em sua própria delimitação, visto que o bem jurídico envolvido, genericamente, seria o sistema econômico, assim entendido o adequado funcionamento da atividade econômica que abrange a produção, a distribuição e a circulação de riquezas. Essa adequação pode ser compreendida como a conformação à ordem econômica, isto é, ao conjunto de normas estatais postas no contexto

4 “conjunto de normas jurídico-penales que protegen el sistema económico constitucional”, sendo este o “conjunto de instituciones y mecanismos de producción, distribución, consumo y conservación de bienes y servicios que fundamentan el orden socio-económico justo, objetivo esencial del Estado social y democrático de Derecho” NUÑEZ, Juan Antonio Martos. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Montecorvo, 1987, p. 30.

5 “la confianza en la vigencia de las normas que rigen el orden económico”. VALLE, Carlos Pérez del. *Introducción al derecho penal económico*. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). **Curso de Derecho Penal Económico**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 28.

6 “la defraudación fiscal y el fraude de subvenciones, los delitos de y contra las instituciones bancarias y los seguros privados así como los delitos contra la Seguridad Social ... la quiebra fraudulenta, la falsificación de balances, la adulteración de alimentos y vino, la competencia desleal y las contravenciones en el comercio exterior como, por ejemplo, las infracciones de órdenes de embargo para exportar armas a zonas en crisis”. TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico**. Barcelona: PPU, 1993, p. 31.

7 VALLE, Carlos Pérez del. *Introducción al derecho penal económico*. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). **Curso de Derecho Penal Económico**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 19.

2 TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho Penal Económico**. Barcelona: PPU, 1993, p. 31.

3 “el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”. RIGHL, Esteban. **Los Delitos Económicos**. Buenos Aires: AdHoc Vilela, 2000, p. 100.

de um Estado social democrático de direito.

2 O desenvolvimento do direito penal econômico

Em breve esforço histórico, pode-se verificar que o direito penal econômico desenvolveu-se no encaixe da economia, tendo origem em leis que objetivavam, primordialmente, proteger o regular funcionamento dos mercados econômicos, tutelando, com isso, a livre concorrência e o direito de propriedade às marcas e patentes.

Por essa, entre outras razões, considera-se que o direito penal econômico surge na Primeira Guerra Mundial, quando “começa a sedimentação das características próprias desse sector do ordenamento jurídico-penal”⁸. Para Eduardo Correia, a atividade científica do direito penal econômico teve como grande marco o pronunciamento de Klaus Tiedmann no 49º Deutschen Juristentag de 1972⁹.

A pretensão punitiva do Estado, relativamente aos crimes econômicos, esteve vinculada às possibilidades de intervenção estatal na própria economia. Dessa forma, quanto mais liberal a economia, menores as possibilidades de instituição e aplicação efetiva das normas penais econômicas.

O conceito de liberalismo encontra-se intrinsecamente ligado ao de capitalismo. Este termo, de tão ampla circulação, inclusive na ciência política, deve ser compreendido em sentido estrito, isto é, como um modo de ser da economia dotado das seguintes características¹⁰: (i) o fim voltado para o lucro e a acumulação de capital; (ii) a propriedade privada dos meios de produção; (iii) a ausência do Estado como agente econômico direto; (iv) o funcionamento da economia por meio de trocas de mercadorias; (v) o trabalho negociado como qualquer outro objeto de troca, o que significa que o trabalhador não vende os bens frutos do seu trabalho, mas seu próprio trabalho; e, por fim (vi) a apropriação do

8 O Crime de Fraude Fiscal. SANTOS, André Teixeira dos. Coimbra: Coimbra, 2009, pp.16 a 17.

9 CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Econômico. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*. Volume I. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 295, Nota 3.

10 DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, pp. 15 a 17, 38 e 41.

trabalho excedente pela classe possuidora dos meios de produção.

O liberalismo econômico é, portanto, um dos modos com que o Estado lida com o capitalismo. Atualmente, não se pode falar do liberalismo como concebido nos fins do século XVIII, baseado nas forças da livre concorrência e da oferta e procura e na minimização da intervenção estatal. Esse liberalismo, denominado clássico, pode ser compreendido com clareza a partir de trechos da obra de Adam Smith:

Todo homem...fica perfeitamente livre para buscar seus próprios interesses, à sua própria maneira, e para concorrer, com sua capacidade e com seu capital, com a capacidade e o capital de outros homens ou tipos de homem. O soberano fica completamente livre do ... dever de supervisionar a capacidade particular das pessoas e de dirigi-las para as finalidades mais adaptadas ao interesse da sociedade.¹¹

Ainda segundo Adam Smith, a célebre ‘mão invisível’ que conduz ao desenvolvimento econômico nada mais seria que o resultado do esforço do homem para maximizar seus lucros, como se lê adiante:

... dirigindo a indústria de tal maneira que seu produto possa ter o maior valor possível, só está querendo promover seu próprio interesse e está, neste e em muitos outros casos, sendo levado por uma “mão invisível” a promover um fim que não fazia parte de suas intenções. Do mesmo modo, nem sempre é pior para a sociedade que não tenha sido esta a sua intenção. Cuidando do seu próprio interesse, o indivíduo, quase sempre, promove o interesse da sociedade mais eficientemente do que quando realmente deseja promovê-lo.¹²

Segundo o liberalismo clássico, a intervenção estatal, por meio de regulamentações, concessões e subsídios, tenderia a alocar mal o capital e, conseqüentemente, a reduzir as possibilidades de lucro e produção de riqueza. Caberia ao Estado apenas o desempenho de três funções:

Primeira, a função de proteger a sociedade da violência e da invasão de

11 SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. New York: Modern Library, 1937, p. 651.

12 SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. New York: Modern Library, 1937, pp. 422 e 423.

outras sociedades independentes; segundo, a função de proteger, na medida do possível, todo membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer de seus membros ou a função de oferecer uma perfeita administração da Justiça; e, por fim, a função de fazer e conservar certas obras públicas e de criar e manter certas instituições públicas, cuja criação e manutenção nunca despertariam o interesse de qualquer indivíduo ou de um grupo de indivíduos, porque o lucro nunca cobriria as despesas que teriam estes indivíduos, embora, quase sempre, tais despesas pudessem beneficiar e reembolsar a sociedade como um todo.¹³

O próprio Adam Smith, tratando das receitas do Estado, relaciona as quatro máximas a serem obedecidas com respeito aos impostos em geral, atualmente citadas como os quatro cânones de Adam Smith: justiça, certeza, comodidade e economia:

i) os súditos de cada Estado devem contribuir o máximo possível para a manutenção do Governo, em proporção a suas respectivas capacidades, isto é, em proporção ao rendimento de que cada um desfruta;

ii) o imposto que cada indivíduo é obrigado a pagar deve ser fixo e não arbitrário. A data do recolhimento, a forma de recolhimento, a soma a pagar, devem ser claras e evidentes para o contribuinte e para qualquer pessoa;

iii) todo imposto deve ser recolhido no momento e de maneira que, com maior probabilidade, for mais conveniente para o contribuinte... Impostos sobre bens de consumo são ... pagos pelo consumidor pouco a pouco, na medida em que compra as mercadorias;

iv) todo imposto deve ser planejado de tal modo, que retire e conserve fora do bolso das pessoas o mínimo possível, além da soma que ele carrega para os cofres do Estado.¹⁴

Discípulo de Adam Smith, Jean-Baptiste Say ficou famoso por sua associação à frase *laissez faire, laissez passer*, representativa de sua fé

13 SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. New York: Modern Library, 1937, p. 651.

14 SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. New York: Modern Library, 1937, p. 816.

inabalável nas leis de mercado. Argumentava que ninguém produziria se não quisesse trocar o que produzisse pela produção de outra pessoa. Portanto, uma oferta criaria, sempre, uma procura da mesma magnitude¹⁵ mantendo o mercado equilibrado.

Neutra, portanto, deveria ser a atuação do Estado, e, como explica Luís Solano Cabral de Moncada¹⁶, contratual quanto à sua origem, e formal, do ponto de vista das finalidades a alcançar. Isso explica porque a possibilidade de intervenção estatal para atendimento a fins não exclusivamente econômicos só foi mencionada, no Brasil, na Constituição Federal de 1934¹⁷.

O liberalismo sobreviveu durante todo o século XIX sendo superado, não por novas teorias econômicas, mas pela força das circunstâncias sociais e políticas que resultaram em muitas intervenções do Estado na economia. Em fins do século XIX, o desenvolvimento de mercados de capitais mundiais e os progressos na produção e no transporte provocaram imensas concentrações de poder industrial em empresas gigantescas, trustes e cartéis, com conseqüente extinção, em termos práticos, da concorrência e do grau de flexibilidade e de capacidade de ajuste do mercado. Some-se a isso o fato de os governos dos países capitalistas estarem, do ponto de vista pragmático, nas mãos dos capitalistas. Nessas circunstâncias, o declínio do liberalismo foi inevitável, com se evidencia no trecho abaixo:

Leis antitrustes e órgãos controladores do governo ajudaram a conter os piores excessos da concorrência, e o crescimento do complexo industrial-militar estimulou a procura agregada e, ao mesmo tempo, possibilitou o império econômico mundial das grandes empresas multinacionais. Cada vez mais, o Governo passou a ser uma força integrante e onipresente na economia capitalista.¹⁸

15 SAY, Jean-Baptiste. *Cartas a Thomas Robert Malthus sobre Economia Política e Estagnação do Comércio*. Londres: George Harding's Bookshop, 1936, p. 3.

16 MONCADA, Luís Solano Cabral de. *Direito Econômico*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 21.

17 "Art. 5º Compete à União (...) XIX - legislar sobre: (...) II comércio exterior e interestadual, instituições de crédito; câmbio e transferência de valores para fora do país; normas gerais sobre o trabalho, a produção e o consumo, podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem público; (...) Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 19/08/2010.

18 HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*. Rio de Janeiro: Campus, 1987, p. 477.

A primeira manifestação de proteção jurídica à livre concorrência e ao direito às marcas e patentes industriais e comerciais surgiu com a Convenção de Paris para a proteção da propriedade industrial de 1883.

Nos Estados Unidos, surgiram, gradativamente, disposições como o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commissions Act*, de 1887, para regulamentar as estradas de ferro, a fim de promover o interesse público e, em 1890, o *Sherman Act* contra os trustes, consolidando o conjunto de normas de repressão ao monopólio¹⁹. Tais leis, segundo Estaban Righi, surgiram em consequência da “crescente concentração de poder econômico em uma quantidade limitada de grupos econômicos, que teve de ser enfrentada pelo governo, a fim de preservar a livre concorrência”²⁰.

A estabilidade do capitalismo sofreu uma sucessão de crises, de frequência e gravidade crescentes²¹, que culminou na Grande Depressão dos anos 30, fenômeno mundial que afetou todas as economias capitalistas.

Em 24 de outubro de 1929, dia que ficou conhecido como a ‘quinta-feira negra’, a Bolsa de Valores de Nova Iorque nos Estados Unidos teve uma queda brusca nas cotações dos títulos, destruindo a confiança na economia. Com isso, os empresários reduziram a produção e os investimentos, diminuindo a renda nacional e o nível de empregos. Entre 1929 e 1932 houve mais de 85.000 falências de empresas, mais de 5.000 bancos suspenderam suas operações, as ações na Bolsa de Valores de Nova Iorque caíram de 87 bilhões para 19 bilhões de dólares, o desemprego aumentou para 12 milhões, com quase um quarto da população sem rendimentos e as rendas agrícola e industrial caíram cerca de 50%²².

19 TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico*. Barcelona: PPU, 1993, p. 40.

20 “crescente concentración de poder económico en una limitada cantidad de grupos económicos, a los que el gobierno federal enfrentó para preservar la libre competencia puesta en peligro”, RIGHI, Estaban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: AdHoc Vilela, 2000, p. 19.

21 Na primeira metade do século XIX, houve só duas crises econômicas, nos Estados Unidos e na Inglaterra. Na última metade do século, as crises aumentaram para cinco, nos EUA e seis, na Inglaterra. HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*. Rio de Janeiro: Campus, 1987, pp. 427 e 428.

22 HACKER, Louis M. *The Course of American Economic Growth and Development*. New York: Wiley, 1970, pp. 300 e 301.

Segundo Righi²³, as leis antitruste foram aplicadas pelos tribunais norte-americanos ora de forma mais flexível – *rule of reason* –, ora com rigor – *per se rule* ou *strict rule*. Neste caso, simples condutas como o estabelecimento de contratos e acordos que restringissem o comércio caracterizavam o delito, sem necessidade de demonstração do dano ao livre mercado, seja aos consumidores ou aos produtores. No primeiro caso, no entanto, a aplicação da norma requeria a comprovação de um resultado prejudicial à economia. A utilização de um desses critérios dependia da constatação, caso a caso, não apenas da condição monopolista da empresa, mas também da sua conduta perante o mercado.

John Maynard Keynes e, posteriormente Paul Samuelson, surgem no cenário econômico do século XX, não apenas para explicar o fracasso do *laissez faire*, mas principalmente para apoiar entusiasticamente a intervenção do Estado na economia. Em sua obra intitulada “A Teoria Geral do Emprego, dos Juros e da Moeda”, publicada em 1936, Keynes afirmava que o governo deveria interferir quando a poupança superasse o investimento, tomando emprestado o excesso de poupança para aplicá-lo em projetos socialmente úteis que gerassem empregos e renda:

Se o Tesouro enchesse garrafas velhas de dinheiro, as enterrasse bem fundo, em minas antigas, enchesse estas minas com o lixo da cidade e deixasse as empresas privadas – dentro dos princípios do *laissez faire* – desenterrarem o dinheiro ... não haveria mais desemprego... Na verdade, teria mais sentido construir casas ou executar obras do mesmo gênero, mas, se houver dificuldades políticas e práticas para se realizar isso, fazer o que acabamos de propor seria melhor do que nada.²⁴

A depressão da década de 30 arrastou-se até a Segunda Guerra Mundial quando, em razão do esforço de guerra, vários países começaram a produzir armas e equipamentos bélicos. Nesse contexto, o desemprego começou a diminuir sob estímulo de enormes gastos públicos. Terminada a guerra, estava consolidada a teoria de Keynes, o

23 RIGHI, Estaban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: AdHoc Vilela, 2000, pp. 21 e 22.

24 KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 96.

que levou o Congresso americano a aprovar em 1946 a Lei do Emprego, que obrigava o Estado a usar seus poderes de tributar, tomar emprestado e gastar, para manter o pleno emprego.

Para Samuelson, a presença do Estado criou uma economia mista, mistura da 'mão invisível' do mercado e do 'punho visível' do governo: "a regulamentação do Governo e as leis antitruste são as principais armas usadas por uma economia mista para melhorar o funcionamento do sistema de preços"²⁵.

A formação econômica norte-americana foi bem distinta da europeia, caracterizada por nichos de nobreza e por manifestações antiestatistas. Por essa razão, na Europa as leis de proteção ao mercado só surgiram após a segunda guerra mundial. Até então, o direito penal europeu, exemplificado pela Alemanha, tinha por finalidade o controle dos cartéis destinados à produção voltada para a primeira grande guerra. Terminada a conflagração, no início dos anos vinte, e em meio à crise inflacionária, foi editada a "Legislação contra o abuso de poder econômico, cujo § 17 continha norma penal que punia infrações dolosas"²⁶, estabelecendo a responsabilidade de todo produtor frente ao interesse da coletividade.

A crise de 1929 produziu na Alemanha os mesmos efeitos gerados em todo o mundo, com o agravante de se inserir em um modelo político autoritário e dissociado do Estado de direito, característico da ascensão do social nacionalismo alemão²⁷. Do ponto de vista econômico, todos os esforços se voltaram para a produção de armas e demais necessidades bélicas. Em sentido contrário, o direito penal alemão do pós-guerra foi editado com o objetivo de eliminar a estrutura de poder concentrado do sistema econômico. Como sanção de guerra, foi proibida, pelos Aliados – Estados Unidos, Inglaterra e França – a formação de cartéis alemães,

25 SAMUELSON, Paul A. *Economics*. New York: McGraw-Hill, 1976, p. 523.

26 "ordenanza contra el abuso de posiciones de poder económico, cuyo § 17 contenía una norma penal que reprimía las infracciones dolosas". RIGHI, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: AdHoc Vilela, 2000, p. 25.

27 Em 1933, para regular preços e mercados agrícolas; em 1934, foi editada a lei fundamental de medidas econômicas; em setembro do mesmo ano, a lei sobre tráfico de mercadorias; em 1939, sobre penas e sua aplicação, relativamente ao controle de preços e à implantação de racionamentos; e, em 1942, lei que proibia aumentos de preços.

como forma de reduzir a participação daquele país no mercado mundial. Somente em 1946 a Alemanha produziu uma lei penal propriamente econômica, caracterizando como delito o "ato lesivo ao interesse do Estado para a integridade e conservação do sistema econômico"²⁸.

Ao lado da legislação penal econômica, foram introduzidas as chamadas 'transgressões de ordem', infrações submetidas a sanções administrativas. O comércio clandestino, por exemplo, constituía mera infração administrativa, se praticado eventualmente, para fins de consumo próprio, ou crime, se exercido com habitualidade. Essa distinção, nascida na Alemanha, foi fundamental para sistematização do direito penal econômico em todo o mundo. Com o surgimento do neoliberalismo, a partir dos anos 50, os delitos penais econômicos passaram a representar, na Alemanha, meras infrações, punidas com a aplicação de multas administrativas. Os controles sobre a atividade econômica, no entanto, permaneceram sob a forma de limitações à formação de monopólios e de favorecimento às pequenas e médias empresas.

O mundo ocidental evoluiu nesse sentido e passou a defender a presença do Estado, numa espécie de relativização da economia liberal. Uma das formas de intervenção estatal se daria por meio da redução do nível de tributação, que elevaria a renda disponível e possibilitaria maior consumo, elevando o nível de emprego. No entanto, esses mecanismos de atuação do Estado não foram considerados, por Samuelson, tão eficientes quanto pregava a teoria keynesiana²⁹.

O economista Milton Friedman também teceu críticas à teoria keynesiana, por associar os efeitos das políticas fiscais expansionistas do governo – aumento de gastos públicos, redução de tributos, emissões de moeda ou obtenção de recursos por meio de empréstimos públicos – às consequências decorrentes dessas políticas, considerando-as prejudiciais para a economia.

28 "acto lesivo al interés del Estado por la integridad y conservación del sistema económico" RIGHI, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: AdHoc Vilela, 2000, p. 29.

29 SAMUELSON, Paul A. *Introdução à Análise Macroeconômica*. Volume 1. Rio de Janeiro: Agir, 1979, pp. 175 a 191.

que levou o Congresso americano a aprovar em 1946 a Lei do Emprego, que obrigava o Estado a usar seus poderes de tributar, tomar emprestado e gastar, para manter o pleno emprego.

Para Samuelson, a presença do Estado criou uma economia mista, mistura da 'mão invisível' do mercado e do 'punho visível' do governo: "a regulamentação do Governo e as leis antitruste são as principais armas usadas por uma economia mista para melhorar o funcionamento do sistema de preços"²⁵.

A formação econômica norte-americana foi bem distinta da europeia, caracterizada por nichos de nobreza e por manifestações antiestatistas. Por essa razão, na Europa as leis de proteção ao mercado só surgiram após a segunda guerra mundial. Até então, o direito penal europeu, exemplificado pela Alemanha, tinha por finalidade o controle dos cartéis destinados à produção voltada para a primeira grande guerra. Terminada a conflagração, no início dos anos vinte, e em meio à crise inflacionária, foi editada a "Legislação contra o abuso de poder econômico, cujo § 17 continha norma penal que punia infrações dolosas"²⁶, estabelecendo a responsabilidade de todo produtor frente ao interesse da coletividade.

A crise de 1929 produziu na Alemanha os mesmos efeitos gerados em todo o mundo, com o agravante de se inserir em um modelo político autoritário e dissociado do Estado de direito, característico da ascensão do social nacionalismo alemão²⁷. Do ponto de vista econômico, todos os esforços se voltaram para a produção de armas e demais necessidades bélicas. Em sentido contrário, o direito penal alemão do pós-guerra foi editado com o objetivo de eliminar a estrutura de poder concentrado do sistema econômico. Como sanção de guerra, foi proibida, pelos Aliados – Estados Unidos, Inglaterra e França – a formação de cartéis alemães,

25 SAMUELSON, Paul A. *Economics*. New York: McGraw-Hill, 1976, p. 523.

26 "ordenanza contra el abuso de posiciones de poder económico, cuyo § 17 contenía una norma penal que reprimía las infracciones dolosas". RIGLI, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: AdHoc Vilella, 2000, p. 25.

27 Em 1933, para regular preços e mercados agrícolas; em 1934, foi editada a lei fundamental de medidas econômicas; em setembro do mesmo ano, a lei sobre tráfico de mercadorias; em 1939, sobre penas e sua aplicação, relativamente ao controle de preços e à implantação de racionamentos; e, em 1942, lei que proibia aumentos de preços.

como forma de reduzir a participação daquele país no mercado mundial. Somente em 1946 a Alemanha produziu uma lei penal propriamente econômica, caracterizando como delito o "ato lesivo ao interesse do Estado para a integridade e conservação do sistema econômico"²⁸.

Ao lado da legislação penal econômica, foram introduzidas as chamadas 'transgressões de ordem', infrações submetidas a sanções administrativas. O comércio clandestino, por exemplo, constituía mera infração administrativa, se praticado eventualmente, para fins de consumo próprio, ou crime, se exercido com habitualidade. Essa distinção, nascida na Alemanha, foi fundamental para sistematização do direito penal econômico em todo o mundo. Com o surgimento do neoliberalismo, a partir dos anos 50, os delitos penais econômicos passaram a representar, na Alemanha, meras infrações, punidas com a aplicação de multas administrativas. Os controles sobre a atividade econômica, no entanto, permaneceram sob a forma de limitações à formação de monopólios e de favorecimento às pequenas e médias empresas.

O mundo ocidental evoluiu nesse sentido e passou a defender a presença do Estado, numa espécie de relativização da economia liberal. Uma das formas de intervenção estatal se daria por meio da redução do nível de tributação, que elevaria a renda disponível e possibilitaria maior consumo, elevando o nível de emprego. No entanto, esses mecanismos de atuação do Estado não foram considerados, por Samuelson, tão eficientes quanto pregava a teoria keynesiana²⁹.

O economista Milton Friedman também teceu críticas à teoria keynesiana, por associar os efeitos das políticas fiscais expansionistas do governo – aumento de gastos públicos, redução de tributos, emissões de moeda ou obtenção de recursos por meio de empréstimos públicos – às consequências decorrentes dessas políticas, considerando-as prejudiciais para a economia.

28 "acto lesivo al interes del Estado por la integridad y conservación del sistema económico" RIGLI, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: AdHoc Vilella, 2000, p. 29.

29 SAMUELSON, Paul A. *Introdução à Análise Macroeconômica*. Volume 1. Rio de Janeiro: Agir, 1979, pp. 175 a 191.

No primeiro caso (aumento de gastos públicos e redução da carga tributária³⁰) o resultado seria uma elevação dos preços; no segundo, uma alta na taxa de juros remuneratória dos empréstimos pretendidos pelo Estado. A elevação de preços tornaria o aumento de renda fictício pois, em termos reais, a renda continuaria a mesma. Já a elevação da taxa de juros incentivaria a poupança e desestimularia o consumo, reduzindo a renda³¹. Milton Friedman pode ser considerado o legítimo defensor da economia de mercado, pós-Keynes. Entre suas lições, encontra-se a consciência de que a utilização de políticas fiscais e monetárias está longe de obter os resultados precisos preconizados por Keynes:

Na política fiscal, como na política monetária, postas de lado todas as considerações políticas, ainda não sabemos o suficiente para usar mudanças deliberadas nas taxas ou nas despesas como mecanismo de equilíbrio. Ao tentar fazer isso, quase certamente tornaremos as coisas piores. Tornamos as coisas piores, não por sermos perversos – isto seria facilmente corrigido adotando-se o método de fazer exatamente o contrário do que parece, à primeira vista, ser a coisa a fazer. Tornamos as coisas piores porque introduzimos uma perturbação que é simplesmente adicionada às demais perturbações.³²

Note-se que as teorias econômicas acima expostas representam, na verdade, uma luta pela manutenção do modo de produção capitalista, mantendo inviolados os direitos à propriedade privada, à herança, à busca pelo lucro e pela riqueza individual. Neste sentido se pronuncia Eros Roberto Grau, quando afirma que “a ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se qualifique como intervencionista, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo”³³.

Ressalte-se que o capitalismo, como estrutura do sistema econômico é, sem dúvida, a opção maximizadora da produção de

riqueza e, portanto, a maior garantia de preservação e perpetuação da espécie humana, até hoje conhecida. No entanto, este mesmo capitalismo possui características intrínsecas lamentáveis: é um sistema cujas bases são a desigualdade e o conflito e em que a maior parte das pessoas tem como único meio de sobrevivência a venda de sua força de trabalho, o que as leva a direcionar todos os seus interesses para o atendimento das necessidades do mercado. A propósito, costuma-se afirmar, jocosamente, que “o problema do sistema de lucro é que ele dá prejuízo à maioria das pessoas”.

As falhas do capitalismo foram apontadas por Fábio Nusdeo da seguinte forma:

- i) falha de origem física ou cultural: mobilidade de fatores; ii) falha de origem legal: acesso à informação; iii) falha de estrutura: concentração econômica; iv) falha de sinal: externalidades; e v) também falha de sinal, decorrente de uma falha de incentivo: suprimento dos bens coletivos³⁴.

Tais características do capitalismo não passaram despercebidas aos economistas citados acima. Preocupado com a questão da pobreza, Keynes dedicou um dos capítulos de sua Teoria Geral, que denominou de ‘Filosofia Social’, reconhecendo que os defeitos do capitalismo seriam “sua incapacidade para proporcionar o pleno emprego e sua arbitrária e desigual distribuição da riqueza e das rendas”³⁵.

Em relação à segunda questão, o economista recomenda a adoção da tributação direta – impostos sobre a renda e sobre as heranças. No entanto, não expõe como, exatamente, se estruturariam esses impostos, a fim de corrigir as distorções resultantes do processo econômico capitalista. Deteve-se mais em rebater os argumentos contra a tributação sobre a riqueza, até por saber que encontraria, entre os mais ricos, seus opositores.

30 O conceito de carga tributária corresponde ao do nível de fiscalidade, isto é, à proporção entre a parte do rendimento nacional que, através dos tributos, “é transferido das mãos dos particulares para o sector público”. PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. *Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 331.

31 FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, pp. 77 e 79.

32 FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 75.

33 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 1999, p. 57.

34 NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 166.

35 KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 245.

Tradicionalmente, contesta-se a elevação da imposição tributária sobre renda e patrimônio sob alegação de que é necessária alguma desigualdade social, visto que a poupança – que possibilita investimentos e acumulação de capital, e conseqüentemente, geração de novas riquezas – só ocorre a baixas propensões a consumir, viáveis apenas quando uma parcela da população é rica em relação aos demais. Dessa forma, os impostos sobre patrimônio, mais especificamente sobre heranças – que reduziram a desigualdade de distribuição de renda – seriam os responsáveis pela redução da riqueza de capital de um país. Keynes explica que, se o produto desses impostos for utilizado convenientemente, o efeito poderá ser revertido³⁶.

Também o economista liberal Milton Friedman deteve-se sobre a imperfeita distribuição dos frutos da riqueza gerada pelo capitalismo no século XX:

O extraordinário crescimento econômico dos países ocidentais nos dois últimos séculos e a ampla distribuição dos benefícios da empresa privada reduziram enormemente a extensão da pobreza, ... Mas a pobreza é, em parte, uma questão relativa, pois mesmo nesses países há pessoas vivendo em condições que nós todos denominamos pobreza³⁷.

Vilfredo Pareto, também defensor do liberalismo, definiu a eficiência do mercado como uma distribuição ótima de recursos. O denominado 'ótimo de Pareto' ocorre quando não é possível redistribuir recursos de forma que pelo menos um dos envolvidos tenha sua situação melhorada, sem que nenhum deles tenha sua situação piorada³⁸. O 'ótimo de Pareto' resultaria do funcionamento do mercado, sem intervenção do Estado, garantindo a maximização dos lucros, com

36 KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 246.

37 FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 171.

38 PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. São Paulo: Nova Cultural, 1987, pp. 187 a 204. Um exemplo esclarecedor do 'ótimo de Pareto' é encontrado na obra *Law and Economics*: suponha que A pretenda vender seu automóvel por \$ 10.000,00, mas aceite vendê-lo por até \$ 8.000,00; B deseja comprá-lo, oferecendo \$ 7.000,00, que poderá chegar a, no máximo, \$ 9.000,00. Há, neste exemplo, uma sequência de preços – entre \$ 8.000,00 e \$ 9.000,00 – que deixariam A e B satisfeitos com o negócio. A representação gráfica desses preços, versus o grau de satisfação dos envolvidos, é chamada de 'curva de contrato' e o 'ótimo de Pareto' é seu ponto de maximização, determinável matematicamente. Neste exemplo, o ponto 'ótimo' corresponderia ao preço de \$ 8.500,00. HARRISON, Jeffrey L. *Law and Economics*. St. Paul, Minn.: West Group, 2000, pp. 31 e 32.

minimização de custos.

Vilfredo Pareto faz parte de uma corrente de economistas que vem esclarecer a dissociação da economia e da ética. Segundo ele:

Erra-se, pois, redondamente, quando acusa quem estuda as ações econômicas – ou o *homo economicus* – de negligenciar ou mesmo de desdenhar as ações morais, religiosas, etc – isto é, o *homo ethicus*, o *homo religiosus*, etc - ; seria a mesma coisa que dizer que a geometria negligencia, desdenha as propriedades químicas dos corpos, suas propriedades físicas, etc. Comete-se o mesmo erro quando se acusa a Economia Política de não levar em conta a moral, como se acusássemos uma teoria sobre o jogo de xadrez de não levar em conta a arte culinária³⁹.

Mais recente, a 'teoria dos jogos', fundamenta o sucesso econômico do modo de produção capitalista em estratégias elaboradas por competidores, atuando no mercado livre de intervenções estatais, cada um deles visando à obtenção do melhor resultado. Pressupõe-se que o próprio mercado tratará de selecionar o concorrente mais eficiente. A teoria dos jogos também se define a-ética, visto que:

É importante recordar que a eficiência se refere a como atingir objetivos; ela não diz nada sobre quais deveriam ser esses objetivos. Dizer que o resultado do mercado é eficiente não significa dizer que o resultado é, necessariamente, desejável⁴⁰.

Em termos simplificados, eficiência significa a maximização do lucro, com minimização de custos. No entanto, sob ótica mais ampla, a eficiência econômica abrange três distintos aspectos: (i) o adequado volume de produção de bens e serviços a dados preços e nível de emprego; (ii) a ocorrência do 'ótimo de Pareto'⁴¹; e (iii) a verificação da eficiência de Kaldor-Hicks, isto é, a maximização da riqueza⁴².

39 PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 21.

40 KRUGMAN, Paul e WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2007, p. 283.

41 O 'ótimo de Pareto' ocorre quando não é possível redistribuir recursos de forma que pelo menos um dos envolvidos tenha sua situação melhorada, sem que nenhum deles tenha sua situação piorada. PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. São Paulo: Nova Cultural, 1987, pp. 187 a 204.

42 A eficiência de Kaldor-Hicks pressupõe que os indivíduos beneficiados com a política pública sentem-se suficientemente melhor, a ponto de compensar a sensação de piora daqueles que tiveram sua situação original atingida. HARRISON, Jeffrey L. *Law and Economics*. St. Paul, Minn.: West Group, 2000, pp. 29, 31, 34 e 35.

É utópico, portanto, pensar o capitalismo como um capitalismo justo. O mercado se rege por critérios de eficiência, não de justiça e igualdade. Ele é um "soberbo órgão de criação de riqueza, mas não um mecanismo competente de distribuição de renda"⁴³. Dados recentes mostram que um quarto da população mundial vive em pobreza absoluta, enquanto 15% da população foi responsável por 70% de toda a produção e consumo no planeta⁴⁴.

Por essa razão a intervenção estatal – por meio de políticas fiscais e monetárias – não é apenas necessária ao adequado funcionamento da economia mas também, e principalmente, imprescindível para a sobrevivência da sociedade e para a realização da justiça social. Como se verá adiante, a tributação é um dos mecanismos de adequação econômica e social. Em outras palavras, o sistema tributário faz parte do sistema econômico e sobre ele exerce influências, que podem e devem ser direcionadas, pelo Estado, no sentido de evitar o desemprego ou a inflação, de possibilitar a redistribuição de renda, a prestação de serviços públicos e realização de investimentos necessários ao desenvolvimento do país.

Assim, os tributos, antes de serem um mero meio de obtenção de recursos para engrandecer o patrimônio estatal, é item essencial à vida social e, portanto, é bem jurídico de titularidade não apenas do Estado mas de todos os cidadãos.

3 Especificidades do direito penal econômico e do direito penal tributário

Atualmente assiste-se a um processo de 'mundialização' do capital, que se caracteriza pela crescente concentração e livre mobilidade do capital financeiro. Esse processo possibilita maiores taxas de crescimento econômico, em razão da maior disponibilidade de poupança, maior eficiência nos investimentos, direcionando os recursos

43 MÉRQUIOR, José Guilherme. *A Natureza do processo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 55.

44 CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre Incentivos fiscais e globalização. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; e PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord.). *Incentivos Fiscais*. Questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal. São Paulo: MP, 2007, p. 192.

existentes para as oportunidades mais produtivas, maior disponibilidade de instrumentos para gerenciamento de riscos financeiros por parte de governos e empresas e mais facilidade de financiamento de déficits fiscais, já que os governos deixam de depender apenas dos mercados domésticos⁴⁵.

Essa modalidade de capital, por sua volatilidade, é capaz de ultrapassar todas as barreiras geográficas e políticas, no que se denomina de 'acumulação flexível'⁴⁶.

Por outro lado, nesse processo elevam-se os riscos macroeconômicos decorrentes da entrada ilimitada de capitais nas economias de países em desenvolvimento, afetando o mercado monetário e de bens e serviços, uma vez que a aplicação desses capitais ultrapassa o âmbito de cada um dos Estados nacionais.

Concluindo, o controle do mercado, antes ao alcance da regulação interna pelo Estado, inicialmente através de suas normas administrativas próprias, e posteriormente por meio de normas penais nacionais, tende a cumprir o prognóstico vislumbrado por Karl Marx: (i) a livre mobilidade dos capitais, o derrubamento efetivo de fronteiras com a intensificação da internacionalização dos investimentos; (ii) a concentração e centralização de capitais, passando às empresas transnacionais o poder de decidir, sem a intervenção do Estado, os rumos das economias nacionais⁴⁷.

A expansividade do direito penal, em matéria econômica é, sem dúvidas, consequência desse processo de 'mundialização' da economia. Consideram-se, assim, dois os principais fatores que impulsionaram, desde o fim da segunda guerra mundial e permanecem estimulando a expansão do direito penal econômico: a configuração de um Estado

45 YONEKURA, Sandra Yuri. Globalização financeira: aspectos positivos e negativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 263, 27 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutorina/texto.asp?id=5006>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

46 HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1990, p. 60.

47 DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia. A Alca e as principais implicações para o trabalho e a saúde dos trabalhadores. In: *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, 12/11/2003, 8(4), do Centro de Recursos Humanos e Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFBA, p. 877.

Social e a universalização das relações econômicas⁴⁸.

Em razão, justamente, do que se pode denominar de 'expansividade' do direito penal econômico, decorrem suas especificidades:

1. a dependência de circunstâncias históricas e geográficas;
2. a pertinência ao direito penal secundário;
3. a mutabilidade de interesses econômicos abrangidos pela tutela penal;
4. a tradicional natureza administrativa da regulação econômica;
5. a predominância de elementos que requerem juízos de valor nos tipos penais;
6. a interpretação da lei penal sob critérios econômicos;
7. a prescindibilidade do efetivo dano ao bem jurídico;
8. a exigência da especial intenção de obter de vantagem;
9. a titularidade transindividual dos bens jurídicos tutelados;
10. a conduta criminosa ser, essencialmente, uma atividade empresarial;
11. o reduzido grau de reprovação pessoal ao autor da conduta típica;
12. a efetividade do direito penal econômico ser, ela própria, um dos fatores de influência da atividade econômica;
13. a tendência universalizante da criminalidade econômica;
14. Dessa forma, pode-se concluir que a tributação compõe a ordem econômica e o correto funcionamento do sistema econômico requer o correto funcionamento do sistema tributário. É nesse contexto, portanto, que exsurge o dever de pagar tributos não vinculados como dever fundamental e solidário dos cidadãos. Tal dever deve ser, portanto, o objeto da proteção penal do crime de sonegação fiscal.

Reitere-se que os crimes econômicos possuem características peculiares, distinguindo-se dos delitos em geral pela tutela a um diversidade de bens jurídicos sujeitos a circunstâncias históricas e geográficas, de titularidade transindividual ou coletiva. Relevante ainda lembrar que o sujeito passivo desses crimes é, de forma imediata, a sociedade, e que seus sujeitos ativos são, em geral, um grupo organizado, de tendência transnacional e detentor de poderes econômicos.

48 SANTOS, André Teixeira dos. **O Crime de Fraude Fiscal**. Um contributo para a configuração do tipo objectivo de ilícito a partir do bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2009, p.18

Abstract

This article is result of studies carried out during the preparation of doctoral thesis in Criminal Law, intending to present the author's thinking about economic crime, with emphasis on the crime of tax evasion. The article discusses the economic regulation, initiated by a brief history of the development of economic criminal law from the First World War. Then they are exposed the main characteristics of economic criminal law, as the reliance on historical and geographical circumstances, the mutability of interests covered, the traditional administrative nature of economic regulation, the predominance of elements that require value judgments in the criminal types, the interpretation of criminal law under economic criteria, the

dispensability of actual harm, the special intent to obtain economic advantage, the transindividual protected interests, the criminal conduct be essentially a business activity, the low degree of reproach to the author's personal conduct, the economic effectiveness of the criminal law itself and, finally, the universalizing tendency of economic crime. We conclude, therefore, the correct functioning of the economic system, including in relation to taxation, justifies the maximum legal protection, which is criminal.

Keywords: Crime. Economic. Tax evasion.

ZONA DE ANOMIA NO "CAMPO" DE GUANTÁNAMO: REFLEXÕES SOBRE SOBERANIA E VIDA NUA NA "GUERRA CONTRA O TERROR"

Érico Bruno Galvão de Freitas

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB/CPC Marcato. Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires – UBA. Assessor Técnico-Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Professor de Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário Maurício de Nassau.

Resumo

Em abordagem fundamentada nas medidas emergências promulgadas pelo Poder Executivo dos Estados Unidos diante da autoproclamada "guerra contra o terror", mais especificamente, a prisão de Guantánamo e o tratamento aos prisioneiros denominados "combatentes inimigos", este trabalho terá por objetivo apresentar as aporias que norteiam essa zona de anomia, demonstrando que a invocação do estado de exceção tornou-se regra. Pretende-se, ainda, apresentar um pouco da história da relação dos dois

países envolvidos no conflito, buscando identificar sua origem e possíveis motivações, estabelecendo, por fim, um nexó de causalidade entre o que se apresenta como "terrorismo". As fontes de pesquisa foram as obras listadas nas referências e artigos postados na internet que proporcionaram, em parte, uma visão contextual e histórica do problema.

Palavras-chave: Guerra, Terrorismo, Estado de Exceção, Zona de anomia.

1 Introdução

Com o fim da 2ª guerra mundial, inicia-se uma tensão permanente entre os Estados Unidos e a extinta União Soviética que ficou historicamente conhecido como "Guerra Fria", pois, embora não houvesse um confronto direto entre os dois países, constantemente disputavam espaço para fazer prevalecer os conceitos ideológicos que representavam, quais sejam o capitalismo e o comunismo.

É nesse contexto que os norte-americanos estreitam o relacionamento com um grupo de milicianos do Afeganistão denominados *mujahidins*, os quais lutavam para resistir ao domínio soviético que havia imposto um regime severo que conflitava com os interesses dos grupos islâmicos.

Financiados pelo governo estaduniense, surge a organização fundamentalista extremista Al-Qaeda, que viria marcar o século XXI ao atingir o coração do capitalismo dentro do território ianque, até então considerado impenetrável, ocasionando o que ficou conhecido como os ataques as torres gêmeas de 11 de setembro de 2001.

A partir daí, os Estados Unidos autoproclamou uma guerra contra o "terror", com o intuito de proteger a segurança nacional e extirpar qualquer ameaça terroristas ao povo americano, fazendo uso, para tanto, de um conjunto de normas rígidas que suspenderam direitos fundamentais e permitia a captura de estrangeiros suspeitos de envolvimento com atos terroristas.

O presente trabalho abordará essa suposta guerra, analisando a origem histórica do conflito e sua evolução até o atentado de 11 de setembro, em seguida, analisaremos se tal ato, sob a ótica do direito internacional, corresponde a um ato de guerra ou a um ato de terrorismo.

Logo após realizaremos uma análise acerca da prisão de Guantánamo, apresentando a estrutura jurídica do território e a criação da base militar que, posteriormente, viria a se tornar uma prisão para aqueles suspeitos de integrarem grupos terroristas, onde os direitos constitucionais americanos não possuem vigência, caracterizando uma zona de anomia, equiparável aos campos de concentração nazistas.

Não obstante, evidenciaremos a natureza jurídica da figura do "combatente inimigo", nomenclatura dada pelo governo estaduniense aos presos por participação direta ou indireta na "guerra contra o terror", considerando aspectos legais atinentes e seu tratamento desproporcional.

Faremos também uma reflexão filosófica acerca do tratamento dado

aos prisioneiros de Guantánamo, tais como a incidência dos Direitos Humanos e da Convenção de Genebra de dos Direitos Internacionais Humanitários, fazendo, ainda, uma sincronia com os conceitos de vida nua e da biopolítica citados pelo filósofo italiano Giorgio Agamben.

Por fim, no último capítulo, iremos proceder com uma análise das leis promulgadas após os ataques, especialmente, as oriundas do Poder Executivo, demonstrando tratar-se de um nítido estado de exceção onde o soberano, representado pelo presidente dos Estados Unidos faz, uso do poder de decidir sobre a suspensão do direito para estabelecer a normalidade.

Aspectos como a teoria do estado de necessidade e dos "plenos poderes" também serão abordados no decorrer da pesquisa, observados como elementos justificadores da exceção, sendo confrontados com a zona de anomia que fora criada com os decretos emergenciais

A pesquisa em epígrafe, certamente, não esgota a matéria apresentada, nem tampouco se aprofunda no conjunto de pensamentos trazidos através da coleção *homo sacer* de Agamben, porém demonstra com clareza que a invocação do estado de exceção pelo soberano, característico do período da guerra mundial, cada vez mais vem se tornando a regra nos governos democráticos, de forma tal, que surge o questionamento se as leis internacionais ainda são detentoras de eficácia.

2 A "Guerra contra o terror"

2.1 Origem histórica do conflito

A fim de se estabelecer um marco delimitador no que se refere à origem da barbárie intitulada "guerra contra o terror", elegemos um conjunto de fatos ocorridos na década de 80, onde o governo dos Estados Unidos e o Talibã ainda eram aliados contra o regime comunista do Afeganistão, contudo, somente iremos nos ater aos aspectos históricos relevantes que os uniram e, conseqüentemente os afastaram, para evitar a redundância e o estudo de informações desnecessárias ao bojo da pesquisa.

Segundo relatos históricos¹, em 1978, ainda no auge da Guerra Fria, o regime stalinista executou diversas reformas no Afeganistão que atingia diretamente os interesses de alguns setores do país, dentre eles os dos religiosos. Diante desse contexto a CIA armou, financiou e incitou a luta destes grupos insatisfeitos contra o domínio comunista, sendo considerada tal luta uma *jihad* (guerra santa).

Com a associação da Fraternidade Muçumana e da Liga Mundial Muçulmana, passaram a ser recrutados e treinados jovens que se apresentavam com a intenção de compor um grupo de milicianos fundamentalistas denominados *mujahidins*. Estima-se que, somente entre os anos de 1980 e 1992, mais de 35.000 fundamentalistas islâmicos de 43 países juntaram-se aos milicianos afegãos e dentre esses recrutados, estava aquele que viria a ser o seu líder espiritual – Osama Bin Laden².

Já em 1986, Osama Bin Laden foi responsável pela construção, sob o financiamento da CIA, do complexo de túneis que iria servir como depósito de armas e, anos depois, seria usado como rota de fuga na guerra contra os EUA.

Após 14 anos de guerra civil os milicianos tomaram a cidade de Cabul, mas o novo governo era muito instável devido às constantes brigas internas pelo poder e, em 1994, enquanto ninguém conseguia uma vitória decisiva na manutenção do governo, surge um grupo ainda mais extremista chamado de Talibã³.

O Talibã, milícia originária do Paquistão, inicialmente, apresentou-se ao Afeganistão com uma proposta de paz, no entanto, em pouco tempo impôs o seu regime de opressão, determinando o fechamento das escolas femininas, o banimento das mulheres dos trabalhos fora do lar, a destruição de receptores de televisão, a cremação de bibliotecas e que os homens passassem a cultivar longas barbas⁴.

1 ZAYAR. *O Afeganistão, Bin Laden e a hipocrisia do Imperialismo Americano*. Tradução Odon Porto de Almeida, Paquistão, 2001. Disponível em: <http://www.marxist.com/languages/portuguese/afeg_zayar.html>. Acesso em: maio 2011.

2 *Ibidem*

3 *Ibidem*

4 *Ibidem*

Até 1997, os norte-americanos apoiaram irrestritamente o regime Talibã, sob a promessa de que uma empresa multinacional americana iria construir um oleoduto na Ásia Central através do Afeganistão, porém, como o Talibã não conseguiu derrotar a Aliança do Norte, os interesses americanos foram inviabilizados e, por isso, findou-se a relação de cumplicidade, tendo o governo americano bombardeado o Afeganistão, sobre o pretexto de agir em prol dos Direitos Humanos a fim de acabar com a opressão do regime imposto pelo Talibã⁵.

Daí em diante, Osama Bin Laden e sua organização fundamentalista Al-Qaeda, voltaram as atenções para o ocidente e, em 23 de fevereiro de 1998, em uma reunião realizada no campo de Khost, à Frente Islâmica Internacional lançou um manifesto anunciando a *jihad* (guerra santa) contra os Estados Unidos da América, tendo resultado um *fatwa* (decreto sagrado), onde era exaltado que matar americanos era dever de todos os muçumanos⁶.

Nesse contexto, dar-se-ia início a um conjunto de atentados que resultariam no famigerado ataque de 11 de setembro de 2001 e, em consequência, na reação americana que o considerou não um ato terrorista, mas sim um ato de guerra.

Desta maneira, resta evidenciado que o "terror" tantas vezes evocado pelos Estados Unidos nada mais é do que uma prática antiga, na qual o seu próprio governo financiou e incentivou durante anos, mas, que até o presente momento não o tinha experimentado contra si.

2.2 Ato de guerra e conflito armado

Os atentados ao *World Trade Center* e, mais especificamente, a reação do governo estaduniense que o considerou um ato de guerra, ascendeu uma discussão sobre o *status* jurídico do terrorismo e sua relação com as normas internacionais de Direitos Humanitários e a Convenção de Genebra.

5 *Ibidem*

6 *Ibidem*

Com efeito, o Direito Internacional Humanitário, também denominado Direito dos Conflitos Armados, veio para substituir o conjunto de normas anteriormente conhecidos como Direito de Guerra, bem como não se confunde com os Direitos Humanos, que nasceu na normativa internacional a partir da Carta das Nações Unidas de 1945⁷.

Dessa forma, o Direito Internacional Humanitário pode ser definido como sendo um conjunto de normas internacionais que se destinam, especialmente, a ser aplicadas nos conflitos armados, internacionais ou não, limitando, por razões humanitárias, os métodos e os meios utilizados pelas partes no confronto e protegendo as pessoas envolvidas direta e indiretamente no conflito. Esta definição é significativamente difundida por Mello, em sua obra *Direitos Humanos e Conflitos armados*, onde afirma a necessidade do reconhecimento dos direitos da humanidade em situações de crise⁸.

Entretanto, qual seria o conceito adequado para ato de guerra e qual seria sua distinção fundamental do que seria conflito armado?

Conceituar a guerra é uma tarefa árdua, havendo duas correntes doutrinárias em relação a este tipo de conflito que tentam identificar a sua essência existencial. *A priori*, existe a posição subjetivista, a qual defende, que para haver guerra, faz-se necessário o *animus beligerandi* (intenção de fazer guerra) por parte dos Estados envolvidos no conflito e, em contrapartida, há a posição objetivista, defendendo que a luta armada entre os Estados (atos de guerra), por si só, daria início ao conflito, independentemente da intenção⁹.

Desse modo, o ato de guerra poderia ser identificado como um conflito entre Estados, que, necessariamente, deverão possuir uma organização militar e uma estrutura de comando, já o conflito armado poderia ser ou não uma guerra, visto que aventa a possibilidade de

7 SWINARSKI, Christophe. *Direito Internacional Humanitário como sistema de pretensão internacional da pessoa humana: princípios, noções e institutos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 30 e 87.

8 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 135.

9 *ibidem*, p. 1456.

ocorrer, por exemplo, um conflito entre um Estado e um grupo rebelde desterritorializado movido por aspectos teológicos.

Assim, podemos concluir que toda guerra é um conflito armado, mas nem todo conflito armado é uma guerra.

Quanto aos atos terroristas, segundo o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, a motivação que deu origem a ação é irrelevante, pois, os atos terroristas cometidos fora de um conflito armado incumbem ao direito nacional e ao direito internacional e não ao direito de guerra¹⁰.

Segundo tal comitê, um ato terrorista não pode ser considerado um ato de guerra, já que não envolvem Estados nem tampouco há uma organização militar, ainda que o grupo extremista acredite estar lutando pelo seu país.

Nesse sentido, o referido comitê é ainda mais categórico:

El "terrorismo" es un fenómeno. Tanto en la práctica como en el plano jurídico, no se puede librar una guerra contra un fenómeno. Sólo es posible combatir contra una parte identificable en un conflicto armado. Por estas razones, sería más apropiado hablar de "lucha contra el terrorismo", lucha que adopta múltiples facetas, que de "guerra contra el terrorismo".¹¹

Como se vê, muito embora o grupo que ocasionou os atentados de 11 de setembro de 2001 acredite esta em guerra contra os Estados Unidos, ou melhor, em uma *jihād* (guerra santa), estes não representam a sua nação, mas sim uma ideologia.

Tal pensamento é compartilhado pelo especialista francês Michael Strauss, professor de Relações Internacionais do *Centre d'Études Diplomatiques et Stratégiques de Paris* e autor do livro *The Leasing of Guantánamo Bay*:

A lei humanitária internacional, que é efetivamente o nome moderno para a lei de guerra e inclui as Convenções de Genebra e outros ele-

10 Comité International de La Cruz Roja. *Derecho Internacional humanitario y terrorismo: respuestas a preguntas claves*. Buenos Aires, 2011. Disponível em: <<http://www.icrc.org/web/spa/sitepa0.nsf/html/SYYQG4>>. Acessado em: maio 2011

11 *ibidem*

mentos da lei internacional, evoluiu, principalmente, para lidar com as ações de Estados quanto a combatentes e civis de outros Estados. Eu argumento no meu livro que os Estados Unidos entraram em território desconhecido porque surgiu uma situação na qual não estão lutando contra outro exército formal, financiado por outro Estado. Os inimigos podem até acreditar que estão lutando por isso, mas formalmente não representam os Estados que talvez os financiem. Representam uma ideologia, uma crença. Portanto, a luta é contra um combatente que não representa um Estado.¹²

Os direitos dos terroristas devem ser reconhecidos mesmo em um conflito armado, esse é a sustentação do famoso jurista Kai Ambos contra a execução de Bin Laden em um recente artigo publicado no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, onde também ataca a falsa retórica de uma "guerra contra o terrorismo", vejamos:

Na guerra, isto é, no "conflito armado" no sentido do direito internacional humanitário, a situação jurídica se apresenta de forma diferente. Pois aí os homens podem ser mortos quando e na medida em que eles participarem ativa e diretamente de hostilidades. No conflito internacional suspende-se a proibição de matar pelos combatentes e no conflito armado não-internacional pelos combatentes *de facto*. Estes também podem ser mortos de maneira seletiva em determinadas condições nas quais se deve assegurar particularmente a proporcionalidade (...). A admissibilidade de um assassinato seletivo, no entanto, não é possível pelo fato de que os Estados Unidos da América – ao contrário da falsa retórica da "guerra contra o terrorismo" – não se encontra em um conflito armado com a Al Qaeda. Uma rede terrorista organizada descentralizada e desarticulada não preenche os pressupostos de uma parte e conflito no sentido do direito internacional humanitário. Falta-lhe, antes de tudo, uma estrutura de comando militar hierarquizada e centralizada, além do controle por um determinado setor (...).¹³

Sendo assim, o ato de terrorismo não pode ser equiparado a um

12 CARTA, Gianni. **Na cegueira da "Guerra ao Terror"**, Revista Carta Capital, 2011. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/internacional/na-cegueira-da-Ne2%80%9cguerra-ao-terror%e2%80%9d-2-> Acesso em: maio 2011

13 AMBOS, Kai. **Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não devia ter sido executado – nem mesmo em um conflito armado**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, ano 19, nº 223, Jun. 2011, p. 02.

ato de guerra, e, nesse caso, devem vigorar todos os direitos e garantias fundamentais daqueles que por ventura tenham envolvimento nesta espécie de crime, tais como o direito a dignidade humana e a um julgamento justo. Ademais, mesmo que se chegasse ao consenso de que os responsáveis por atos terroristas são prisioneiros de guerra, ainda assim estariam amparados pelas normas de Direito Internacional Humanitário e a pela Convenção de Genebra.

2.3 Guantánamo e a figura do "Combatente Inimigo"

A baía naval de Guantánamo encontra-se localizada em Cuba e, desde 1903, está sob a posse dos Estados Unidos, através de um acordo, o qual a transformou em uma base militar e, posteriormente, em uma estratégica prisão para os interesses políticos decorrentes da "Guerra contra o Terror".

Trata-se de um território com uma dicotomia intrigante, pois de um lado Cuba detém a soberania de direito sobre Guantánamo, já que a baía integra o seu território, e do outro os americanos detém a soberania de fato, já que a pode utilizar como bem entender.

Vale ressaltar que essa ausência de soberania legal é um dos argumentos apresentados pelo governo americano na tentativa de justificar a não aplicação da Constituição Americana aos detentos de Guantánamo.

Para Strauss essa é a principal razão pela escolha da baía para receber os presos da "Guerra contra o Terror":

Essa foi a razão principal para a escolha da prisão em Guantánamo. Os Estados Unidos teriam jurisdição e controle sobre o território, mas não soberania. Para resumir, onde os norte-americanos são soberanos o seu sistema legal aplica-se completamente. E onde têm jurisdição, mas não soberanos, o seu sistema legal aplica-se apenas parcialmente (...).¹⁴

De fato, Guantánamo representa muito mais do que uma simples prisão, na verdade, é o símbolo do desrespeito às normas internacionais

14 *Ibidem*.

e a personificação do soberano idealizado por Carl Schmitt, como aquele que está fora e dentro do ordenamento jurídico e a quem compete decidir sobre o estado de exceção¹⁵, *in verbis*:

*Poco importa, ciertamente, desde el punto de vista técnico o práctico, que se acepte o no por bueno el esquema abstracto en que se fija La definición de la soberanía (soberanía es poder supremo y originario de mandar), generalmente y, sin duda alguna en la historia de la soberanía, no se disputa un concepto como tal concepto. Se disputa sobre su aplicación concreta, es decir, quién sea el llamado a decidir en caso de conflicto, en qué estriba el interés público y del Estado, la seguridad y el orden público (...).*¹⁶

O governo americano, sob a escusa de combater o terrorismo, gradativamente, desde os atentados de 11 de setembro de 2001, atribuiu poderes supremos ao Poder Executivo que passou a suspender direitos fundamentais de qualquer pessoa que tenha envolvimento direto ou indireto com hostilidades que atentem contra a integridade da nação norte-americana.

Tal atitude implica na legitimação de espaços de exceção, criando uma “guerra preventiva”, sem a ameaça de ataque iminente, e a criação da figura do “inimigo absoluto” encarnado na figura do terrorismo teológico-político.

A fim de coibir qualquer obstáculo na luta contra o “terror”, a baía de Guantánamo tornou-se um campo de concentração, um local onde as normas constitucionais e suas garantias fundamentais não são aplicadas, assemelhando-se consideravelmente com os campos de concentração nazistas.

De mais a mais, não seria excesso afirmar que os presos de Guantánamo estão em uma situação ainda pior do que as dos judeus nos campos nazistas, pois estes, ainda que a experiência vivida seja intestemunhável, reduzindo-os a figura do *Muselman* (morto vivo), mesmo assim era reconhecida a sua identidade de judeu, ainda que

15 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer I. El poder soberano e la vida nuda*. Pré-Textos, Valência, 1998, p. 27.

16 SCHMITT, Carl. *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*. Buenos Aires, Editorial Struhart & Cia, 2005, p. 24.

soubessem que, em *Auschwitz*, não morreriam como judeu¹⁷.

Guantánamo abriga qualquer indivíduo suspeito de por em perigo a segurança nacional dos Estados Unidos, essas pessoas são denominadas pelo governo norte-americano como “combatentes inimigos”, entretanto, por não se equipararem a prisioneiros de guerra, nem sequer acusados de crimes específicos, surge assim, um ser juridicamente inominável e inclassificável, chamado pelo filósofo Giorgio Agamben de *detainees*, vejamos:

A novidade da “ordem” do presidente Bush está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável. Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de POW [prisioneiro de guerra] de acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as leis norte-americanas. Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas *detainees*, são objeto de uma pura denominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário. A única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus nos Lager nazistas: juntamente com a cidadania, haviam perdido toda a identidade jurídica, mas conservaram pelo menos a identidade de judeus. Como Judith Butler mostrou claramente, no *detainee* de Guantánamo a vida nua atinge sua máxima indeterminação.¹⁸

Os presos de Guantánamo são o *homo sacer* em sua vida nua, representam indivíduos que, embora vivos, morreram socialmente, assemelhando-se ao homem sagrado do direito romano em que a biopolítica (o poder soberano sobre a vida) toma para si sua existência.

Michel Foucault há muito já se questionava acerca do direito soberano sobre a vida de seus súditos, mormente quando estes se insurgiam contra o poder estatal, pondo em perigo sua própria existência:

17 AGAMBEN, Giorgio. *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo sacer III*. Pré-Textos, Valência, 2002, p.47.

18 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II, 1*. São Paulo: Boitempo, 2004, p.14-15.

*Durante mucho tiempo, uno de los privilegios característicos del poder soberano fue el derecho de vida y muerte. (...) Desde el soberano hasta sus súbditos, ya no se conoce que tal privilegio se ejerza en lo absoluto e incondicionalmente, sino en los únicos casos en que el soberano se encuentra expuesto en su existencia misma: una especie de derecho de réplica. (...) Pero si es uno de sus súbditos el que se levanta contra él, entonces el soberano puede ejercer sobre ellos un derecho directo: a título de castigo, lo matará. (...) De todos modos, el derecho de vida y muerte, tanto en esa forma moderna, relativa y limitada, como en su antigua forma absoluta, es un derecho asimétrico. (...) El derecho que se formula como "de vida y muerte" es en realidad el derecho de hacer morir o de dejar vivir. (...)*¹⁹

O "combatente inimigo" surge como uma terminologia criada para justificar o injustificável, onde, na verdade, o que existe é um nítido estado de exceção autoproclamado pelo governo norte-americano, que se intitula o protetor da paz e da democracia mundial, no entanto, o que se tem demonstrado é que cada vez mais os americanos tem se afastado dos preceitos democráticos e humanos propostos no pós 2ª Guerra Mundial.

O estandarte dessa atrocidade jurídica e a personificação do *homo sacer* aganberiano é o próprio Bin Laden, sua execução sumária, sem o devido processo legal e sob o frágil argumento estaduniense de servir à Justiça, ofende aos alicerces do Direito Internacional e evidenciam o nítido estado de exceção invocado sob a égide da "guerra contra o terrorismo".

Kai Ambos é enfático ao afirmar que os terroristas são sujeitos de direitos, mesmo em um estado de exceção:

Os terroristas, também Osama Bin Laden, são seres humanos. Como tais, eles são detentores de direitos humanos. Entre esses, encontram-se também o direito à vida, a um tratamento humano e a um processo penal justo. Os direitos humanos fundamentais vigem também em um estado de exceção. (...) Um Estado de Direito trata também os seus inimigos com humanidade. Ele prende os terroristas e os leva a julgamento. Exatamente como Alemanha fez com a Fração do Exército Verme-

lho (RAF), e hoje faz com a Al Qaeda (...), ainda que se queira aceitar um conflito armado entre os Estados Unidos e a Al Qaeda, somente aquelas pessoas que tivessem participado diretamente das hostilidades poderiam ser alvos de ataques militares. (...) no caso Bin Laden, não é algo certo, porque, segundo a opinião de muitos, nos últimos anos, ele era tão só líder espiritual da Al Qaeda, sem influência sobre operações militares.²⁰

Diferentemente do que muitos pensam, as Resoluções do Conselho de Segurança da ONU sobre o combate ao terrorismo internacional, particularmente à Al Qaeda, não autorizam as prisões ou assassinatos, como o de Bin Laden, em territórios estrangeiros, por constituir uma lesão à soberania.

3 Zona de anomia: a aporia da "Military Order"

Em 13 de novembro de 2001, o então presidente dos Estados Unidos, George W. Bush, como resposta aos atentados de 11 de setembro, promulgou um decreto que ficou conhecido como o "military order", onde autorizava detenções por tempo indeterminado e processos perante comissões militares dos cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas²¹.

Com este decreto, os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Americana foram suspensos em detrimento da segurança nacional, dando-se início a um nítido estado de exceção, em que o poder soberano de Schmitt, aqui representado pelo Poder Executivo norte-americano, utilizou-se da sua prerrogativa de decidir acerca da vida de seus cidadãos.

Com a suspensão dos direitos civis, surge o que Agamben define como uma zona de anomia, onde a suspensão do direito garante a própria aplicação da norma, sendo que tal indiferença as leis vigentes é o que se entende por exceção²².

20. AMBOS, Kai. Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não devia ter sido executado - nem mesmo em um conflito armado. Op. cit., p. 02.

21. AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Homo sacer II, 1. São Paulo: Boitempo, 2004, p.14.

22. *Ibidem*, p. 63.

19. FOUCAULT, Michel. La voluntad de saber, tomo I de Historia de la sexualidad. Buenos Aires, Siglo XXI, 2002, p. 163-164.

Contudo, o estado de exceção criado pela pretensa "Guerra ao Terror" ultrapassou os limites territoriais americanos e tornou-se uma questão global, pois, com a promulgação pelo Senado norte-americano, em 26 de outubro de 2001, do famigerado *USA Patriot Act*, passou-se a permitir a manutenção da prisão de estrangeiros suspeitos em atividades que ponham em perigo a segurança nacional dos Estados Unidos.²³

O que se testemunhou após tal ato, foi uma sequência grotesca de capturas e invasões territoriais, onde foi encarcerada toda e qualquer pessoa que o governo suspeitasse/imaginasse ter envolvimento com organizações terroristas.

A perigosa comunhão da *Military Order* com o *Patriot Act* foi o marco inicial para a criação do campo de Guantánamo como símbolo do desrespeito as leis nacionais e internacionais, também contribuído pela sua localização estratégica, afastada da soberania americana para os seus cidadãos e da Convenção de Genebra para os estrangeiros. José María Gómez também corrobora esse entendimento:

O novo século inicia-se como nome de Guantánamo convertido no símbolo mais emblemático de violações de desprezo ao regime internacional de direitos humanos e de direito humanitário construído nos últimos sessenta anos. Em sua origem encontra-se a autoproclamada "guerra contra o terror", criada pelo governo dos Estados Unidos, junto as duas guerras reais contra Estados fracos e uma proliferação incessante de medidas e dispositivos de segurança, em resposta aos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. O fato fundamental é que, desde janeiro de 2002, 775 pessoas, de mais de trinta nacionalidades procedentes de cerca de dez países (Afeganistão, Bósnia-Herzegovina, Egito, Emirados Árabes Unidos, Gâmbia, Indonésia, Mauritânia, Paquistão, Tailândia e Zâmbia), permaneceram detidas na base militar estadunidense da Baía de Guantánamo, sem acusações formais, sem julgamento justo e sob condições cruéis e desumanas de confinamento.²⁴

23 *Ibidem*, p. 14.

24 GÓMEZ, José María. *Soberania Imperial, Espaços de Exceção e o Campo de Guantánamo. Desterritorialização e Confinamento na "Guerra contra o Terror"*. Revista Contexto Internacional, Rio de Janeiro, vol. 30, nº 2, maio/agosto 2008, p. 268.

Definir a situação jurídica de Guantánamo não é uma tarefa fácil, tudo que se refere à prisão dos "combatentes inimigos" é nebuloso e excepcional, tanto o é, que, ainda em dezembro de 2001, o Departamento de Justiça enviou um memorando ao Pentágono, recomendando que os Tribunais Federais não fossem autorizados a examinar e julgar pedidos de *habeas corpus* apresentados por "estrangeiros inimigos" detidos em Guantánamo, sob o argumento de que a baía não é território americano, mas sim uma possessão militar.²⁵

Em janeiro de 2002 começam a chegar os primeiros prisioneiros de Guantánamo e, ainda nesse mesmo mês, o assessor da Casa Branca, Alberto Gonzáles, diante dos questionamentos que começavam a ser levantados sobre a legalidade das medidas, aconselhou o presidente a não aplicar as Convenções de Genebra no caso dos capturados no Afeganistão, a fim de impedir futuros processos das tropas e agentes de inteligência, em virtude da Lei de Crimes de Guerra dos EUA, que incorpora e penaliza violações ao art. 3º da Convenção de Genebra.²⁶

Duas semanas depois o presidente Bush assina um memorando que estabelece que nenhum detento integrante do Talibá ou membro da Al-Qaeda será considerado prisioneiro de guerra, não se aplicando, portanto, o art. 3º da Convenção de Genebra, que proíbe a tortura, os maus tratos e garante um julgamento justo, abrindo, assim, o caminho para o que posteriormente viria a ser denominado pelo governo estadunidense de "combatente inimigo".²⁷

A atitude imediatista do presidente dos Estados Unidos assemelha-se bastante com o que o jurista sueco Herbert Tingsten, em sua obra *Les pleins pouvoirs: l'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*, de 1934, considerou como sendo leis de "plenos poderes":

Entendemos por leis de plenos poderes aquelas por meio das quais se atribui ao executivo um poder de regulamentação excepcionalmente

25 *Ibidem*, p. 271.

26 *Ibidem*, p. 63.

27 *Ibidem*, p. 63.

amplo, em particular o poder de modificar e de anular, por decretos, as leis em vigor.²⁸

No entanto, Agamben alerta que o referido autor deu-se conta que o uso provisório e controlado dos plenos poderes seria compatível com as constituições democráticas, mas “um exercício sistemático e regular do instituto leva necessariamente à liquidação da democracia”²⁹, e mais, antecipa o que, para ele, representa o estado de exceção:

A expressão “plenos poderes” (*pleni potestas*), com que, às vezes se caracteriza o estado de exceção, refere-se à ampliação dos poderes governamentais e, particularmente, à atribuição ao executivo do poder de promulgar decretos com força-de-lei. Deriva da noção de *plenitudo potestas*, elaborada no verdadeiro laboratório da terminologia jurídica moderna do direito público, o direito canônico. O pressuposto aqui é que o estado de exceção implica um retorno original “pleromático” em que ainda não se deu a distinção entre os diversos poderes (legislativos, executivos, etc.). Como veremos, o estado de exceção constitui muito mais um estado “kenomático”, um vazio de direito (...). Em todo caso, a expressão “plenos poderes” define uma das possíveis modalidades de ação do poder executivo durante o estado de exceção, mas não coincide com ele.³⁰

Dando continuidade a “Guerra contra o Terror”, em dezembro de 2002, Donald Rumsfeld aprovava o uso discricionário de diversas técnicas de interrogatório em Guantánamo, tais como encapuzar e desnudar os presos, isolamento prolongado, privação sensorial, permanência em posturas dolorosas, simulação de afogamento, utilização de cães para induzir o estresse, além de sistemáticas humilhações discriminatórias de caráter sexual e religioso.³¹

Percebe-se, nesse contexto, a exaltação da vida nua dominada pelo poder biopolítico, onde o Estado apoderou-se não só da vida,

28 TINGSTEN, Herbert apud AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II, 1*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 18-19.

29 *Ibidem*, p. 19.

30 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II, 1*. Op. cit., p. 17.

31 GÓMEZ, José María. *Soberania Imperial, Espaços de Exceção e o Campo de Guantánamo* Op. cit., p. 273.

mas da alma daqueles que estão sob a sua custódia e responsabilidade, contrariando todos os princípios do devido processo legal e dos Direitos Humanos.

O combate aos “estrangeiros inimigos” pelo governo estaduniense não encontra limites, tal paradigma de governo já fora apresentado por Rossiter em 1948, no seu livro *Constitutional Dictatorship: crisis government in the modern democracies*, onde o estado de exceção se apresenta sob a nomenclatura de ditadura constitucional:

Em tempos de crises, o governo constitucional deve ser alterado por meio de qualquer medida necessária pra neutralizar o perigo e restaurar a situação normal. Essa alteração implica, inevitavelmente, um governo mais forte, ou seja, o governo terá mais poder e os cidadãos mais direitos.³²

Rossiter estava profetizando uma realidade atual, pois já alertava, naquela época, sobre o perigo do estado de exceção tornar-se regra: “Na era atômica em que o mundo agora entra, é provável que o uso dos poderes de emergência constitucional se torne a regra e não a exceção”³³, afirmando ainda mais:

Descrevendo os governos de emergências nas democracias ocidentais, este livro pode ter dado a impressão de que as técnicas de governo, como a ditadura do executivo, a delegação dos poderes legislativos e a legislação por meio de decretos administrativos, sejam por natureza puramente transitórias e temporárias. Tal impressão seria certamente enganosa [...]. Os instrumentos de governo descritos aqui como dispositivos temporários de crise tornaram-se em alguns países, e podem tornar-se em todos, instituições duradouras mesmo em tempo de paz.³⁴

Um fundamento constante do governo estaduniense para justificar a “Guerra contra o Terror” e as prisões/capturas das pessoas suspeitas de envolvimento em organizações terroristas, é a necessidade de proteger a

32 ROSSITER, C. L. apud AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II, 1*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 18-19.

33 *Ibidem*, p. 21.

34 *Ibidem*, p. 21-22.

segurança nacional.

A relação estreita entre estado de exceção e estado necessidade já foi muito questionado pelos estudiosos. A suspensão do direito para combater um mal iminente ou passado é um recurso corriqueira daqueles que pretendem evocar o poder soberano.

Marcelo Raffin em sua obra *La experiencia del horror* enfrenta o problema da ação frente ao horror, identificado como sendo o "mal radical":

La pregunta que plantea el mal radical vuelve siempre, una y otra vez: ¿qué hacer frente al horror? Pese a que hay respuesta definitiva al problema, el modo mismo en que es planteado y se sitúa ante nosotros, escoge, em cierta manera, una impulsión a la acción, un movimiento del agente: el mal radical lleva a una reafirmación de los valores negados o a su aniquilamiento definitivo. (...) Uno de los problemas que se derivan del tratamiento del mal radical, en cierta forma, su reverso, es aquel que el discurso jurídico designa como "justicia retroactiva", no para insistir en una redundancia semántica, sino para indicar los casos de justicia ex post facto. El problema de la "justicia retroactiva" pone en juego claramente la legitimidad de los principios de la justicia y del enjuiciamiento y nos sumerge de entrada en el problema del juicio.³⁵

Raffin termina o seu raciocínio complementando:

De ahí que el mal sea, por naturaleza, irremediable. Por ello mismo constituye una aporía, por más que realicemos acciones para reafirmar los valores negados, el mal, em sentido absoluto, nunca tiene remedio. Remite al carácter central de la tragedia o bien esta remite a la quintaesencia del mal.³⁶

Notoriamente o autor esta se referindo as ditaduras da América do Sul, no entanto, as justificativas para a imposição do poder, tais como o combate a um mal passado, por analogia, pode ser interpretado, da mesma forma, ao mal que gerou a "Guerra contra o Terror", mais especificamente, os atos de terrorismo.

Combater o mal/terror seria, portanto, a necessidade que

35 RAFFIN, Marcelo. *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 202.

36 *Ibidem*, p. 204.

embasaria o estado de exceção e, por conseguinte, a suspensão dos direitos individuais enquanto durasse a "guerra". A necessidade como parâmetro justificativo do soberano nos remete a tempos remotos, tais como o direito romano.

Graciano, no *Decretum* já se referia ao princípio de que *necessitas legem non habet* (a necessidade não tem lei), onde parece atribuir à necessidade o poder de tornar lícito o ilícito, tratando-a "como justificativa para uma transgressão em caso específico por meio da exceção".³⁷

Tal princípio foi comentado por Tomás de Aquino na *Summa theologica* ao tratar do poder do príncipe de dispensar a lei, sendo tal teoria da necessidade, na verdade, semelhante à teoria da exceção, pois permite que um caso particular escape à obrigação da observância da lei:

Se a observância literal da lei não implicar um perigo imediato ao qual seja preciso opor-se imediatamente, não está no poder de qualquer homem interpretar que coisa é útil ou prejudicial à cidade; isso é competência exclusiva do príncipe que, num caso do gênero, tem autoridade para dispensar a lei. Porém, se houver perigo iminente, a respeito do qual não haja tempo para recorrer a um superior, a própria necessidade traz consigo a dispensa, porque a necessidade não está sujeita à lei.³⁸

Por outro lado, a teoria da necessidade, como fundamento para a não observância da lei encontra resistência, Ballardore-Palliere ao comentar o assunto em seu livro *Diritto Costituzionale* (1970), afirma que a própria natureza da necessidade impede a sua utilização como justificativa para a exceção, pois, contrariamente ao que muitos pensam, a necessidade não é uma situação objetiva, que deve simplesmente ser reconhecida, mas sim um juízo subjetivo onde o soberano é quem define o que é ou não necessário ou excepcional, *in verbis*:

O conceito de necessidade é totalmente subjetivo, relativo ao objetivo que se quer atingir. Será possível dizer que a necessidade impõe a

37 GRACIANO apud AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II, 1*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 40.

38 AQUINO, Tomás de apud AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II, 1*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 41.

promulgação de uma dada norma, porque, de outro modo, a ordem jurídica existente corre o risco de se desmoronar; mas é preciso, então, estar de acordo quanto ao fato de que a ordem existente deve ser conservada. Um movimento revolucionário poderá declarar a necessidade de uma nova norma, abolindo os institutos vigentes contrários às normas vigentes contrárias às novas exigências; mas é preciso estar de acordo quanto ao fato de que a ordem existente deve ser derrubada, em conformidade com essas novas exigências [...] o recurso à necessidade implica uma avaliação moral ou política (ou, de toda forma, extrajurídica) pela qual se julga a ordem jurídica e se considera que é digna de ser conservada e fortalecida, ainda que à custa de sua eventual violação (...).³⁹

Desta forma, a decisão do presidente dos Estados Unidos de invocar um estado de exceção, suprimindo direitos fundamentais, para se buscar a derrota ao "terror", estaria justificada na teoria da necessidade e, assim, o campo de Guantánamo seria um meio para o fim inteiramente legítimo.

Porém, Agamben ao concluir sua pesquisa entende o que reputamos correto, que o estado de exceção é um espaço vazio do direito, o qual, embora possua algumas semelhanças, não se confunde com a teoria da necessidade, assemelhando-se muito mais com a figura do *instium* do direito romano, segundo o autor:

O estado de exceção não é uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas. Portanto, são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao direito, o que se dá com a teoria da necessidade como fonte jurídica originária, e com a que vê no estado de exceção o exercício de um direito do Estado à própria defesa ou a restauração de um originário estado pleromático do direito (os "plenos poderes"). Mas igualmente falaciosas são as doutrinas que, como a de Schmitt, tentam inscrever indiretamente o estado de exceção num contexto jurídico (...). O estado de necessidade não é um "estado do

39 BALLADORE-PALLERI apud AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II*, 1. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 41.

direito", mas um espaço sem direito (mesmo não sendo um estado de natureza, mas se apresenta como a anomia que resulta da suspensão do direito).⁴⁰

Não há como se afirmar que as atrocidades cometidas em nome da "Guerra contra o Terror" estão juridicamente amparadas, nos parece que o entendimento do filósofo italiano é o que melhor enfrenta a aporia do estado de exceção, ao identificá-lo como uma zona de anomia, onde o direito encontra-se, estrategicamente, suspenso como validade a própria aplicação da norma.

Inquestionável é a importância de a norma salvaguardar a sua aplicação, mas o perigo de uma biopolítica em que a vida dos seus cidadãos é menosprezada ao ponto de perder a própria identidade, a nosso ver, não se apresenta como um fundamento de existência do direito.

Entretanto, a aporia do estado de exceção sempre estará sujeita a novas teorias, afinal, "A tarefa essencial de uma teoria não é apenas esclarecer a natureza jurídica ou não do estado de exceção, mas principalmente, definir o sentido, o lugar e as formas de sua relação com o direito".⁴¹

4 Conclusões

Ante o exposto e considerando o que foi apresentado podemos concluir que diferentemente dos argumentos apresentado pelo Poder Executivo dos Estados Unidos não há uma guerra contra o "terror", posto que o grupo terrorista responsável pelo ataque de 11 de setembro não é um Estado formal, nem tampouco representa ou é financiado por uma nação.

O que se percebe é um conflito armado, movido por uma questão teológico-político, que por um aspecto jurídico, impossibilita a declaração de uma guerra, principalmente se considerarmos o terrorismo

40 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II*, 1. Op. cit., p. 78-79.

41 *Ibidem*, p. 80.

como um fenômeno, pois, é impossível guerrear com um fenômeno.

Contudo, há de se reconhecer que é bastante propício e útil chamar tal conflito de guerra, seja pelo aspecto do *marketing* pessoal, denotando uma imagem de salvador da paz, seja pelo aspecto diplomático, já que justifica uma intervenção militar e invasora no território inimigo, mas a questão que cerca essa atitude é fundamental. Qual é o território inimigo?

Com a globalização o conceito de território não é mais o mesmo do pré guerra mundial, desse modo, inexitem limites para a atuação dos ditames jurídicos dos decretos presidenciais e do Ato Patriota promulgado pelo Senado americano, o qual possibilita que qualquer indivíduo do planeta pode ser considerado uma ameaça para a segurança nacional dos Estados Unidos e ter a sua liberdade tolhida dentro do seu próprio país e levado para Guantánamo.

Restou demonstrado, também, em nossos estudos que a baía de Guantánamo é uma zona de anomia, onde existe um vazio de direitos, um espaço vácuo onde há uma suspensão das normas, entretanto, é inconcebível que não se permita a incidência dos Direitos Humanos, e, mesmo que se considere um prisioneiro de guerra, a aplicação da Convenção de Genebra.

O estado de exceção é a morte da democracia, os norte-americanos agindo por um impulso e por um medo incessante de atos terroristas, colocam em evidência todas as premissas constitucionais a que tanto se orgulham.

Inegável é o direito que tal nação tem de se defender das ameaças que a cercam, porém não será desrespeitando os direitos individuais e as normas internacionais que será resolvido a problemática, pelo contrário, com isso ele alimenta uma emblemática hipótese: a necessidade, como elemento subjetivo que é, pode ser invocada por uma nação soberana ao ponto de ignorar a soberania dos demais países? Ao nosso ver parece que não.

O século XXI iniciou-se com uma crescente união entre países, reconhecendo um fenômeno que há tempos os une, a globalização, para se manter esse sistema funcionando, é salutar que sejam respeitadas os tratados assinados e as normas humanitárias.

O controle da ordem mundial em detrimento do caos está diretamente ligado a racionalidade e a equidade das decisões do soberano. Retrogrado é o pensar que para a manutenção da norma está deve deixar de existir. Em uma época em que toda decisão traz consigo repercussões extraterritoriais, o poder de decidir deve ser colegiado entre sujeitos signatários.

Não há como a humanidade progredir com Guantánamo em funcionamento, não somente pelo sofrimento que proporciona, mas, principalmente, pela simbologia que representa: *Auschwitz* ainda vive!

Zone of anomie in Guantanamo's "field": reflections on sovereignty and naked life in the "war against the terror"

Abstract

In boarding based on the measures emergencies promulgated for the Executive of the United States ahead of the self-defined "war against the terror", more specifically, the prison of Guantánamo and the treatment to the called prisoners "combatant enemies", this work will have for objective to present the conditions that guide this zone of anomie, being demonstrated that the invocation of the exception state became rule it is intended, still, to present a little of the history of the relation of the

two involved countries in the conflict, searching to identify to its origin and possible motivations, establishing, finally, the cause between what it is presented as "terrorism". The research sources had been the workmanships listed in the references and articles postados in the Internet that they had provided, in part, a contextual and historical vision of the problem.

Keywords: War. Terrorism. Exception state. Zone of anomie.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer I. El poder soberano e la nuda vida*. Pre-Textos, Valência, 1998.
- AGAMBEN, Giorgio. *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo sacer III*. Pre-Textos, Valência, 2002.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II,1*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- CARTA, Gianni. *Na cegueira da "Guerra ao Terror"*. Revista Carta Capital, 2011. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/internacional/na-cegueira-da-%e2%80%9cguerra-ao-terror%e2%80%9d-2>>. Acesso em: maio 2011.
- Comité Internacional de La Cruz Roja. Derecho Internacional humanitário y terrorismo: respuestas e preguntas claves*. Buenos Aires, 2011. Disponível em: <<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5YYQG4>> . Acesso em: maio 2011.

FOUCAULT, Michel. *La voluntad de saber, Tomo I de Historia de la sexualidad*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.

GÓMEZ, José María. *Soberania Imperial, Espaços de Exceção e o Campo de Guantánamo. Desterritorialização e Confinamento na "Guerra contra do Terror"*. *Revista Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, maio/agosto 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 135, LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3.ed. 2.reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

RAFFIN, Marcelo. *La experiencia del horro: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teologia política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*. Buenos Aires, Editorial Struhart & Cia, 2005.

SWINARSKI, Cristophe. *Direito Internacional Humanitário como sistema de pretensão internacional da pessoa humana: princípios noções e institutos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ZAYAR. *O Afeganistão, Bin Laden e a hipocrisia do Imperialismo Americano*. Tradução Odon Porto de Almeida, Paquistão, 2001. Disponível em: <http://www.marxist.com/languages/portuguese/afeg_zayar.html>. Acesso em: maio 2011.

A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO PODER EXECUTIVO NO CAMPO DA SAÚDE PÚBLICA

Fabiany Antas Patriota

Bacharela em Direito, Unicap. Servidora do TJPE, lotada na 1ª Câmara de Direito Público. Aluna do curso de Pós – Graduação em Direito Público da Esmape.

Resumo

O trabalho trata da problemática do fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário interferindo na Economia e na Administração do Poder Executivo. Impende ressaltar que o objetivo do presente artigo é demonstrar que é possível a interferência do Poder Judiciário, observada sempre a razoabilidade e a proporcionalidade, no fornecimento mínimo de medicamentos ou prestações para assegurar os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Saúde Pública. Poder Judiciário. Poder Executivo.

1 Introdução

O Homem primitivo, ao verificar que a união com outros homens e a divisão de tarefas era benéfica para todos, decidiu se organizar em sociedade trazendo consigo a figura do Estado para administrar as tarefas e resolver os conflitos. Modelo idealizado por Aristóteles e Montesquieu, na tentativa de evitar a concentração de todas as atribuições em um único poder. Entretanto, esta escolha trouxe limitações, deveres, e Direitos, como os Sociais e Fundamentais.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, que adotou o princípio da tripartição das funções do poder, trouxe a divisão dos poderes bem definidas, atribuindo funções típicas a cada um dos três Poderes – Executivo, Judiciário e Legislativo - e atípicas, que são aquelas que divergem da sua função originária, podendo até impor limites à atuação

dos outros poderes, seguindo o mecanismo do sistema de freios e contrapesos.

A função típica do Poder Executivo é Administrar, tanto politicamente, como exercendo os papéis administrativos burocráticos. Tendo como parâmetro aquilo que está determinado na lei, podendo agir discricionariamente dentro desta limitação e dos limites orçamentários. Exerce também as funções atípicas de legislar e julgar.

Já a função típica do Poder Judiciário é julgar as controvérsias, dizendo e aplicando o Direito ao caso concreto, avaliando o descumprimento ou não do direito material definido pelas leis e pela Constituição. Também exerce as funções atípicas de natureza administrativa e legislativa.

Os direitos fundamentais, como o da saúde, são solicitados de forma administrativa pelos pacientes perante o Poder Executivo, e quando há previsão de medicamentos na Lei 9.313/96, que garante a distribuição gratuita e universal de medicamentos, a prestação se realiza. Entretanto, e não são raras às vezes, os médicos prescrevem medicamentos que não constam das listas oficiais ou indicam procedimentos ou tratamentos que dependam de análises criteriosas e devem seguir parâmetros pré-estabelecidos. Nesses casos é que acontece a negativa por parte da Administração, e o paciente-cidadão ingressa na Justiça buscando resolver a pretensão, para garantir o direito constitucionalmente protegido.

A partir daí que começa a interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo no setor da Saúde Pública. Sendo assim, o objetivo do presente artigo é demonstrar que é possível a interferência do Poder Judiciário, observada sempre a razoabilidade e a proporcionalidade, no fornecimento mínimo de medicamentos ou prestações para assegurar os direitos fundamentais na área da saúde.

2 Saúde – Direito fundamental estabelecido na Constituição Federal

Sobre o direito à saúde, especificamente, é possível afirmar que

o seu tratamento constitucional está calcado sob duas características principais, quais sejam: a sua inclusão como direito fundamental e o estabelecimento das regras gerais e dos princípios que devem conduzir as políticas públicas nessa área.¹

Inicialmente, impende considerar o que descreve a Constituição Federal em seus artigos 5º e 196º, que garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, e que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A partir do texto da Carta Magna entende-se que qualquer cidadão que se submeta a sua regência será resguardado no seu direito de saúde de forma incontestável. Entretanto, quando vamos para a realidade o que vemos são hospitais públicos lotados, com condições precárias, falta de medicamentos, poucos médicos e tratamentos aquém do que seriam necessários, fatos que são conseqüências tanto da falta de recursos empenhados naquela área, como da falta de vontade política.

Ou seja, os direitos são fundamentais apenas para não serem modificados ou diminuídos por emendas constitucionais, mas na prática vemos que esse termo não é empregado com eficácia, e provavelmente no futuro próximo também não será. Posto que a demanda de pacientes carentes aumenta a cada dia, com o envelhecimento da população, e não podemos deixar de observar que os recursos, tanto fungíveis como infungíveis, estão cada vez mais escassos.

No âmbito nacional, a prestação de serviços de saúde envolve direitos, relações e interesses. Entretanto, admite e confere instrumentos ao indivíduo para que, ante a deficiência na prestação desses serviços, o direito à saúde seja concretizado por meio de intervenção do Poder Judiciário.

¹ GAVOIN, João Agostinho Donizeti; BARRONE, Samantha Ferreira; SOUZA André Evangelista. *Judicialização de Direito à saúde: prós e contras*. In: BLANCHERIE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (orgs). *Direito à vida e à saúde*. São Paulo: Atlas, 2010. p.256-259.

Assim surgiu a expressão Judicialização da Saúde, que corresponde ao ato de transferir ao Poder Judiciário decisões que a rigor deveriam ser tomadas pelos demais poderes da República, colocando sua análise as questões que envolvem o reconhecimento e concretizações de direitos de natureza social de grande repercussão social e política, não significando ofensa ou invasão à Constituição Federal, pois o Poder Judiciário não está criando políticas públicas, apenas está implementando as já existentes.²

3 A Intervenção do Poder Judiciário e a Teoria da Reserva do Possível

O Poder Judiciário quando é provocado a decidir controvérsias que envolvam o fornecimento de medicamentos ou de tratamentos, leva em consideração que a vida é um bem maior, e não está errado. Entretanto, o magistrado observa o que é prescrito pelos médicos e concede liminarmente o pedido, em virtude da urgência e dos possíveis danos que podem ser causados. Com essa atitude está tentando resguardar os princípios constitucionais, inclusive o direito fundamental à saúde, todavia, não são especialistas para dizer se aquele é ou não o medicamento ou tratamento adequado.

O que os Juizes não têm em mente é que muitas vezes existem medicamentos similares, que estão disponíveis na lista do SUS, mas como não sabem da eficácia, e é lógico, pois a sua função não é essa, acabam deferindo as liminares com medicamentos muitas vezes caríssimos, que precisam ser repostos em pouco tempo. Dessa forma, acabam influenciando nas Políticas Públicas no Poder Executivo, interferindo na Economia e na Gestão Pública, pois como determinado valor é empenhado para a Saúde e normalmente as decisões judiciais determinam o fornecimento de medicamentos, diminui assim a atuação do Poder Executivo na aplicação dos valores que seriam empregados em uma política pública mais ampla.

Outro equívoco que acontece é que os magistrados são induzidos, pela urgência do caso, a proferirem decisões judiciais manipuladas por

terceiros, sem levar em consideração e sem ter o conhecimento de fatos exteriores que podem levar o Poder Público à falência. Um exemplo disso é o da quadrilha que convencia doentes crônicos a entrar na Justiça pedindo medicamentos, e o governo era obrigado a comprar os remédios, e assim, o grupo recebia comissões em dinheiro, carros e viagens. A ONG envolvida encaminhava o paciente a um médico determinado, e este repassava os dados do paciente a um advogado – que, em nome do doente, entrava na Justiça exigindo a compra do remédio, e todos saíam lucrando, inclusive os representantes de laboratórios que recebiam os pedidos dos medicamentos e dividiam a comissão pela venda. Segundo a polícia, o prejuízo aos cofres públicos, neste caso, pode chegar a R\$ 63 milhões.³

Fora isso ainda existe decisões que são extremamente delicadas, como é o caso do transplante de órgãos, que quando indeferido, mantendo a negativa administrativa, pode ser justo, e decidir de forma acertada, ou então, dependendo do caso, se não visualizar a urgência, levar alguém a óbito por não atender aquele pleito.

Já quando o pedido é deferido sem observância das regras estabelecidas para a gravidade da doença e a fila de espera, provavelmente está socorrendo uma pessoa que precisa, mas será que não está sendo injusto com outro paciente, que já estava na fila antes, e que o seu caso é mais grave, e se os critérios estabelecidos são os corretos.

E não podemos esquecer que há julgamento moral, até mesmo do próprio magistrado, de ter negado o direito à vida a alguém, pois, apesar do dever de imparcialidade do julgador não se pode deixar de levar em consideração que por trás daquela toga há um ser humano, que dependendo das suas experiências de vida vai de alguma forma se pronunciar parcialmente.

Dessa forma, mais uma vez o Poder Judiciário adentra na discricionariedade da administração pública, e neste caso, em específico, apesar de prescrições médicas que indiquem que o transplante é o

2. *Ibidem*, 2010, p. 258.

3. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornalismo/MUL74813-1622700-QUADRILHA+QUE+AFUGA+GOLE+NA+JUSTICA+FRUSTR+A+DESAJ+R+MILHES.html>>. Acesso em 11 out. 2011.

tratamento mais indicado para a cura de determinada doença será que o Judiciário teria, de fato, a melhor a escolha para um contexto que não se pode levar em consideração apenas um único paciente, pois alcançariam conseqüências muito mais amplas, do que apenas beneficiar um cidadão-paciente.

Realmente, aqui a celeuma se instala, pois se não é fácil administrar, tampouco julgar! A escolha sempre existirá e, como elas, sempre haverá as vítimas, sejam conhecidas ou não.

O que fazer então, ser Positivista – onde o direito decorre do poder do Estado ou ser Naturalista – onde a garantia dos direitos atende à moralidade social? ⁴Deve-se limitar a liberdade do médico de prescrever apenas medicamentos contidos em lista oficial do governo ou devem-se conceder os direitos de forma ilimitada? Pois afinal de contas o Estado deve proteger os direitos do cidadão. E não podemos esquecer os recursos, que, apesar, dos médicos serem livres para prescrever, os leitos, órgãos para transplante, médicos, são restritos.⁵

Pois bem, vamos analisar as causas e as conseqüências.

O dever do Poder Executivo é cumprir as leis e aquilo que está previsto na Constituição Federal, deve garantir a saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Deve o governo tomar medidas que garanta o fornecimento mínimo no que tange a disponibilização de medicamentos, de contratação e especialização de pessoal, construção de hospitais com a quantidade razoável de leitos, fazer tratamentos preventivos e informativos. Enfim, adotar providências que são de sua competência.

Como as ações e serviços do Poder Públicos são precários, pois a verba orçamentária destinada à área da saúde não atende a demanda, e o Estado não emprega bem os recursos que são disponibilizados

(como temos o exemplo da CPMF, que era destinada à saúde, mas foi empregada em outros setores, e não vou distender aqui sobre as verbas que são desviadas por corrupção mesmo) não há como avançar neste setor.

Então, o que deve fazer um cidadão sem condições de arcar com tratamentos? Inicialmente, deve verificar se o medicamento prescrito pelo médico está disponível nos postos destinados a distribuição de remédios. Se a resposta for negativa, tentar conseguir administrativamente. Caso persista a negativa, deverá ingressar com o pedido perante o Poder Judiciário, que verificará a razoabilidade e a proporcionalidade observado o caso concreto.

O Judiciário vai interferir, pois tem legitimidade e é a sua função típica resolver lides, principalmente, se não há eficácia das medidas tomadas pela Administração Pública. E evidenciada a omissão, deve garantir aquilo que está previsto na Carta Magna e o Princípio da Dignidade Humana.

Na análise de Gustavo Amaral, no que diz respeito às pretensões positivas, cabe ao Judiciário o controle do discurso, o controle das condutas adotadas por aqueles que ocupam função executiva ou legislativa. Não cabe ao magistrado fazer a mediação fato-norma, cabe-lhe projetar o conteúdo da pretensão positiva em que está investido o particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial. Se existir, cabe ao magistrado questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau da excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal.

Devendo a decisão judicial ser circunstancial, respeitando a pluralidade de opções existentes, com decisões para o caso concreto

4 AMARAL, G. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Ed. Renova, 2001. p.137-139

5 ZILBERSZTAJN, Orsó; SZTJAJ, Rachel/Drg.J. *Direito e Economia*. São Paulo: 2ª ed. Campus, 2003. p. 100

e não para a generalidade dos casos, como se tem visto nas decisões relacionadas à saúde. Deve ser observado o grau de essencialidade ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana, que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima.⁶

Entende Paulo Caliendo⁷ que a proteção dos direitos fundamentais sociais deve ser realizada mediante uma eficácia máxima possível, seguindo o entendimento de Ingo Sarlet, quando diz que se deve levar o custo e a complexidade da efetivação dos direitos fundamentais a sério.

Alega que inexistiria uma proibição de insuficiência do fornecimento e na preservação do mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana. Exigindo-se da Administração Pública que explicita as razões pelas quais está impossibilitado técnica e orçamentariamente à promoção de determinado direito social, bem como a conduta que eventualmente poderá adotar para se preparar no futuro para conseguir cumprir essa exigência social. Que a insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador.

O Ministro Celso de Mello apontou que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁸

O Superior Tribunal Federal já se pronunciou sobre a matéria dispondo que o direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. E que é possível ao Poder Judiciário determinar a

6 _____. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Ed. Revonar, 2001, p. 206-216.

7 CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direito fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; THAM, Luciano Bezerra (Org.). *Direitos Fundamentais: argumento e 'reserva do possível'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 199.

8 MELLO, Celso de. Voto para Julgamento do ADPF 45. Distrito Federal, 29/04/2004.

implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.⁹

Igualmente o Superior Tribunal de Justiça defende que não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.¹⁰

4 Conclusão

Assim, até podemos admitir a aplicação da Teoria da reserva do possível, entretanto com uma grande e importante ressalva, que seja provada a ausência de recursos, pois os direitos à vida e à saúde são corolários do Sistema Constitucional Brasileiro, e o Estado tem o dever de garanti-los, sem deixar de observar as questões administrativas e estruturais.

Os recursos necessários para a aplicação dos direitos fundamentais são cada vez menores em relação à demanda, o atendimento à população é precário e os recursos são mal alocados, então a teoria da reserva do possível deve ser aplicada com bastante limitação em um país como o Brasil.

Deve o Poder Judiciário intervir na garantia desse direito fundamental que é a saúde, devendo, com bastante responsabilidade,

9 GRACIE, Ellen. Minerva do STF. Voto do Julgamento do AI 734487, julgamento em 03/08/2016.

10 MARTINS, Humberto. Voto do Julgamento do AgrReg no REsp 1136543/RS, julgamento em 06/06/2010.

avaliar o caso concreto, deferir liminarmente a prestação se for o caso, e posteriormente, questionar com provocação se aquela medicação disponibilizada pelo Governo realmente faria o efeito necessário. Deve fazer isso tendo em vista que muitas ações envolvem medicamentos sem evidências clínicas de benefício aos pacientes para o tratamento das doenças, ou então, se um transplante é realmente o tratamento para o caso, se não há medidas alternativas que venham a atenuar a doença.

Dessa forma o magistrado buscaria a partir de laudo e perícias averiguar se deve manter aquela decisão anteriormente proferida ou se deve modificá-la após o embasamento técnico.

Deve, ainda, verificar se a prescrição é de médico credenciado no Sistema Único de Saúde e a eficácia comprovada do medicamento, e ainda, se a droga não está em fase experimental.

Agindo dessa forma, garantiria de forma justa, as omissões da Administração Pública quanto aos direitos fundamentais, e não ultrapassaria, sem necessidade, o seu limite de atuação perante o Poder Executivo.

Creio que essa intervenção forçará a melhora da prestação dos serviços de saúde do país, uma vez que vai impulsionar o Poder Executivo a agir, e este por sua vez, não deve fugir a sua função típica de implantar políticas públicas para melhor alocação de recursos.

Como o gasto público é insuficiente, deve aplicar mais recursos nesse setor, incluindo programas educativos preventivos, construção de hospitais, com leitos, médicos em maior quantidade, atuando na defesa da concorrência e do livre mercado, combatendo as formas de concorrência imperfeita, visando possibilitar um melhor acesso da população aos remédios, bem como incentivar a maior doação de órgãos para reduzir a fila de espera nos transplantes, e ainda, cuidar da conservação dos órgãos para que os programas tenham eficácia. Dessa forma, evitaria que a sociedade fosse buscar perante o Poder Judiciário a garantia estabelecida constitucionalmente.

The interference of the judiciary in the executive branch in the field of Public Health

Abstract

This paper addresses the problem of drug supply in the judiciary interfering in Economics and Administration in the Executive Branch. Must clearly emphasize that the goal of this paper is to demonstrate that it is possible the interference of the Judiciary,

observed when the reasonableness and proportionality, the minimum supply of medicines or supplies to ensure the fundamental rights.

Keywords: Public-Health. Judiciary. Executive.

Referências

- AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.
- CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direito fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA André Evangelista. Judicialização do Direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião. (orgs). **Direito à vida e à saúde**, São Paulo: Atlas, 2010.
- GRACIE, Ellen. Ministra do STF. Voto do Julgamento do AI 734487, julgamento em 03/08/2010.
- MELLO, Celso de. Ministro do STF. Voto para Julgamento da ADPF 45. Distrito Federal. 29/04/2004.
- MARTINS, Humberto. Voto do Julgamento do AgRg no REsp 1136549/RS, julgamento em 08/06/2010.
- ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**. 2. ed. São Paulo. Campus, 2009.

A CRISE NA GESTÃO DE CARTÓRIO JUDICIAL E A PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL SATISFATÓRIA

Fernando Antonio Sabino Cordeiro

Especialista em Direito Público e Privado pela Faculdade de Direito do Recife-UFPE. Juiz de Direito Titular da Comarca de Orobô-Pe. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Pernambuco-UFPE. Juiz Eleitoral da 96ª Zona Eleitoral.

Resumo

Estabelecer de forma precisa a conceituação "de prazo razoável" não se restringe à mera fixação do número de dias para a resolução da lide, pois já existem prazos fixados no âmbito do processual. A inutilidade de uma decisão extemporânea, em razão da existência de problemas internos e externos próprios do processo judicial e de cada unidade

judiciária, requer a adequação da maneira de atuar do Judiciário à realidade. A gestão da crise da prestação jurisdiccional vai além de meros ajustes, mas, exige uma mudança radical na própria mentalidade de resolução de conflitos.

Palavras-chave: Cartório judicial. Prestação jurisdiccional. Prazo processual.

1 Introdução: as mudanças na sociedade e a prestação jurisdiccional

As mudanças ocorridas na sociedade hodiernamente apresentam-se marcadamente volumosas e com muito impacto, ao ponto dos novos conceitos e técnicas, serem ultrapassados e necessitarem de modificações ou substituições, num lapso de tempo por demais reduzido.

O fato da mudança em si não é novidade, basta acompanharmos a evolução da própria humanidade, todavia, o fato diferencial é o volume, a rapidez das mudanças sócio-econômicas, tecnológicas, políticas, culturais, resultando componentes de imprevisibilidade e incerteza na organização das instituições e no mecanismo de funcionamento da sociedade e do próprio Estado. Vivemos uma fase de transição, de tamanha intensidade, em que a falta de preparo para enfrentar estas mudanças é visível, quer sejam presentes quer sejam futuras.

Diagnostica Mônica Sifuentes¹ (2000, p.109):

A crescente complexidade e multiplicidade das relações jurídicas e sociais (individualismo e solidarismo social, grupos de pressão, movimentos como o feminismo, ecologismo, pacifismo, contraposição entre patrões e trabalhadores, pessoas com trabalho e sem trabalho, com terra e sem terra, integradas ou marginalizadas, dentro e fora do sistema, etc.), acabam por repercutir na percepção que os cidadãos têm do aparelho estatal e, desse modo, nas expectativas e novas exigências em relação a ele.

Neste contexto, situa-se a atuação do Estado, o qual em determinado momento da evolução da sociedade recebeu o monopólio quanto à prestação jurisdicional, em contrapartida incumbiu-se o Estado-Juiz da garantia, individual e coletiva, dos direitos do cidadão, a entrega do direito "in concreto", ao tempo necessário, caracterizado pela eficácia, sob pena de negar-se o próprio direito almejado.

Leciona Cármen Lúcia Antunes Rocha (1993, p.37):

[...] não se quer justiça amanhã, Quer-se justiça hoje. Logo, a presteza da resposta jurisdicional contém-se no próprio conceito de direito-garantia, que a justiça representa. [...] a segurança não espera, pois a tardia garantia que lhe seja prestada pelo Estado terá concretizado o risco por vezes com a só ameaça que torna incertos todos os direitos.

Alberto Zavascki (2000, p.64) destaca:

O direito fundamental à efetividade do processo [...] compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

Fala-se em duração razoável do processo e procura-se estabelecer como meta dado período, ante a constatação da necessidade de uma verdadeira revolução neste campo, porque o fato é que o cidadão encontra-se insatisfeito com o atuar do Estado-Juiz a ponto de chegar a renunciar o próprio direito, buscar justiça com meios próprios, o que

evidentemente coloca em xeque os fundamentos do próprio Estado de Direito.

Constata Ada Pellegrini Grinover (2008, p.23):

A morosidade dos processos, seus custos e a burocratização na sua gestão, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito - tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na Magistratura e nos demais operadores do Direito, mas tem com preocupante consequência o incentivo à litigiosidade latente que freqüentemente explode em conflitos sociais; [...].

A noção de prazo razoável só pode ser entendida como parâmetro para que "a prestação jurisdicional seja entregue com celeridade e que os problemas de ordem interna e externa que rodeiam a unidade judiciária deixem de ser desculpa para morosidade na entrega da prestação jurisdicional" (BEZERRA, 2009, on-line).

Eficácia, a efetividade e a eficiência são qualidades distintas e necessárias para que tenhamos garantido a satisfação das partes quando procuram o Estado-Juiz em busca do direito inerente e próprio às diversas situações envolvidas na lide, além de outros componentes demarcadores, tais como, a celeridade e a qualidade das decisões judiciais.

O alcance da efetividade das decisões judiciais é a expressão da aplicação adequada dos princípios da economia e celeridade processual. O aumento do grau de efetividade significa a rápida solução do litígio, e traz um efeito adjacente qual seja a inibição de demandas de conteúdos esvaziados, que visam apenas protelar obrigações, boa parte de cunho patrimonial (MAIA, 2006, p.281).

José Afonso Silva ensina (2003, p.652):

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência signifi-

fica fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado.

O próprio princípio constitucional que garante ao cidadão o direito de ação, como forma de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional encontrar-se-á com a credibilidade comprometida, e esvaziada de sentido, se a tutela pretendida não for adequada, razão pela qual não basta a simples tutela jurisdicional.

Complementa Loureiro Filho (2005, p.85), referindo-se ao preceito constitucional de direito à prestação jurisdicional: “[...] a atividade jurisdicional morosa, ineficiente e absolutamente inadequada representa manifesta afronta a tal preceito”.

Quando usamos a expressão “acesso à justiça” devemos entender em seu significado último como a entrega concreta do direito. A fim de que o Estado alcance a efetiva entrega da prestação jurisdicional é necessário, além do ordenamento jurídico, ter meios formais a fim de que demanda seja instaurada, tenha também meios materiais para que efetivamente seja alcançado o direito da parte (ABREU, 2008, p.30).

Ainda no texto constitucional brasileiro encontramos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Leciona Cármen Lúcia (1993, p.23): “O direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se desencadeiam e se completam, a saber: a) acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e a prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdita.”.

Devemos ter o cuidado para não limitarmos o direito à efetiva tutela jurisdicional apenas com uma única prestação de fato, porque o direito à prestação jurisdicional é composto de outros direitos a partir do direito de exigir do estado o uso da técnica processual eficiente, o direito de participar do próprio processo por meio do procedimento adequado, e o direito à resposta do Estado-Juiz (Marinoni, 2009, on-line).

Constata Bacellar (2003, p.84):

O absurdo volume de serviços dos juízes, há vários anos, tem conduzido os magistrados a uma triste realidade: “entre a cruz e a espada”, optam pela quantidade e desprezam a qualidade em suas sentenças. Percebe-se, em uma análise realista, que, depois de cumpridos todos os meandros processuais e, ao final, naquele que se pode considerar o principal ato do processo – a sentença –, não se têm observado as garantias de segurança prometidas pelo sistema. Eficiência quantitativa, na maioria das vezes, retrata deficiência, com sentenças mal elaboradas e soluções simplistas.

A análise proposta é verificarmos, a partir da evolução dos conceitos de eficácia, efetividade e eficiência, o uso do processo e dos procedimentos com instrumento para o alcance do objetivo final: a realização do próprio Direito.

É unânime a constatação de que o modelo de gestão processual em suas múltiplas facetas encontra-se esgotado, não atende às necessidades da sociedade e do cidadão. Estudos são realizados para superação de um modelo de prestação jurisdicional que estacionou ou que não acompanha o ritmo das mudanças sociais, políticas e tecnológicas, e, portanto, necessita de um processo de mudanças.

Afirma Granjeira (p.7): “... a lentidão dos processos judiciais é uma característica ineliminável na Justiça estatal contemporânea. Em alguns casos, talvez por falta da vontade política de atenuar essa excessiva demora, noutros, talvez, pelo fato de o Estado estar perdendo ou já ter perdido a batalha.”.

Há a necessidade, sobretudo de mudança de mentalidade, de uma nova visão, por parte dos diversos profissionais que atuam diretamente no processo, quer sejam magistrados, procuradores, promotores, advogados, defensores públicos, quer sejam técnicos judiciários quer das próprias partes.

2 A Crise de gestão

Evidenciada as transformações advindas do dinâmico processo de transformação da realidade social, necessária se faz o desenvolvimento estratégico, a partir de procedimentos que extirpem resquícios de burocracia, e torne o próprio processo de gerenciamento dos procedimentos desenvolvidos na atividade cartorária judicial, acrescido de uma nova visão em que desponham a cooperação, a participação solidária e democrática dos mais diversos segmentos desde a entrada do pedido até o momento da efetiva realização do Direito.

As mudanças necessárias quer no procedimento, quer do próprio processo, situam-se dentro da chamada "crise do Judiciário", decorrente do próprio crescimento das demandas, do desenvolvimento econômico, das novas situações surgidas, do desenvolvimento tecnológico, do dinamismo em que as lides deverão ser resolvidas.

Comenta Marcelo Guerreiro (2007, p.1):

[...] há, em geral, um grande descontentamento por parte do jurisdicionado. Consoante pesquisa realizada pela InformEstado, realizada na cidade de São Paulo, 72% acham que a Justiça não age com rapidez. Entretanto, 73% entendem que o Judiciário está mais acessível a todos e 36% já acionaram a Justiça. Todavia, 15% dos entrevistados necessitaram da prestação jurisdicional, mas deixaram de entrar em juízo. Dentro desse grupo, a lentidão da Justiça foi apontada por 36% das pessoas como a razão principal para o não-ajuizamento da demanda.

O diagnóstico da necessidade da superação da forma de atuar do Poder Judiciário vem sendo diagnosticado ao longo do tempo, como constata Luiz Umpierre de Melo Serra (1996, p.7-8):

Em princípio, as críticas relativas à morosidade formuladas ao Poder Judiciário pareciam injustas, se analisadas do ponto de vista do próprio Poder, pois tinham conhecimento das dificuldades encontradas por seus integrantes. A atuação do Judiciário como prestador de serviços era deficiente e deixava de apontar que não eram aplicadas técnicas de gestão. Destacava-se que a maior parte das serventias atuava acima

dos limites de suas capacidades produtivas, sofria de uma sistemática carência de investimentos em organização, layout e de informática, e as estatísticas exibiam números grandiosos de demanda.

Após alguma análise diagnóstica, pode-se perceber que ocorria manifesta a ausência de uma política pública, clara, transparente, objetiva, de contratação e movimentação de pessoal, de treinamento específico dos servidores para o desempenho de suas atividades, de treinamento para o atendimento ao público, que levasse ao aprimoramento dos serviços prestados, visando torná-los mais simplificados, ao alcance e de fácil compreensão por aqueles de menor preparação técnica ou intelectual.

Estes fatores para serem superados levarão algum tempo, mas terão que ser desenvolvidos de forma rápida sob pena de tornarem-se também ultrapassados, porque a realidade encontrada e ainda mal solucionada esbarra na falta de formação de gestores direcionada à prática processual forense, capazes de encontrar soluções eficientes, eficazes e efetivas.

Foram fixadas, pelo Conselho Nacional de Justiça metas, a serem atingidas de maneira uniforme, mas, não se procurou deixar em aberto mecanismos, meios, para que principalmente os juízes de primeiro grau, fossem capazes de responder a esta demanda desenvolvendo mecanismo de acordo com a realidade enfrentada.

As medidas de gerenciamento implantadas do topo da administração para a base não é o modelo adequado, tanto que os resultados foram modestos, o fato é que por um motivo ou outro de contingenciamento político-econômico-administrativo, somente simbolicamente foram ouvidos os gestores da base, não se ouviu com mais profundidade os problemas enfrentados pelos jurisdicionados e pelos próprios funcionários de cartório, alguns deles com experiência de décadas.

A consequência deste fato é que o problema persiste.

Um programa de gestão cartorária e administrativo adequado e contínuo para os magistrados recém-nomeados, com "uma grade curricular" a ser desenvolvida ao longo da carreira do magistrado, para

estes fins, e paralelamente para os servidores é algo a ser desenvolvido.

Os denominados cursos de aperfeiçoamento e treinamento representam apenas o começo de processo de formação que deve ser desenvolvido com mais objetividade, com carga horária anual obrigatória. Lamentavelmente em alguns Estados encontramos limitações a horário de cursos com dificuldades para a realização destes cursos, escolhendo-se finais de semana, e gerando certo clima de constrangimento em vez de um ambiente de colaboração e efetiva participação.

Estranhamente, a quase totalidade dos frequentadores destes "cursos de aperfeiçoamento de magistrados", são magistrados de primeiro grau, raramente se encontra-se um magistrado de segundo grau, isto passa a gerar, um conflito de mentalidade, entre o magistrado de primeiro grau e o magistrado do segundo grau, porque esta lacuna existente na formação de magistrados, quanto à gestão, não pode ser superada apenas pela posição ocupada no poder, mas é necessária capacitação, qualificação, além de ser desperdiçada uma ótima oportunidade de informalmente desenvolver-se um intercâmbio de apresentação das dificuldades encontradas e causadas, muitas vezes por falta de conhecimento dos gestores.

A realidade vivida por um magistrado de primeiro grau atualmente é diferente da realidade que viveu um magistrado de primeiro grau há vinte anos, portanto os atuais magistrados das mais diferentes instâncias precisam de capacitação para poderem falar o mesmo idioma.

Idalberto Chiavenato discorrendo sobre a importância da capacitação destaca (2010, p.366):

Para serem bem-sucedidas, as organizações precisam preparar-se continuamente para os desafios da inovação [...]. Para serem bem-sucedidas, as organizações precisam de pessoas espertas, ágeis, empreendedoras e dispostas a assumir riscos. São as pessoas que fazem as coisas acontecer, que conduzem os negócios, produzem os produtos e prestam serviços de maneira excepcional. Para conseguir isso, é imprescindível o treinamento e o desenvolvimento das pessoas. E as organizações mais bem-sucedidas investem pesadamente em treinamento [...]. Para elas,

treinamento não é despesa, mais um precioso investimento, seja na organização como nas pessoas que nela trabalham.

Não se podem conceber, em pleno século XXI, entraves à capacitação de magistrados quanto ao fato de que a capacitação seja realizada no horário de trabalho, ora, qualquer empresa, qualquer administrador de médio conhecimento, sabe que a capacitação beneficia a própria qualificação do trabalho da instituição, melhora também a quantificação, resgata a auto-estima, e por isto mesmo deve ser incentivada, facilitada, e medida na sua aplicação.

A ausência do local de trabalho, para fins de capacitação, transforma-se em ganho significativo ao constatarmos a mudança de atitude, de gestão em decorrência do conhecimento adquirido, revisado ou renovado.

O resultado deste procedimento, em que de alguma forma, se colocam entraves à capacitação ou se realiza capacitação sem direcionamento adequado, é que embora tenhamos alcançados bons resultados, melhoras, nos últimos anos, o problema não foi resolvido e o cidadão ainda esbarra na morosidade, ineficiência e ineficácia do serviço prestado.

A gestão do processo como um todo precisa evoluir, precisa desenvolver-se de forma harmônica, entre os parceiros internos e externos, sob pena de ficarmos apenas com números, gráficos e efetivamente não entregarmos o direito buscado pelo cidadão.

Comenta o Desembargador Marcos Alaor Granjeia (p.10).

O despreparo de magistrados e servidores para lidar com a sobrecarga de trabalho, a ineficácia por parte dos tribunais na distribuição e na utilização de recursos materiais e a falta de cultura de gestão administrativa para enfrentar os desafios da modernidade levam o Poder Judiciário a uma letargia na sua atuação, o que compromete sua participação na realização dos fins do Estado Brasileiro, conforme preconizado no texto constitucional.

Esta problemática não pode ser enfrentada satisfatoriamente de maneira isolada, necessita de uma atuação conjunta com a sociedade e outras instituições. Os discursos do conhecimento, da ética, da política são interligados pela prática, pela experiência realizada com os parceiros sociais, com os cidadãos, com a sociedade civil organizada.

Adverte Roberto Bacellar quanto à necessidade de interação no desenvolvimento de um planejamento estratégico (2009, p.315):

[...] Há uma parcela de profissionais – magistrados, advogados, defensores públicos, procuradores, promotores de justiça, delegados de polícia, entre outros – que tem se esquecido de que o mais importante é a sociedade.

Esquecem-se de que são prestadores de serviço público, diga-se de passagem – relevante e essencial – e passam a digladiar-se entre si: advogado litigando com advogado; delegado litigando com o juiz; advogado litigando com o delegado de polícia; juiz litigando com procurador ou promotor de justiça; advogado litigando com o promotor, que litiga com o defensor, e assim por diante. Parece uma brincadeira, mas tem acontecido. A justiça, como ideal a ser perseguido, fica em segundo plano e os conflitos processuais passam a ser tratados como questões pessoais. [...].

3 Gestão de processos-conceituação

O desenvolvimento e execução de qualquer atividade humana, trabalho, exige a fixação de métodos para se alcançar o objetivo almejado, com constante aperfeiçoamento, e atualização, a fixação destes métodos operacionais são próprios do gerenciamento de qualidade.

O planejamento situa-se em etapa anterior à execução do trabalho, cujo resultado deve ser acompanhado para se buscar melhorias, padronizações, e identificar a necessidade de mudanças, para superar falhas, e até mesmo para se identificar como dever ser mudado.

Paim, Cardoso, Caulliriaux, Clemente (2009, p.139) assim definem gestão de processo, sintetizando as mais diversas conceituações apresentadas:

“Um conjunto articulado de tarefas permanentes para projetar e promover o funcionamento e o aprendizado sobre os processos”.

Partindo desta definição vejamos resumidamente cada um dos componentes desta definição (Paim, Cardoso, Caulliriaux, Clemente (2009, p.141).

As tarefas podem ser divididas em três grupos conforme a atividade a ser realizada:

- 1- voltadas ao pensar: projetar processos.
- 2- voltadas ao agir: gestão cotidiana
- 3- voltadas ao aprendizado: promover e constatar o aprendizado

O projetar processos caracteriza-se como meio para definir ou redefinir os processos a forma de gerir, contemporaneamente e no futuro. As tarefas executivas situam-se no plano do trabalho diário, e são responsáveis pelo início e viabilidade da execução dos processos.

Identificam-se dois grupos de gerenciamentos: um gerenciamento visando a melhorar os processos desenvolvidos, e um gerenciamento de manutenção dos processos já existentes e que se desenvolveram satisfatoriamente. Neste aspecto o aprendizado, o conhecimento são gerados tanto pelo acúmulo e registro do próprio conhecimento, como pela a criação do conhecimento (Paim, Cardoso, Caulliriaux, Clemente, 2009, 141).

Ao identificarmos as diversas tarefas de projetar processos, gerir ou promover o funcionamento do processo, bem como gerar ou registrar o conhecimento sobre os processos constatamos que a gestão de processos é um sistema² composto por subsistemas integrados e articulados de forma harmônica e interdependente. A gestão de processos, como sistema é composta de subsistemas os quais são constituídos pelos grupos de tarefas (Paim, Cardoso, Caulliriaux, Clemente, 2009, p.141).

² Sistema- agrupamento de setores, partes, pessoas, com tarefas específicas, que desenvolvem o trabalho em equipe para alcançar um objetivo comum.

O conceito de processo deve ser entendido como o conjunto das atividades estruturadas com o objetivo de conseguir um produto final, um fim para um ou mais destinatários finais. Compreende a ordenação específica das atividades a ser desenvolvidas, estabelecendo-se a duração, a determinação do momento, da fase, o início, meio e fim, claramente identificados (Chiavenato, 1995, p.123).

Na gestão de processos não se pode deixar de levar em consideração o sistema como um todo, a relação com a gestão das estratégias adotadas, considerando-se os indicadores e as metas almejadas, de modo que se possa claramente delimitar os limites de cada subsistema.

4 A Gestão das mudanças

O processo de mudança organizacional deve ser aplicado dentro de certos parâmetros, porque a mudança com objetivo de melhoria no próprio funcionamento da organização, circunscrita apenas em mudanças no trabalho, é fadada ao insucesso, porque é primordial a mudança na atitude e comportamento das pessoas.

Sobre o tema ensina Chiavenato, (2009, p.141): "O primeiro passo está em mudar o comportamento individual para posteriormente ter condições de mudar o comportamento organizacional".

Esta mudança de comportamento deve ser realizada a partir da consideração das características individuais do pessoal envolvido em composição com as funções atribuídas a cada um. Cito um exemplo, existem pessoas num cartório judicial que desempenhariam melhor a função no atendimento ao público, outras na digitação e assim por diante.

Outro conceito deverá ser levado em consideração ao tratarmos do processo de mudanças, é a cultura organizacional caracterizada pela forma, maneira, com que a organização se auto-visualiza e como visualiza o próprio ambiente em que atual.

Cada componente deve desenvolver a conscientização social da organização, tanto internamente, quanto à função social desempenhada.

A cultura organizacional engloba a visualização do modo pelo qual as pessoas integrantes da organização interagem, a linguagem, gestos, rituais, rotinas, procedimentos, normas, valores defendidos pela instituição, filosofia administrativa, o próprio sentimento das pessoas em relação ao trabalho desenvolvido, em relação à própria instituição, a interação com o ambiente externo, neles compreendidos o público externo e os destinatários dos serviços prestados (Schein, 1992, p.2).

Há necessidade não só de reformas, mas de mudança de mentalidade do diversos segmentos do Poder Judiciário: magistrados e servidores.

O Juiz Federal Odilon Oliveira³ em entrevista concedida à Revista Brasileiros afirmou:

[...] Os tribunais estão muito distantes da realidade. Tem-se a impressão de que trabalham apenas com papéis, com números, deixando a sociedade como se esta fosse detalhe.

Deve haver uma mudança de mentalidade. O juiz não pode mais ficar trancado numa redoma, sem saber o que está acontecendo com o povo que ele julga.

O magistrado tem que se integrar na sociedade, conversar com o povo, fazer uso da imprensa, proferir palestras, participar de programas de televisão, etc. Em síntese, como tudo está globalizado, há a necessidade de o julgador se inserir nessa globalização. [...] Assim sendo, o magistrado tem que possuir uma visão global sobre o assunto. Diga-se o mesmo em relação ao juiz de família. Ele não pode conhecer apenas o que está dentro do processo, mas saber, em termos de fenômeno, o que provoca, por exemplo, tantas separações, divórcios, destruição de lares etc. Assim deve ser em todas as áreas. Em poucas linhas, esta é uma parte do perfil do novo juiz." (Kotscho, 2010: on-line).

O planejamento encontra-se na base das ações a fim de que sejam implantadas mudanças satisfatórias, pois define os objetivos, os

³ Odilon de Oliveira, juiz federal, Campo Grande-MS.

controles, enfim os gerenciamentos necessários para a consecução dos fins. Neste aspecto torna-se necessária a compreensão e até mesmo assimilação do significado de cada instrumento ou estratégia usada por parte de cada pessoa envolvida na sua consecução, a visão da "parte" e do "todo", sob pena de perde-se a noção de conjunto, de equipe, sem a qual nada se realiza.

A mudança deve ser de conhecimento cada um dos componentes, desde os motivos até o fim último desejado, para que todos possam efetivamente contribuir.

5 Conclusão

A reorganização no modo de atuar do Poder Judiciário, como um todo, a fim de alcançar a missão específica da entrega da prestação jurisdicional, do próprio direito buscado, de forma célere, acessível e efetiva, no âmbito estadual, contribuindo para a pacificação social, encontra-se inserida no âmbito das mudanças sociais, econômicas, sócio-políticas, numa sociedade complexa caracterizada por contradições e movimentos de mudanças contínuos.

No processo de alinhamento e mudanças dos processos desenvolvidos, no âmbito da administração judiciária, é preciso a lucidez e competência no sentido de identificar procedimentos obsoletos, e, portanto que deverão ser descartados e substituídos, e procedimentos cujos "know-how" já apreendidos devam ser apenas atualizados, a fim de que a experiência adquirida seja valorizada e contribua para o êxito dos novos processos implantados.

As estratégias adotadas nas diversas gestões empreendidas devem ter como eixo o engajamento de cada um dos seus componentes. Esta conscientização e participação são fundamentais de modo que possa gerar uma mudança de mentalidade adequada à nova realidade apresentada.

Se de um lado a gestão pública apresenta características específicas, e, portanto carece de parâmetros específicos, de outro lado isto não impede de que técnicas bem sucedidas na iniciativa privada, não possam

ser adaptadas ou mesmo conhecidas para servir de estímulo na aplicação do processo de mudanças.

As incertezas e resistências, internas e externas, do processo de mudança em busca da excelência dos trabalhos e serviços próprios do Poder Judiciário, serão superadas na proporção da adoção de uma nova mentalidade, sem demérito das prerrogativas próprias e devidas ao Judiciário, em que a capacitação seja tomada como fator primordial, por todos os integrantes, magistrados e servidores, sem exceção. O conhecimento científico sempre foi aliado na aplicação de novas técnicas.

Não atua o Judiciário isoladamente, neste contexto é preciso destacar a importância de um verdadeiro intercâmbio com os outros seguimentos institucionais envolvidos diretamente no processo, tais quais, advogados, defensores públicos, Ministério Público, universidades, escolas de formação, cartórios, tribunais de contas, delegados de polícia, diretores de presídio e outros. O conhecimento da maneira de atuar destes órgãos, as técnicas usadas no gerenciamento pessoal, as limitações, revela-se fundamental para a adoção de processos de mudança.

Revela-se igualmente fundamental neste intercâmbio a conscientização aos integrantes destes órgãos externos das dificuldades e limitações do próprio Poder Judiciário, para que se possa ter uma compreensão mútua e deste ponto estabelecer um diálogo eficaz, atualmente esta comunicação encontra-se restrita às cúpulas.

The crisis in the management of notary judicial and judicial adjudication satisfactory

Abstract

To establish the precise concept of "reasonable time" is not restricted to merely fixing the number of days to resolve the dispute, because there are deadlines already set by the legal proceeding. The futility of an untimely decision, due to the existence of internal and external problems of the judicial proceedings themselves and each

judicial unit, requires the adequacy of the way of action of the judiciary to reality. Crisis management of adjudication goes beyond mere adjustments, but requires a radical change in the very mentality of conflict resolution.

Keywords: Process. Management. Crisis.

Referências

- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 30.
- BACELLAR, Roberto Portugal. A importância dos juizados para a democratização do acesso à Justiça. **Caderno de Administração da Justiça – Planejamento Estratégico 2009**, Módulo 6, p.315 - 322. Porto Alegre: TRF – 4a Região, 2009.
- BEZERRA, Higyna Josita Simões de Almeida. Gestão Judiciária: a "nova" onda de acesso à justiça. Disponível em: <<http://www.ampb.org.br/artigos/ver/46>>. Acesso: 26 de setembro de 2011.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Gestão de Pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações**. Rio de Janeiro: Elvieser, 2010.
- _____. **Manual de Reengenharia: um guia para reinventar a sua empresa com a ajuda das pessoas**. São Paulo: Markon Books, 1995. p.123.
- GUERREIRO, Marcelo da Fonseca. **Como postular nos juizados especiais federais cíveis: atualizada até a Lei nº 11.419, de 19.12.2006, que trata do processo virtual**. Niterói, RJ: Impetus, 2007. p. 1.

GRANJEIA, Marcos Alaor Diniz. **A CRISE DE GESTÃO DO PODER JUDICIÁRIO: O PROBLEMA, AS CONSEQUÊNCIAS E OS POSSÍVEIS CAMINHOS PARA A SOLUÇÃO**. ENFAM: Brasília. p.1-40.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Brasília:ENM,n.5,maio 2008,p22-27.

KOTSCHO, Ricardo. Exclusivo: entrevista com o juiz de MS que continua ameaçado de morte. Disponível em: <<http://www.revistabrasileiros.com.br/secoes/balaio-do-kotscho/noticias/254/>>. Acesso em; 26 de outubro de 2011.

PAIM, Rafael; CARDOSO, Vinícius; CAULLIRAUX, Heitor; CLEMENTE, Rafael. **Gestão de Processos: pensar, agir e aprender**. Porto Alegre: Bookman, 2009.

ROCHA, Antunes Carmem Lúcia. O Direito Constitucional à Jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As Garantias do Cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-51.

SCHEIM, Edgar H. **Organizational Culture and Leadership**. San Francisco: Jossey Bass, 1992. p.2.

SERRA, Umpierre de Mello. **Gestão de Serventias**. V. 1. Rio de Janeiro: FGV, v.1. p. 7 e 8, 1996.

SIFUENTES, Mônica Jacqueline. O Poder Judiciário no Brasil e em Portugal: reflexões e perspectivas. **Cidadania e Justiça**, Rio de Janeiro, AMB, n.8, p.95-112, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

A NATUREZA PLURAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

José Júnior Florentino dos Santos Mendonça

Mestre em Direito pela FDR-UFPE, Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público pela FDR-UFPE, Doutorando junto a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Docente e Juiz de Direito de 3ª Entrância, em Pernambuco.

Resumo

Ao exercer as suas atribuições, a autoridade administrativa pratica atos jurídicos categorizados como atos ou decisões administrativos que produzem efeitos na órbita privada criando direitos e obrigações para os administrados. No Brasil, a complexa estruturação dos órgãos que desempenham atividades de interesse público a as variadas fórmulas de distribuição de competências e

atribuições produzem atos e decisões administrativas que se submetem a regimes jurídicos diferenciados e fazem do nosso sistema jurídico-administrativo um modelo diferenciado dos demais sistemas contemporâneos.

Palavras-chave: Administração. Autoridade. Decisão. Executoriedade.

1 Introdução

Idealizado para servir à comunidade e satisfazer o interesse público, o Estado mantém contínua interação com os administrados e, em razão dos fins que tem de perseguir, exerce atividades que se submetem a um regime jurídico publicístico, diferenciado do direito comum, que dota a Administração Pública de determinadas prerrogativas ou privilégios, sem, contudo, deixar de estabelecer limitações com vista a garantir a efetivação do catálogo de Direitos Fundamentais dos cidadãos.

Ao desempenhar as suas funções, a autoridade administrativa pratica atos jurídicos que, impregnados pela finalidade pública, são categorizados como atos ou decisões administrativos e produzem efeitos na órbita privada criando direitos e estabelecendo obrigações para os administrados.

No Brasil, devido às particularidades das entidades que integram a federação, ao sistema próprio de partilha das funções estatais entre os Poderes constituídos, à intrincada estruturação dos órgãos que desempenham atividades de interesse público, e às diversificadas fórmulas de distribuição de competências e atribuições, a produção dos atos administrativos submete-se a regimes jurídicos diferenciados, alguns dos quais se revelam como decisões que podem ser executadas diretamente pela Administração sem a necessidade de intermediação de outros Poderes.

A despeito das variantes que a atividade administrativa pode incorporar no nosso sistema jurídico, a teoria dos atos administrativos unilaterais consolidou-se na doutrina e na jurisprudência como espaço de estudo das manifestações de vontade da Administração que envolva tanto os atos normativos, como as atividades instrumentais centradas na emissão de decisões sobre situações concretas, provendo a satisfação de necessidades coletivas ou particulares.

A notória tendência de submissão das práticas administrativas à observância de procedimentos que viabilizem o controle das ações e decisões adotadas revela a atuação administrativa como ordenação lógica de atos interligados entre si¹, objetivamente vinculados à consecução do interesse público, e direcionados para a formação válida de atos eminentemente decisórios aptos para serem executados direta ou indiretamente pela própria Administração.

O presente ensaio tem por objetivo, precisamente, identificar como na tradição jurídico-administrativa brasileira se consolidou a atual construção plural da disciplina dos atos e decisões administrativas.

2 Estruturação histórica do direito administrativo brasileiro

A exemplo do que se verificou na Europa continental, o direito

¹ A 'procedimentalização' impede a concentração decisória num ato imediato e único, assegura a oportunidade de manifestação para todos os potenciais interessados e impõe que toda e qualquer decisão administrativa seja logicamente compatível com os eventos que lhe foram antecedentes e se traduza em manifestação fundada em motivos, cuja procedência é requisito de validade (JUSTEN FILHO, 2006:793).

administrativo brasileiro não teve origem autônoma. No período colonial, na época das capitânicas hereditárias, os donatários exerciam poderes absolutos outorgados pelo Monarca que abrangiam a administração, a distribuição da justiça e as funções legislativas.

Ao tempo dos governos-gerais, apesar da partilha de atribuições entre o governador-geral, como representante do Rei, o provedor-mor, na qualidade de emissário do fisco, e o ouvidor-geral, como autoridade competente para distribuir a justiça, o primeiro congregava a maior parcela do poder centralizando a competência legislativa, bem como a presidência da administração da justiça, sendo-lhe conferido, a partir de 1640, o título de Vice-Rei.

A divisão de funções somente foi consolidada no Império, mas com uma particularidade, além dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, instituiu-se um quarto Poder, intitulado Moderador, que passou a ser exercido juntamente com o poder executivo pelo Imperador. Nessa época, já se visualizava uma administração pública organizada, encabeçada pelo Conselho de Estado que detinha o exercício da jurisdição administrativa, mas regulamentada e regida predominantemente pelo direito privado. Ainda assim, foi durante o Império que o direito administrativo brasileiro encontrou lastro para se desenvolver, precisamente a partir da sua inclusão no currículo dos cursos jurídicos.

Com a proclamação da República, o Poder Moderador foi extinto e a jurisdição administrativa conferida ao Conselho de Estado quedou suprimida. A ausência de referência específica ao direito administrativo na Carta Republicana de 1891, cujo artigo 34 consagrava apenas os direitos civil, comercial, criminal e processual, como ramos do direito objetivo; o gradual afastamento da administração pública da disciplina do direito privado; e a forte influência do modelo consolidado nos Estados Unidos fizeram com que instituições e princípios próprios do *common law* fossem tomados para fundamento do novo sistema jurídico-administrativo (LIMA, 2007:64), inclusive, para suprir incongruências

decorrentes da subsistência de problemas não resolvidos pela emergente Ordem Constitucional, especialmente, os resultantes da falta de previsão de outros entes administrativos além da União, dos Estados e dos Municípios, habilitados para o exercício das atividades administrativas, a incerteza quanto aos reais limites do domínio público, e a ausência de disciplina exclusiva dos atos administrativos fora da órbita civil².

Somente após a atribuição ao Estado de poderes interventivos no âmbito social e econômico, a partir da Constituição de 1934, que acarretou a instituição de novas pessoas jurídicas de direito público capacitadas para executarem serviços públicos específicos, e o incremento dos quadros de funcionários públicos, é que se observa uma considerável evolução do direito administrativo brasileiro, sobretudo, por intermédio da produção doutrinária formatada nos moldes do modelo francês³, com teóricos preocupados em examinar, segundo um corpo de regras e princípios próprios, a estrutura, os atos e procedimentos das instituições e órgãos administrativos do Estado, as leis e regulamentos que regem a atividade administrativa, as relações jurídicas firmadas pela administração, e as prerrogativas e obrigações dos gestores públicos e dos administrados.

Nestas últimas décadas a construção doutrinária e jurisprudencial em torno do regime jurídico-administrativo tem sofrido as vicissitudes da reaproximação da Administração Pública com o direito privado, especialmente, a partir da constituição de entidades administrativas personalizadas com base no direito civil, da privatização de atividades antes desenvolvidas com exclusividade por setores disciplinados pelo direito público, e da substituição gradual do controle direto dessas atividades pela fiscalização desenvolvida por autoridades autônomas ou

agências com grau reforçado de independência.

Embora o processo de constitucionalização do direito administrativo tenha se erigido como barreira à minimização da função administrativa enquanto espaço de regulamentação pública, acarretado a sobreposição das normas e princípios constitucionais à lei como elementos conferidores de juridicidade à atuação administrativa, submetido à noção de interesse público à tônica dos valores consagrados no Texto, nomeadamente, a nível dos direitos fundamentais, e reduzido a liberdade conferida ao administrador no exercício do poder discricionário, a fim de permitir a incidência dos regramentos constitucionais em todas as atividades administrativas, a própria Carta estatuiu um sistema de desconcentração do poder administrativo possibilitando a criação de órgãos dotados de certo grau de autonomia, segundo o modelo importado para o Brasil da figura da *independent regulatory agency*, existente dos Estados Unidos desde o final do século XIX, na forma de agências integradas por dirigentes nomeados por prazo determinado pelo Chefe do Poder Executivo, mediante aprovação do legislativo e com estabilidade durante o mandato⁴.

O arquétipo idealizado para tais entidades "quebra o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, pois a sua atividade passa a situar-se em esfera jurídica externa à responsabilidade política do governo" (BINENBOJM, 2006:241). Elas podem apresentar natureza executiva, quando dotadas de competência para desempenharem diretamente atividades administrativas ou reguladoras, quando, então, passam a dispor de competência normativa para disciplinar a prestação de serviços públicos por particulares e o desenvolvimento de atividades econômicas privadas de interesse coletivo (JUSTEN FILHO, 2002:66), sendo-lhes vedado, contudo, modificar, suspender, suprimir ou revogar normas, bem realizar inovações⁵.

4 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Cautelar incidental na ADIN nº 1949, reconheceu a constitucionalidade deste modelo.

5 Importa ressaltar que, no Brasil, as agências surgiram na sequência da crise econômica gerencial de 1980, que desencadeou os processos de desestatizações, privatizações e de flexibilização dos monopólios, no qual o Estado intervencionista foi substituído por um modelo regulador. Na estrutura administrativa federal atualmente existem a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), a ANEEL (Agência Nacional de Energia

2 "Com o advento da República, o Brasil ingressou na segunda época constitucional da sua história. Mudou-se o eixo dos valores e princípios da organização formal do poder. Os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, das Constituições francesas para a Constituição norte-americana, de Montesquieu para Jefferson e Washington, da Assembleia Nacional para a Constituinte de Filadélfia e depois para a Suprema Corte de Marshall, e do pseudo-parlamentarismo inglês para o presidencialismo americano" (BONAVIDES, 1999:330).

3 "O modelo de administração implantado a reboque da colonização de exploração, somado ao patrimonialismo da Coroa Portuguesa que se tornou nota característica da cultura política brasileira encontrou no figurino francês material farto para se institucionalizar e legitimar" (BINENBOJM, 2006:41).

Para além destas novas tendências, verifica-se um sensível desenvolvimento das parcerias entre os setores públicos e privados como meio de otimização da atividade administrativa em certas áreas, seguindo um modelo cooperativo no qual o Poder Público e as entidades particulares assumem, conjuntamente, a responsabilidade pelo sucesso de empreendimentos com forte afetação social ou econômica.

Constata-se, ainda, uma maior abertura da Administração Pública à participação dos administrados, fundada na tese de que a sua ação não pode ser apenas eficaz, ou meramente apta para produzir os resultados esperados, mas deve ser eficiente e necessária para alcançar os objetivos no melhor nível de qualidade possível, com o mínimo de dispêndio dos recursos públicos e o máximo de participação dos interessados (MOREIRA NETO, 2007:123).

A despeito destes novos paradigmas, a organização administrativa brasileira segue a mesma tônica estabelecida no Decreto-lei nº 200/67, que divide a Administração em direta e indireta, a primeira composta pelos entes federativos, e a segunda, pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, estas duas últimas com o *status* de pessoa jurídica de direito privado. As agências integram o conceito de autarquias especiais, instituídas como pessoas jurídicas de direito público, destinadas a desempenhar determinada atividade pública.

3 O caráter híbrido do modelo administrativo brasileiro

A estruturação da administração pública brasileira, a despeito das influências pontuais dos modelos francês e britânico, na forma como efetivado nos Estados Unidos, não se enquadra nem no sistema de administração judiciária, nem no padrão de administração executiva, idealizados e aperfeiçoados, respectivamente, na Inglaterra e na França⁶.

Elétrica), a ANP (Agência Nacional do Petróleo), a ANS (Agência Nacional da Saúde), a ANA (Agência Nacional das Águas), a ANTT (Agência Nacional dos Transportes Terrestres), a ANTAQ (Agência Nacional dos Transportes Aquaviários), a ANCINE (Agência Nacional do Cinema), e a ANAC (Agência Nacional da Aviação Civil).

6 Para um apurado exame comparativo dos principais sistemas administrativos ver Diogo FREITAS DO AMARAL

O padrão brasileiro incorporou orientação anglo-norte-americana no que se refere à descentralização administrativa e a unidade de jurisdição.

A Constituição Federal, no seu artigo 18, adotou como forma de Estado o federalismo instituindo uma organização político-administrativa que compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos com autonomia e competências específicas, ressalva a supremacia da legislação federal (art. 22)⁷, e a possibilidade de intervenção central nas hipóteses estritamente consagradas (artigos 34, 35 e 36).

Mantendo a posição cancelada desde a instauração de primeira República (1891), a Carta consolidou o histórico repúdio à idéia de uma justiça administrativa coexistente com a justiça ordinária⁸, estabelecendo um largo controle por parte da Justiça comum sobre os atos da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com base na verificação da obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e da observância dos preceitos básicos distribuídos nos incisos e parágrafos do artigo 37, e nas demais

(2006/99-130).

7 A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil encontra-se plasmada nos artigos 18 a 43, da Constituição de 1988. O Distrito Federal e os Estados-membros, no âmbito das suas competências, transpuseram para os seus Textos Constitucionais a mesma disciplina jurídico-administrativa estatuida no plano federal, inclusive no que se refere aos respectivos Municípios, salvo quanto ao Distrito Federal cuja divisão em municípios é vedada. É o que se desprende da análise das Constituições Estaduais, mormente dos artigos: 1º a 37 (Acre); artigos 4º a 67 (Alagoas); artigos 6º a 90 (Amapá); artigos 10 a 19 e 104 a 141 (Amazonas); artigos 5º a 65 (Bahia); artigos 10 a 52 (Distrito Federal); artigos 14 a 44 e 154 a 190 (Ceará); artigos 1º e 2º e 14 a 47 (Espírito Santo); artigos 1º a 7º e 83 a 100 (Goiás); artigos 1º a 20 (Maranhão); artigos 17 a 20, 74 a 90 e 127 a 148 (Mato Grosso); artigos 4º a 50 (Mato Grosso do Sul); artigos 6º a 51 (Minas Gerais); artigos 10 a 87 (Pará); artigos 5º a 48 (Paraná); artigos 1º a 51 (Paraná); artigos 5º, 20 a 31 e 75 a 105 (Pernambuco); artigos 10 a 58 (Piauí); artigos 64 a 93 (Rio de Janeiro); artigos 11 a 31 (Rio Grande do Norte); artigos 3º a 48 (Rio Grande do Sul); artigos 1º a 25 (Rorondônia); artigos 6º a 29 (Roraima); artigos 5º a 31 (Santa Catarina); artigos 1º a 4º e 111 a 158 (São Paulo); artigos 4º a 35 (Sergipe); e artigos 1º a 13 e 57 a 66 (Tocantins). Os Municípios, no espaço das suas competências constitucionais, inseriram nas respectivas Leis Orgânicas o mesmo paradigma jurídico-administrativo delineado pelos princípios da Carta Federal.

8 No período da ditadura militar houve uma tentativa de judicialização da esfera administrativa instituindo-se, mediante atribuição de nova redação ao 5º, do artigo 153, da Constituição Federal de 1960, pela Emenda Constitucional 7/77, um modelo híbrido de contencioso administrativo no plano federal e estadual, para questões fiscais e previdenciárias, em que as decisões administrativas estariam sujeitas a recurso para tribunal judicial, suprimindo-se, por conseguinte, a primeira instância jurisdicional. Este sistema, que nunca entrou em vigor por carência de regulamentação, não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

regras inseridas nos artigos 38 a 42 (MORAES, 2005: 791)⁹.

Conforme o modelo em vigor, todos os interesses, quer dos particulares, quer do Poder Público, se sujeitam a uma única jurisdição conclusiva: a do Poder judiciário, sendo vedado à Administração exercer funções materialmente judiciais, ou judiciais por natureza, bem como emprestar às suas decisões a força e o traço de definitividade próprios das *res judicata*. As deliberações dos órgãos com jurisdição administrativa ou parajudicial não têm caráter conclusivo ou vinculante para os Juízes e Tribunais integrantes do Poder judiciário.

A atual Carta excluiu do ordenamento a denominada 'jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado' abolindo a exigência do exaurimento das vias administrativas para a obtenção de provimento judicial sobre a alegação de lesão ou ameaça a direito; manteve, contudo, a independência entre as instâncias penal e administrativa (disciplinar), ficando aberta a possibilidade de vinculação desta, quando na órbita penal verificar-se a inexistência material do fato ou restar comprovada a tese de negativa de autoria¹⁰.

Apesar disso, o padrão arquitetado recebeu influxos da versão francesa no que diz respeito à separação dos poderes, à conformação de um Estado de Direito, à subordinação da Administração à lei e ao privilégio de execução direta.

A Constituição Federal visando, precipuamente, garantir o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, previu, no seu artigo 2º, a partilha dos Poderes do Estado segundo o critério funcional, atribuindo a três órgãos independentes, autônomos e harmônicos entre si, as funções legislativa, administrativa e jurisdicional.

9 Este autor assevera que tal permissão, juntamente com a característica aberta dos princípios e preceitos constitucionais básicos sobre a Administração Pública, acabou por ampliar a ingerência do Poder Judiciário nos negócios de Administração Pública, autorizando-o a definir, por exemplo, quais os atos imorais do administrador público (art. 37, caput); os requisitos possíveis para o ingresso na carreira pública (art. 37, III); os limites da publicidade oficial (art. 37, 52º), entre outras importantes normas" (p. 791). Para ele, a partir deste marco constitucional, a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos jurisdicionais, decorrentes da interpretação dessas regras básicas, caracterizou-se "pelo caráter criativo e limitador do Poder Executivo, buscando a consagração da transparência, moralidade e proibição na gestão da coisa pública em defesa dos direitos dos administrados" (p. 793).

10 STF - Pleno - MS nº 22.430-0 - SP - Relator Min. Moreira Alves.

O texto, além de definir as composições, funções e prerrogativas dos Órgãos estatais (artigos 44 a 126, da Constituição Federal), consagrando um complexo mecanismo de controles recíprocos, na mesma tônica da teoria dos freios e contrapesos, de maneira que ao mesmo tempo em que um Poder controle os demais seja por eles controlado, catalogou, de forma solene, no artigo 5º, os direitos e garantias passíveis de serem invocados pelos brasileiros ou estrangeiros residentes no país, contra o arbítrio das autoridades públicas.

A Administração Pública, em todas as suas formas de expressão, inclusive nas atividades discricionárias, deve obediência à legislação. O poder exercido pelo administrador público somente será legítimo quando estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, e ainda assim, somente pode ser empregado em prol do bem-estar social.

Mesmo quando o administrador despe-se da prerrogativa de autoridade pública para praticar, por força de lei ou de obrigações assumidas em relações negociais celebradas com particulares, atos na órbita privada em conformidade com disposições do direito comum, cuja execução não exija uso de coerção, não se exime da sua vinculação às regras próprias de direito administrativo, especialmente, quando tais atividades exigem para adquirirem validade a prévia observância das formalidades administrativas legalmente estatuídas.

Para conferir efetividade aos atos ou decisões da administração, o sistema consagrou a auto-executoriedade como atributo que certos atos administrativos possuem de ensejarem, independente de ordem judicial, a imediata e direta execução pela própria Administração dos seus conteúdos, assegurado, no entanto, àquele que se sentir prejudicado, o direito de recorrer ao judiciário a fim de ver corrigida eventual ilegalidade administrativa ou ser ressarcido dos danos suportados.

Quanto ao sistema de garantias jurídicas postas à disposição dos particulares para refutarem a prática de ilegalidades e abusos, foram recepcionadas particularidades tanto no paradigma anglo-norte-

americano como do francês, contudo, diversamente do que ocorre neste, essas garantias são predominantemente efetivadas por intermédio dos tribunais comuns, e não dos tribunais administrativos.

4 Qualificação do ato administrativo como decisão de autoridade pública

As relações jurídico-administrativas, no Brasil, são qualificadas pela presença determinante da Administração Pública, cuja vontade, expressada por intermédio de atos unilaterais ou bilaterais praticados pelos seus agentes ou particulares investidos na função pública, se submete inteiramente aos comandos legais.

No sistema chancelado, todo ato administrativo encerra manifestação de vontade materializada numa decisão de um órgão, unipessoal ou colegiado, que expressa o fim colimado pela administração. A identidade de sentidos e a forma como as noções de ato administrativo e decisão administrativa se entrelaçam, se confundem e se complementam, justifica e permite a utilização de ambas as expressões como sinônimas, até porque, na concepção adotada, todo ato administrativo, vinculado ou discricionário, exterioriza um ato decisório do Poder Público enquadrável na moldura legalmente estabelecida, conseqüentemente, toda decisão administrativa, necessariamente configura ato administrativo independentemente do seu teor, natureza, órgão expedidor ou destinatário.

Devido à inexistência de uma rígida distribuição das funções entre os Poderes Estatais, adota-se o critério objetivo para identificar o ato administrativo como sendo aquele praticado no exercício da função administrativa independentemente do órgão que o tenha consumado.

No modelo planejado, embora o implemento da atividade administrativa caiba precipuamente ao Poder Executivo, os Poderes Legislativo e Judiciário também exercem atribuições tipicamente administrativas, nomeadamente, quando ordenam seus próprios serviços e servidores e expedem instruções sobre matéria de sua competência

privativa, sujeitando-se, igualmente, à revogação ou anulação tanto no âmbito interno, como pelas vias judiciais.

Apenas quando desempenham a função executiva é que os administradores praticam atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos ou decisões administrativas, os quais se distinguem por sua natureza, conteúdo e forma, daqueles emanados do exercício das atribuições específicas de legislação e de jurisdição.

Consolidou-se, nesse contexto, um sistema no qual todos os atos, decisões e funções desempenhadas pelas autoridades ou órgãos públicos, que pela sua natureza e forma de execução possam ser categorizados como tipicamente administrativos, são regulados pelas normas e princípios do direito administrativo, numa realidade em que não só os atos do Executivo, mas também os do Legislativo e do Judiciário, praticados e aperfeiçoados "como atividade paralela e instrumental das que lhe são específicas e predominantes, isto é, a de legislação e a de jurisdição" (MEIRELLES, 1989:23), se inserem no rol de abrangência desse ramo do direito público.

5 As formas de instrumentalização dos atos e decisões administrativos

Há autores que conferem grande elasticidade ao conceito de ato administrativo, ao passo que outros procuram delimitá-lo ao máximo, diferenciando-o de outros atos praticados pela administração.

Alguns definem o ato administrativo com base no conceito geral de ato jurídico consolidado no Direito Civil. Entre os administrativistas que seguem esta via encontramos José CRETELLA JÚNIOR (1977:19) que o define como "manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções ou por qualquer pessoa que detenha nas mãos fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações subjetivas, em matéria administrativa", Hely Lopes MEIRELLES (1989:126), para quem "ato administrativo unilateral é

toda manifestação de vontade da Administração Pública, que tenha por objetivo imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir, e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria", e Odete MEDAUAR (2007:133) que o visualiza como "um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade".

Outros procuram evidenciar o caráter publicístico, entre eles Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (1994:175) defende que o ato administrativo, no sentido estrito do termo, constitui "declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado), expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional".

Seguindo idêntico raciocínio Maria Sylvia ZANELLA DI PIETRO (2002:188) define-o como "declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico do direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário", mesma linha chancelada por Marçal JUSTEN FILHO (2006:191), para quem o ato administrativo é "manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa"; e por Diógenes GASPARINI (2006:61) que o define como "toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário".

Apesar da aparente diversidade de concepções, todas as fórmulas sugeridas parecem convergir para uma definição que identifique o ato

ou decisão administrativa como toda manifestação estatal, revelada por quem esteja investido, ainda que transitoriamente, em função pública, capaz de produzir efeitos jurídicos.

Figuram como requisitos necessários, sem os quais a decisão administrativa não se aperfeiçoa em condições de produzir efeitos válidos: a competência, a finalidade, a forma ou procedimento, o motivo, em alguns casos qualificado pela exigibilidade do mérito administrativo, e o objeto.

Independente do grau de discricionariedade ou vinculação, nenhum ato pode ser praticado validamente sem que o agente tenha sido previamente investido no poder legal para o emitir. A competência administrativa decorre e é delimitada pela lei, por ser requisito de ordem pública é intransferível e improrrogável, em razão do que, todo ato emanado de agente incompetente, ou formalizado sem a observância dos limites legalmente fixados é imperfeito e inválido.

Enquanto expressão e meio de realização do interesse coletivo, a administração pública deve direcionar os seus atos para a consecução de um fim público, explícita ou implicitamente previsto em lei, imposição da qual decorre a vedação ao administrador de alterar tácita ou expressamente o objetivo inserto na norma, sob pena de quedar caracterizado desvio de poder ensejador da invalidação do ato.

Todo ato administrativo possui um revestimento exterior, uma forma legal substancial imprescindível para sua validade, que constitui parâmetro para aferição da legalidade pela própria administração e pelo judiciário. Quando necessário para a perfeição e eficácia do ato, a forma revela-se como requisito vinculante tanto para a produção como para a revogação ou modificação da decisão.

O ato administrativo também congrega como pressuposto uma causa determinante, um motivo, consubstanciado numa situação fática ou jurídica prevista em lei ou deixada ao critério do administrador, que autorize a sua formalização. Quando especificado na lei, constitui elemento vinculado que obriga o agente a justificar a sua existência,

sem a qual o ato será inválido ou passível da invalidação, porém, quando a norma confere ao administrador a faculdade para ponderar a oportunidade e a conveniência para a prática da conduta, terá ele o poder discricionário para especificar ou não os motivos, mas se decidir exprimi-los, a eles vincular-se-á, sujeitando-se ao dever de demonstrar a sua efetiva ocorrência.

Evidenciado como manifestação de poder da administração, o ato administrativo deve incorporar um objeto que materialize a vontade criadora, modificadora ou meramente confirmatória de situações jurídicas preexistentes alusivas a pessoas, coisas ou atividades sujeitas ao Poder Público, podendo consubstanciar condutas cujo conteúdo, destinatário e modo de realização se submetam aos ditames estabelecidas na lei ou à livre escolha do administrador.

No primeiro caso, fala-se de atos vinculados, nos quais inexistente faculdade de opção para o administrador, toda a sua atuação se restringe à observância das imposições legais, ou seja, à verificação dos pressupostos de direito e de fato que condicionam a formalização do ato.

Devido a sua submissão à lei, tais atos quando expostos ao crivo do Judiciário são examinados em todos os seus aspectos, podendo o julgador, na análise da legalidade, conquanto impedido de pronunciar-se sobre a conveniência, oportunidade ou justiça da atividade administrativa, esquadriñar os aspectos formais, materiais e ideológicos afetos à moralidade administrativa que serviram de fundamento para o seu aperfeiçoamento.

Na segunda hipótese, temos os atos discricionários, nos quais o administrador tem liberdade para eleger o conteúdo, o destinatário, a conveniência, a oportunidade e o modo de realização, desde que observado o fim público determinado. O seu cometimento pressupõe que a legislação tenha conferido explícita ou implicitamente tal prerrogativa ao agente público, assinando-lhe os critérios e limites de sua liberdade de ação e os fins aos quais está sujeito¹¹.

11 Conforme jurisprudência assente no Superior Tribunal de Justiça, "o ato discricionário, quando motivado, fica vinculado ao motivo que lhe serviu de suporte, com o que, se verificado ser o mesmo falso ou inexistente,

Nessas atividades prepondera o mérito administrativo revelado na valoração que a administração desenvolve para eleger, a partir da ponderação da eficiência, conveniência, oportunidade e justiça, os motivos e o objeto da sua decisão, liberdade que só pode ser exercida dentro das opções que a lei explicitamente prevê.

Em todas as suas acepções, o ato administrativo revela-se como expressão de autoridade estatal ou de quem esteja investido, ainda que transitoriamente, em prerrogativas estatais, sob regência do direito público. Consubstancia manifestação de vontade diversa da consolidada no âmbito do direito privado porque subordinada a um procedimento de funcionalização e objetivação que a qualifica como ato de órgão público e manifestação do poder estatal submissa às restrições legais e vinculada à satisfação dos fins e das necessidades coletivas.

Por conseguinte, com exceção das exigências administrativas que antecedam a celebração dos negócios jurídicos, tais como autorização legislativa e licitação, nenhum dos regramentos aplicados aos atos unilaterais da Administração Pública se aplica aos atos de direito privado por ela praticados no desempenho normal de suas atividades, quando se nivela ao particular, renunciando à sua supremacia e colocando-se num plano onde, em tese, não pode, sem audição do interessado, alterar, revogar, anular ou rescindir o contrato celebrado.

Os atos ou decisões administrativas comportam incontáveis formatos, geralmente são materializados como: a) autorizações para o exercício de certas atividades ou profissões; b) permissões e concessões para prestação de serviços públicos ou para utilização de bens públicos; c) homologações e aprovações que refletem a concordância expressa da Administração com atos jurídicos pretéritos ou futuros; d) admissões de administrados a determinados serviços públicos; e) dispensas da prática de certas condutas pelos administrados tendo em vista a ocorrência de situações jurídicas específicas; f) adjudicações de bens ou direitos; g) revogações de atos válidos e eficazes por conveniência da

administração; h) invalidações de atos realizados em desconformidade com a lei; i) aplicações de penas disciplinares; e, j) determinações gerais, sancionatórias ou não, resultantes do exercício concreto do poder de polícia.

A despeito da exigência da vontade como pressuposto para a configuração das decisões administrativas, algumas situações que não refletem manifestação volitiva são habilitadas a produzir efeitos jurídico-administrativos relevantes. Na doutrina fala-se de ato administrativo putativo como atuação puramente material que induz os administrados a presumirem a existência de um ato de vontade estatal regular, e que, para evitar sacrifícios a interesses legítimos, é tratado como ato administrativo efetivo (ato involuntário danoso praticado por agente controlador de tráfego).

Nesse plano também estão posicionadas as omissões da administração que geram efeitos jurídicos de atos administrativos, evidenciadas nas hipóteses em que a lei expressamente prevê um resultado para o silêncio da administração (JUSTEN FILHO, 2006:194-5).

6 Atributos dos atos e decisões administrativas

A Administração Pública, por desenvolver atividade destinada à realização de interesses coletivos, desfruta de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que a sua atuação possa eficazmente atingir os escopos que lhe são consagrados¹².

Em decorrência desses privilégios que exteriorizam a posição de supremacia da administração, os atos e decisões administrativos, independente da espécie e da forma legal que incorporem, gozam de presunção de legitimidade, de imperatividade, de exigibilidade e, em certos casos, de auto-executoriedade (MELLO, 1994:195, e

12 Ainda com base na corporificação do interesse público superior pela Administração foram instituídas outras prerrogativas de cunho material, como as denominadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos: a inoponibilidade pela particular da exceção de contrato não cumprido; os poderes de alterar e extinguir unilateralmente os contratos, de fiscalizar as atividades do contratado, de aplicar-lhe sanções, de intervir na sua gestão, de suspender provisoriamente da execução dos contratos, e de declarar a inidoneidade dos contratados (PEDREIRA, 2006:69).

GASPARINI, 2006:73-8)¹³.

Atributo que dimana do princípio da legalidade da Administração e visa responder a necessidade de se conferir celeridade e segurança às atividades desenvolvidas pelo Poder Público, mantendo-as íntegras, inclusive na pendência de impugnação por parte dos administrados, a presunção (relativa) de legitimidade, que diz respeito à conformidade do ato com a lei, constitui fundamento para a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos¹⁴.

Enquanto não sobrevier pronunciamento de nulidade, os atos administrativos são considerados verdadeiros e conforme o direito, válidos e operantes tanto para a Administração como para os seus destinatários. Decorre desse caráter, o princípio segundo o qual, em se tratando de atuação do Poder Público, mesmo que flagrante a nulidade da decisão administrativa produzida, é vedado ao particular, enquanto não declarada regularmente a sua invalidade, recusar a exequibilidade do seu conteúdo.

A Ordem Jurídica admite, entretanto, a possibilidade de sustação liminar dos efeitos dos atos impugnados, por intermédio de recursos administrativos e de ações comuns ou remédios constitucionais ventilados perante o Poder Judiciário. Ainda em razão da presunção de legitimidade, incumbe a quem invoca a nulidade do ato o ônus de provar a configuração do vício formal ou ideológico (material) capaz de invalidá-lo¹⁵.

13 Os doutrinadores não são unânimes quanto à enumeração, contudo, apesar da variedade de fórmulas, há certa unidade quanto aos elementos que, em última análise configuram expressão das prerrogativas da Administração. Maria Sylvia Zanella di Pietro fala do atributo da presunção de legitimidade e de veracidade, o primeiro, referente à conformidade do ato com a lei, e o segundo, alusivo à presunção de veracidade dos fatos alegados pela Administração. Trata, ainda, do atributo da tipicidade, em razão do qual "o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados" (2002:189 e 193). Hely Lopes Meirelles elenca a presunção de legitimidade, a imperatividade e a auto-executoriedade (1989:134-7), no que é seguido por Odete Medauar (2007:140). Marçal Justen Filho trata da presunção de legitimidade (e de regularidade), da exigibilidade (imperatividade), e da auto-executoriedade (2006:209-213).

14 O STF firmou entendimento de que a presunção de legitimidade do ato administrativo não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular. (STF - RE nº 156.543-RS, 2ª T. Relator Min. Marco Aurélio, RTJ 156/1042).

15 "Se os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e auto-executoriedade, na hipótese em que se alega nulidade, porque evadido de ilegalidade, incumbe ao impugnante o ônus da prova do vício, ex vi do artigo 333, II, do Código de Processo Civil" (STJ - 6ª Turma - Recurso Especial nº 250.307/MA, Relator Min. Vicente Leal, DJ de 15.05.2000).

Desnecessária nos atos cujos efeitos jurídicos dependem exclusivamente do interesse particular, a imperatividade, qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros independente do seu assentimento, constitui predicado imprescindível para a operatividade, cumprimento ou execução dos atos que consubstanciem provimento ou ordem administrativa, conferindo-lhes força imperativa própria do Poder Público e, conseqüentemente, obrigando o particular ao fiel atendimento do seu conteúdo, sob pena de sujeitar-se à execução forçada pela Administração (atos auto executórios) ou pelo Judiciário (atos desprovidos de auto-executoriedade).

No direito administrativo brasileiro são atribuídos sentido próprio e conseqüências específicas ao ato exequível ou operativo, diferenciando-o do ato apenas eficaz. Embora a eficácia e a exigibilidade (ou exequibilidade) possam surgir na mesma ocasião e coexistir durante toda a existência legal do ato, não se confundem. A eficácia consubstancia tão-só a idoneidade que o ato adquire para produzir seus efeitos específicos e tornar-se vinculativo para a Administração após o exaurimento de todas as etapas legalmente estatuídas para a sua formação¹⁶.

Conquanto eficaz, ou seja, formalmente acabado e apto para produzir os seus efeitos, o ato administrativo pode não ser exequível (ou exigível) por ausência de verificação de uma condição ou de um termo, ou ainda, pela carência de um ato complementar indispensável para que a sua execução ou operatividade tenha início. Somente quando o ato se afigura materialmente perfeito, livre de qualquer condição, termo ou outra formalidade é que se pode falar em exigibilidade e, por conseguinte, em disponibilidade de produção imediata dos seus efeitos finais.

A exigibilidade também não se confunde com a executoriedade ou auto-executoriedade do ato. A exigibilidade não assegura, por si só, a possibilidade do manejo de coação material para a execução da

16 José CRETELLA JÚNIOR assinala que, enquanto especial manifestação de eficácia dos atos administrativos, a executoriedade não se confunde com a executividade, que equivale a eficácia in genere do ato, isto é, a sua aptidão para ser executado, ao passo que a primeira "é peculiar apenas aos atos que impõem deveres positivos ou negativos; pressupõe que o ato seja executivo, ou seja, eficaz, e consiste num modo particular de comportar-se tal eficácia, que não tem razão de ser, senão nos atos desta categoria" (1963:20).

obrigação nele contida, é o atributo da auto-executoriedade que autoriza a administração obrigar materialmente o administrado, sem intervenção do Judiciário¹⁷, a cumprir o dever que lhe foi imposto.

A auto-executoriedade configura um *plus* em relação à exigibilidade, tanto uma como a outra têm como característica central o fato de se imporem sem necessidade de a Administração ir a juízo. É em virtude da exigibilidade, que a administração pode valer-se de meios indiretos para induzir o administrado a atender o comando imperativo da decisão administrativa, "graças à executoriedade, quando esta exista, a administração pode ir além, isto é, pode satisfazer diretamente a sua pretensão jurídica compelindo materialmente o administrado, por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial para proceder a esta compulsão" (MELLO, 1994:196).

7 Considerações conclusivas

A investigação encetada com o intuito de investigar as indagações fundamentais que ensejaram a elaboração do presente relatório evidenciou que no sistema brasileiro todos os atos e funções desempenhadas pelas autoridades ou órgãos públicos, categorizados como tipicamente administrativos, são regulados pelas normas e princípios do direito administrativo.

Na estruturação da administração pública, o Brasil sofreu influências decisivas dos paradigmas francês e anglo-norte-americano. Com base na versão francesa, edificou o modelo de separação dos poderes, de constituição de um Estado de Direito, de subordinação da Administração à lei e do privilégio da auto-executoriedade como atributo de certos atos ou decisões administrativos, com arrimo nos fluxos anglo-norte-americanos, idealizou um padrão assentado na descentralização administrativa e na unidade de jurisdição, estabelecendo

17 O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "a Administração Pública, pela qualidade do ato administrativo que a permite compelir materialmente o administrado ao seu cumprimento, carece de interesse de procurar as vias judiciais para fazer valer sua vontade, pois pode por seus próprios meios providenciar o fechamento de estabelecimento irregular" (STJ - 2ª Turma - Recurso Especial nº 696.993/SP - Relator Min. Eliana Calmon, DJ de 19.12.2005). Este posicionamento deve ser ponderado com as devidas cautelas, uma vez que nada impede que a Administração recorra à intermediação judicial quando, por circunstâncias alheias à sua vontade, quedar impossibilitada de efetivar o seu comando.

um largo controle pela Justiça comum sobre os atos da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Abeberou-se, contudo, em ambos os paradigmas para instituir um sistema de garantias jurídicas postas à disposição dos particulares para refutarem a prática de ilegalidades e abusos.

Constatou-se que as relações jurídico-administrativas no Brasil são qualificadas pela presença determinante da Administração Pública, cuja vontade, expressada por intermédio de atos unilaterais ou bilaterais praticados pelos seus agentes ou particulares investidos na função pública, se submete integralmente à lei.

Inferiu-se que, em todas as suas acepções o ato administrativo revela-se como manifestação de autoridade estatal ou de quem esteja investido, ainda que transitoriamente, em prerrogativas estatais, sob a regência do direito público, vinculada à satisfação dos fins e das necessidades coletivas, e obrigatória para os seus destinatários.

Verificou-se que, por desenvolver atividade destinada à realização de interesses coletivos, a Administração Pública desfruta de prerrogativas que lhe conferem supremacia, gravando os seus atos, independente da espécie e da forma legal que incorporem, com os atributos da presunção de legitimidade, da imperatividade, da exigibilidade e, em certos casos, da auto-executoriedade, esta consubstanciada na qualidade excepcional que certos atos possuem de ensejarem a imediata e direta execução pela própria Administração do seu comando, sem a necessidade da intermediação judicial.

Vislumbrou-se que nem todas as declarações de vontade da Administração são executórias, para adquirir tal atributo, é necessário que: a) a manifestação consubstancie um ato administrativo de natureza pública e reúna todos os requisitos vitais para produzir seus efeitos; b) exista previsão legal; ou, c) constate-se que a medida configure providência indispensável para garantir o interesse público, em situações urgentes nas quais o seu comprometimento é iminente.

Apurou-se que, a despeito das inúmeras situações nas quais os atos administrativos podem aperfeiçoar-se com o atributo da auto-executoriedade, inexitem, no âmbito da legislação, normas que estabeleçam princípios específicos para a execução coercitiva pela própria Administração.

Ainda assim, o ordenamento disponibiliza um conjunto de instrumentos jurídicos aos administrados (indivíduos, servidores ou pessoas jurídicas), a fim de afastarem ilegalidades e abusos. No plano administrativo podem pleitear a revogação ou invalidação do ato, postular a suspensão dos seus efeitos, na órbita judicial é facultado o acesso tanto a ações comuns, ordinárias, cautelares e especiais, previstas no Código de Processo Civil, como aos remédios constitucionais próprios (mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, ação civil pública, habeas data), a fim de perseguirem a suspensão liminar da operatividade de atos administrativos, bem como a sua invalidação e o ressarcimento dos prejuízos suportados.

Concluiu-se, por fim, que diante de eventual impossibilidade de executar diretamente o ato, quer em razão de resistência intransponível oposta pelo destinatário da medida, quer por carência de meios efetivos para fazer valer a sua vontade, o ordenamento faculta à Administração o manejo de todas as ações judiciais cabíveis para o acerto judicial dos mesmos, sem prejuízo da instauração de procedimentos penais com o objetivo de apurar e punir delitos como o de resistência, desobediência, desacato, corrupção ativa, cujos tipos incorporam condutas materializadas na renitência dos particulares em cumprirem ordens auto executórias, ou não, emitidas por autoridades públicas.

The Plural Nature of the Administrative Decisions in the Brazilian Juridical Tradition

Abstract

When exercising their attributions, the administrative authority practices juridical actions classified as actions or administrative decisions that they produce effects in the deprived orbit creating direct and obligations for administered them. In Brazil, the complex structuring of the organs that they carry out activities of public interest to the varied formulas of distribution of competences and attributions produce actions and administrative decisions that they undergo differentiated juridical regimes and they do a differentiated model of the other contemporary systems of our juridical-administrative system.

Keywords: Administration. Authority. Decision. Enforceability.

Referências¹⁸

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. São Paulo: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. Executoriedade do Ato Administrativo Unilateral. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Serviço

18 Além das obras referenciadas, eleitas como principais objetos de investigação, outras igualmente influenciaram na composição e formatação do texto, em razão do que, até por uma questão de fidelidade e respeito aos Autores, devem ser elencadas a fim de possibilitar ao leitor mais interessado, instrumentos para que possa aprofundar os seus estudos. Foram consultados: Carlos Pinto de Motta (Curso Prático de Direito Administrativo, Del Rey, 1999); Mário Masagão (Curso de Direito Administrativo, Max Limonad, 1960); José CreteLLa Júnior (Curso de Direito Administrativo, Forense, 1971); Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Curso de Direito Administrativo, Forense, 2006); Manoel Oliveira Franco Sobrinho (Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 1979); Lúcia Valle Figueiredo (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2004); Edmir Neto de Araújo (Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 2005); Jean Rivero (Curso de Direito Administrativo Comparado, Revista dos Tribunais, 2004); Onofre Mendes Júnior (Direito Administrativo, Bernardo Alves, 1961); Manoel Ribeiro (Direito Administrativo, Itapoá, 1964); Romau Felipe Bacellar Filho (Direito Administrativo, Saraiva, 2005); Márcio Fernando Elias Rosa (Direito Administrativo, Saraiva, 2005); Marcelo Alexandrino (Direito Administrativo, Impetus, 2006); Irene Patrícia Nohara (Direito Administrativo, Atlas, 2006); Egberto Maia Luz (Direito Administrativo Disciplinar, Revista dos Tribunais, 1992); Álvaro Lazzarini (Estudos de Direito Administrativo, Revista dos Tribunais, 1999); Antônio A. Queiroz Telles (Introdução ao Direito Administrativo, Revista dos Tribunais, 2000); Edgar Carlos Amorim (Lições de Direito Administrativo, Forense, 1998); José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, Lumen Juris, 2006); Paulo Magalhães da Costa Coelho (Manual de Direito Administrativo, Saraiva, 2004); Themistocles Brandão Cavalcanti (Princípios Gerais do Direito Administrativo, Freitas Bastos, 1945); e José Antonio Remédio (Mandado de Segurança na Jurisprudência – Direito Material e Processual, Saraiva, 2003).

de Publicações da Fundação Getúlio Vargas, v. 71, p. 16-28, Jan.-Mar. de 1963.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. **Curso de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, v. 1, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. Revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 2007.

PEDREIRA, Ana Maria. **Direito Administrativo e Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PREPOSTO CREDENCIADO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: A REVELIA DECORRENTE DA NÃO APRESENTAÇÃO DA CARTA DE PREPOSIÇÃO COM PODERES PARA TRANSIGIR

José Raimundo dos Santos Costa

Mestre em Gestão Pública pela UFPE; mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; especialista em Direito Público e em Filosofia pela UFPE e em Direito Público e Privado pela ESMAPE/MAURÍCIO DE NASSAU; Professor de Direito Processual Civil da UNIVERSO e da ESMAPE; Juiz de Direito no Estado de Pernambuco.

Resumo

Com o advento da lei nº 12.137/2009 o § 4º do art. 9º lei nº 9.099/1995, ganhou nova redação com o propósito de deixar claro os requisitos da preposição nos Juizados Especiais Cíveis. Pela nova redação da norma, não há mais dúvida quando a desnecessidade do preposto ser funcionário da empresa demandada e que o credenciamento do preposto se prova pela apresentação por ocasião da audiência da carta de preposição com poderes especiais e expressos para transigir, cuja falta acarreta no reconhecimento da revelia da empresa

demandada, salvo se, houver proposta de acordo, que aceita pelo autor, deverá ser concedido prazo para a juntada aos autos da carta de preposição, afim de homologação do acordo, sob pena de revelia. Necessário se faz esclarecer que não há necessidade de reconhecimento de firma do outorgante da carta de preposição. Preposto. credenciado. ausência.revelia.

Palavras-chave: Juizados Especiais Cíveis; Preposto. Revelia.

Introdução

Os Juizados Especiais Cíveis, tornaram-se um legítimo instrumento da democracia, uma vez que se coloca como um dos instrumentos de pacificação social mais próximo do cidadão, pois presta um serviço acessível, sem custo e com a possibilidade de soluções simplificadas e rápidas, ao privilegiar a todo tempo a conciliação.

Nesse contexto é cada vez maior a judicialização nos Juizados Especiais Cíveis das demandas relacionadas à relação de consumo. As grandes empresas fornecedoras de produtos ou serviços são,

regularmente, demandadas a fim de ser resolvidas questões litigiosas acerca dos contratos de consumo por elas celebrados, visando, quase sempre a preservação dos direitos de consumidores, cujas lesões se enquadrem nas hipóteses de competência dos Juizados Especiais.

Diante dessa massificação de demandas judiciais relativa às relações de consumo, sabemos que se torna quase impossível que grandes empresas fornecedoras de produtos ou serviços, façam-se representar por meio de seus proprietários ou sócios em todas as audiências, tendo em vista o grande número de demandas. A lei estabelece a possibilidade de serem representadas pela figura do preposto credenciado. O preposto é alguém que representa a empresa ou a firma individual em juízo, através de Carta de Preposição que lhe conferirá poderes para representá-la, ou seja, poderá falar em nome da representada, firmar acordos, resolvendo, assim, da melhor maneira possível o litígio.

A figura do preposto torna-se cada vez mais importante no nosso ordenamento jurídico, uma vez que as demandas envolvendo relações de consumo são cada vez maiores. Desta forma, quando uma empresa ou empresário de firma individual são acionados judicialmente, terão que, necessariamente, comparecer nas audiências marcadas, podendo, quando demandadas em Juizados Especiais, poderão se fazer representar nas audiências.

Quem poderá ser preposto, como deve ser comprovada essa condição e quais as consequências da falta da carta de preposição são as questões que pretendemos responder neste trabalho.

1 Conceito de Preposto

Preposto é uma pessoa natural que substitui uma pessoa jurídica em atos que exige a sua presença. Essa substituição, porém, deve ser autorizada pelos interessados ou por lei.

A Consolidação das Leis do Trabalho no artigo 843, § 1º, determina que no processo do trabalho a empresa demandada

compareça às audiências, facultando ao empregador "fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente". O preposto, portanto, é uma pessoa que "presenta"¹ a empresa em juízo e no processo do trabalho, suas informações podem implicar em confissão real. Esse é o entendimento do TST sumulado pela Súmula 377, na qual dispõe que o preposto deve necessariamente ser empregado da empresa.

Por preposto, portanto, há de se entender o "presentante" da pessoa jurídica devidamente credenciado e habilitado para o ato, por documento (público ou particular), denominado carta de preposição, com poderes específicos, conferidos pelo representante legal da pessoa jurídica mandante que, necessariamente deverá ter poderes para conferir a outorga da preposição.

2 Representação da pessoa jurídica por preposto credenciado nos Juizados Especiais Cíveis

Compilado da CLT, o § 4º, do art. 9º, da Lei nº 9.099/1995, autorizou que o titular de firma individual ou pessoa jurídica, quando for réu em sede de Juizados Especiais Cíveis, poderão se fazer representar, na sessão de conciliação ou na audiência de instrução e julgamento, por preposto devidamente credenciado.²

A aplicação deste dispositivo legal pelos magistrados dos Juizados Especiais Cíveis, gerou um grande debate, causando a solidificação de alguns entendimentos, porém, em alguns pontos a doutrina e a jurisprudência ficaram divididas.

A primeira discussão se deu sobre a possibilidade de se fazer apresentar por preposto na sessão de conciliação e na audiência de instrução e julgamento, também a microempresa, a empresa de pequeno porte e a empresa individual, quando figurarem no pólo ativo da demanda. Consagrou-se o entendimento de que somente na condição de ré é que

¹ Diferente do procurador que representa alguém em algum ato, o preposto substitui a empresa no ato, ou seja, se faz presente como se fosse a própria empresa, logo a apresenta.

² Redação original da Lei nº 9.099/1995

a pessoa jurídica ou empresa individual pode se fazer representar por preposto, na medida em que, o § 4º, do art. 9º, da Lei nº 9.099/1995, limitou expressamente essa possibilidade apenas na pessoa do réu³.

Nesse mesmo sentido foi concebido o Enunciado 110 do FONAJE aprovado no XIX Encontro – São Paulo/SP, com nova redação aprovada no XXI Encontro realizado em Vitória/ES.⁴

Também foi objeto de discussão doutrinária a possibilidade de ser preposto pessoa que não seja funcionário da empresa demandada, uma vez que no processo trabalhista a lei expressamente dispõe que o preposto seja empregado da empresa demandada. Diferentemente da CLT a lei nº 9.099/1995 com a redação original do § 4º, do art. 9º, silenciou sobre essa questão, gerando posicionamentos entendendo que o preposto deveria ser empregado da empresa demandada, bem como os que defendiam a tese de que não havia a necessidade de ser o preposto empregado da empresa, tese esta que se tornou majoritária nas decisões emanadas dos Juizados Especiais cíveis.

Outra questão muito debatida foi a possibilidade do advogado agir ao mesmo tempo com defensor e proposto da empresa demandada, porém, essa questão já foi pacificada, pelo entendimento pela impossibilidade dessa acumulação.

É que nos termos do disposto nos arts. 35, I e 36, II, da Lei 8.906/1994, em interpretação sistemática com o art. 23 do Código de Ética e disciplina da OAB, é vedada a acumulação das atribuições de preposto e de advogado, sem prejuízo da possibilidade de ser representada a pessoa jurídica por quem de direito⁵. O mesmo entendimento é refletido no Enunciado 98 do FONAJE.⁶

3 Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, entendem que podem ser representados por prepostos também as microempresas e empresas de pequeno porte quando figurem no pólo ativo de demanda. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 10.258, de 12.07.2001*. – 3. Ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1611.

4 Enunciado 110 do FONAJE: "A microempresa e a empresa de pequeno porte, quando autores, devem ser representadas em audiência pelo empresário individual ou pelo sócio dirigente".

5 Tourinho Neto, Fernando da Costa e Figueira Júnior, Joel Dias, p. 162.

6 Enunciado 98 do FONAJE: "É vedada a acumulação simultânea das condições de preposto e advogado na mesma pessoa (art. 35, I e 36, II, da Lei 8.906/1994 combinado com o art. 23 do Código de Ética e Disciplina da

Relevante, também, foi o debate sobre a possibilidade da pessoa que se apresenta na audiência como preposto da empresa demandada sem estar de posse da carta de preposição, participar da audiência sendo-lhe concedido prazo para a apresentação posterior do documento de comprovação da condição de preposto. Nesse particular as opiniões se dividem, tendo aqueles que entendem ser possível a concessão de prazo para a pessoa apresentar a carta de preposição, sem prejuízo para a sua participação na audiência na condição de preposto. No entanto, há uma corrente que defende a possibilidade de concessão de prazo para juntada da carta de preposição somente se houver acordo entre as partes, exigindo-se a juntada posterior do documento comprobatório da condição de preposto e poderes para transigir em nome da empresa. Para essa corrente, na impossibilidade de acordo, configura a revelia da empresa demandada.⁷

No meu entender a comprovação da condição de preposto deve ser demonstrada no ato da sua atuação nessa condição. Assim, preposto, é a pessoa que assim se apresenta e prova essa condição através de documento hábil. A mera declaração da pessoa, sem a exibição da carta de preposição não o legitima para participar da audiência, devendo ser considerada revel a empresa pela sua ausência ou pela ausência de seu substituto legal.

3 Modificações trazidas pela Lei n. 12.137/2009

A lei nº 12.137/2009, alterou a redação do art. 9º, § 4º, da Lei nº 9.099/1995, com a finalidade de consolidar no texto normativo as interpretações já consolidadas pela doutrina e pela jurisprudência sobre os pontos controvertidos decorrentes da redação original.

De autoria do Deputado Bernardo Ariston, a iniciativa de apresentar à Câmara dos Deputados Federais o projeto de que

OAB).

7 Enunciado 42 do FONAJE: "O preposto que comparece sem a carta de preposição obriga-se a apresentá-la, no prazo que for assinado, para a validade de eventual acordo. Não formalizado o acordo, incidem, de plano os efeitos da revelia". ENUNCIADO 11 do I Encontro de Colégios Recursais da Capital de São Paulo: "É inadmissível a concessão de prazo para regularização da representação processual, não se aplicando o artigo 13 do CPC".

decorre a referida lei, teve como objetivo debelar a multiplicidade de entendimentos acerca dos requisitos configuradores da preposição e as consequências processuais da falta desses requisitos.

A Lei foi publicada alterando a redação do § 4º do art. 9º, da Lei nº 9.099/1995, que passou a ter o seguinte teor: "O réu, sendo pessoa jurídica ou firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado, munido de carta de preposição com poderes para transigir, sem haver a necessidade de vínculo empregatício".

A nova redação esclarece de uma vez por todas os requisitos para a preposição junto aos Juizados Especiais Cíveis, uma vez que: 1) ratificou a redação anterior, autorizando a preposição apenas para as pessoas jurídicas e a empresa individual⁸ quando figurarem no processo no pólo passivo da demanda; 2) deixou claro que não há necessidade de ser funcionário da empresa para exercer sua preposição; 3) deixou também evidente que a condição de preposto (credenciamento) deve ser demonstrada antes do início da sessão de conciliação ou da audiência de instrução e julgamento; 4) que o credenciamento do preposto deve ser feito através de carta de preposição assinada pelo representante legal da empresa com poderes para conferir a preposição e 5) exigiu que a carta de preposição traga no seu conteúdo poderes expressos e especiais para transigir.

Assim, não restam mais dúvidas de que o preposto pode ser pessoa que não tenha vínculo empregatício com a pessoa jurídica, a exigência é de que ela se apresente ao ato processual devidamente credenciada, cujo credenciamento se prova através de carta de preposição e que a carta lhe outorgue poderes especiais e expressos para transigir e, ainda, que a outorga da carta de preposição seja feita por representante legal da empresa ou pessoa com poderes para tal.

Dessa forma, pessoa natural que comparece em juízo dizendo-se preposto de empresa ré e não exhibe a carta de preposição, não pode ser considerado preposto, visto que a lei, agora exige, que a comprovação do

8 No texto da lei a empresa individual está equivocadamente nominada como "firma individual". É que "firma" é a modalidade de nome empresarial obrigatoriamente adotado pela empresa individual.

credenciamento da pessoa para funcionar como preposto em audiência seja feito pela apresentação da carta de preposição. E, a consequência da não apresentação da carta de preposição é considerar não credenciada como preposto a pessoa que se apresentou e se declarou nesta condição. Conclui-se, portanto, que "preposto credenciado" é a pessoa que comparece na audiência munida de carta de preposição.⁹

Por outro lado, em atenção ao princípio que norteia o sistema dos Juizados Especiais, da busca permanente pela conciliação, entendo que se a pessoa que se apresentou na condição de preposto e não exibiu a carta de preposição, mas formulou proposta de conciliação aceita pela parte autora, deve o acordo ser celebrado e concedido prazo para a juntada aos autos da carta de preposição, como condição de homologação do acordo e, caso não seja cumprida essa obrigação, será a empresa considerada revel conforme o art. 20 da Lei nº 9.099/1995.¹⁰

Ressalta-se, porém, que não sendo funcionário da empresa demandada, os poderes conferidos ao preposto limitam-se à representação judicial da pessoa jurídica, não se estendendo à possibilidade de prestar depoimento pessoal, por se tratar de ato privativo do representante legal

9 Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, foi aprovado o substitutivo contemplando o objetivo a ser alcançado pela lei. Do parecer da Comissão, colhe-se: "A lei, ao esclarecer que o "preposto credenciado" será, simplesmente, a pessoa munida da carta de preposição, ainda que não seja empregada da pessoa jurídica ou da firma individual representada, evitará que sobre a matéria haja decisões conflitantes, por parte dos julgadores, como destacou a justificativa do projeto de lei. Assim sendo, deixar consignado, no art. 9º, § 4º, da lei dos juizados especiais cíveis, o que se entende por "preposto credenciado" representará um aprimoramento legislativo, a beneficiar tanto os operadores do Direito como as partes envolvidas nas lides deduzidas perante aquela fim.

10 O teor da justificativa do projeto de lei que resultou na Lei nº 12.137/2009 é o seguinte: "Os Juizados Especiais foram instituídos, no nosso ordenamento jurídico, com o objetivo de tornar mais célere o julgamento de causas de menor monta, descomplicando o procedimento adotado nesses processos, propiciando uma justiça mais eficaz. O rigor adotado nos Juizados Especiais não pode ser o mesmo aplicado nos demais órgãos do Poder Judiciário, sob pena de se desvirtuar o propósito do Legislador ao instituir essas instâncias de julgamento. O art. 20 dessa mesma Lei concede ao Juiz a possibilidade de afastar a revelia, quando sua convicção caminhar em sentido diverso. Isto significa que, a despeito da revelia, o juiz pode decidir em favor do revel, se assim estiver formado o seu convencimento. Da forma como está redigido o atual § 4º do art. 9º da Lei nº 9.099/95, permite-se que os Juizes tomem decisões das mais diversas a respeito da comprovação do credenciamento do preposto. Por isso, entendemos importante explicitar em que consiste esse credenciamento. A mudança que estamos propondo é no sentido de permitir a prova por meio de carta de preposição que demonstre estar o preposto autorizado pela pessoa jurídica ou pelo titular da firma individual a representar o réu em juízo, sem haver necessidade de vínculo empregatício. Assim, não se deixa margem ao juiz para dizer qual ou quais documentos são hábeis a essa demonstração. Desde que seja inequívoca, a carta de preposição servirá para comprovar a situação do preposto nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A forma passa a ser livre, contanto que não haja dúvida a respeito da vontade manifestada. Em face desses argumentos, a fim de impedir que a formalidade se sobreponha à finalidade da Lei e da Constituição Federal quanto aos Juizados Especiais, contamos com a aprovação dos nossos ilustres Pares na aprovação deste Projeto de Lei".

da entidade representada.¹¹

4 Carta de preposição. Dispensa de autenticação e do reconhecimento de firma. Necessidade de poderes expressos para transigir

O projeto de lei do Senado exigia a autenticação da carta de preposição¹², no entanto, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados promoveu, mediante substitutivo, duas importantes modificações no projeto convertido em lei: 1) a supressão da obrigatoriedade de autenticação da carta de preposição¹³; e 2) o acréscimo da exigência de que ela confira ao preposto, expressamente, poderes para transigir.¹⁴

Não há sentido prático e legal, a exigência do reconhecimento de firma na carta de preposição, uma vez que tal formalidade contraria o intuito da Lei n. 9.099/95, que foi editada para tornar mais célere, informal, simples e desburocratizado o procedimento de causas de competência dos Juizados especiais Cíveis.

Por outro lado, há necessidade da menção expressa dos poderes para transigir outorgados ao preposto, uma vez que sendo poder especial, outorgado ao preposto, deve este vir expresso na carta de preposição.

Contravirá, destarte, à *mens legislatoris* o pronunciamento que porventura considere ter havido a revelia da parte, pelo fato de não ter

11 Tourinho Neto, Fernando da Costa e Figueira Júnior, Joel Dias, p. 162.

12 "Art. 9º (...), § 4º. O réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado, entendendo-se como tal a pessoa que possuir carta de preposição, autenticada em cartório, autorizada a representar a pessoa jurídica ou o titular de firma individual, sem haver necessidade de vínculo empregatício".

13 As razões invocadas pelo relator para suprimir a exigência vinda do Senado foram as seguintes: "Por outro lado, a necessidade de autenticação em cartório da carta de preposição vai de encontro às proclamas de informalidade e simplicidade, representando, inclusive, um recrudescimento legal, em relação ao Código de Processo Civil, o qual não contém esta exigência, quando trata dos prepostos, em seus arts. 277, § 3º, e 331. Note-se que, hoje, nem mesmo a procuração judicial, via de regra, exige o reconhecimento de firma (art. 38 do CPC), o que demonstra a busca do legislador pela agilidade no andamento dos feitos".

14 As razões invocadas pelo relator para acrescentar ao texto vindo do Senado a necessidade de conter na carta de preposição a outorga de poderes expressos para transigir: "No que tange, ainda, aos mencionados dispositivos legais do Código de Processo Civil, observa-se que os mesmos fazem menção aos poderes do preposto para transigir, o que deverá constar da alteração legislativa ora em exame".

sido autenticada a carta de preposição apresentada pelo preposto na audiência.

O reconhecimento de firma e a autenticação, somente se justifica quando houver pertinência na impugnação quanto a fidelidade da assinatura do outorgante da carta de preposição ou da cópia apresentada em juízo.

5 Conclusão

A Lei nº 12.137/2009 veio dirimir as dúvidas quanto a interpretação do § 4º, do art. 9º, da Lei nº 9.099/1995, com sua redação original, dando uma redação ao referido dispositivo legal clara direta e objetiva, não deixando dúvidas sobre a intenção do legislador. A nova lei ao dispensar a obrigatoriedade da preposição recair somente sobre pessoa com vínculo empregatício com a empresa demandada, facilitou a vida das empresas com grande número de demandas nos Juizados Especiais cíveis, que teriam grandes dificuldades de designar seus funcionários para os mais variados Juizados, comprometendo sua atividade empresarial.

Não se pode deixar de ressaltar da importância da lei expressamente determinar que a pessoa do preposto, só o é, se estiver devidamente credenciado, cuja credencial, a carta de preposição, deve ser apresentada no momento de início do ato processual no

qual irá apresentar a empresa, observando, ainda, a necessidade da carta trazer expresso a outorga do poder de transigir, sem o qual a credencial não cumpre a exigência legal, uma vez que nos Juizados Especiais, a conciliação é o principal objetivo em todas as audiências. Logo, não podendo transigir, não poderá participar da audiência, devendo ser a empresa ser considerada revel, salvo se estiver disposto a transigir, situação em que deve ser-lhe concedido prazo para juntar a credencial faltosa, a fim de convalidar o acordo celebrado.

Importante, também, frisar a desnecessidade de reconhecimento

de firma ou autenticação da carta de preposição, salvo se houver relevantes indícios de falsidade ou inautenticidade do documento, alegados em impugnação por parte interessada.

Referências

The Plural Nature of the Administrative Decisions in the Brazilian Juridical Tradition

Abstract

With the advent of Law No. 12.137/2009 § 4 of Art. 9 of Law No. 9.099/1995, won new wording in order to clarify the requirements of the preposition in the Special Civil Courts. For the new wording of the standard, there is no doubt when the servant or agent was not necessary to be an employee of the company and demanded that the accreditation of the servant or agent is proved by the presentation at the hearing of the letter of preposition with special powers and cast to compromise, the lack of which

causes the recognition of the omission of the defendant company, unless there is agreement proposal, accepted by the author who should be given the filing deadline for the letter of the file preposition, in order to ratification of the agreement, under penalty of default. It is necessary to clarify that there is no need for notarization of the letter granting the preposition.

Keywords: Special courts civil, Preposto, Default.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública**, 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; ROCHA, Felipe Borring (Org.). **Juizados Especiais Cíveis: Novos desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROCHA, Felipe Borring. **Juizados Especiais Cíveis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. Comentários à Lei 10.259, de 12.07.2001**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Garantias do processo justo**

nos Juizados Especiais Cíveis: MIRANDA NETTO E ROCHA (Org.). **Juizados Especiais Cíveis: Novos desafios**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49-69;

MENDES, Aluísio G. de Castro; FREITAS FILHO, João Bosco de. Considerações em torno de algumas questões polêmicas no âmbito dos Juizados Especiais: Miranda Netto e Rocha (Org.). **Juizados Especiais Cíveis: Novos desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 107/131.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. O Juizado Especial em face das garantias constitucionais: **Revista Jurídica**, São Paulo, vol. 330; abr. 2005.

SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. **Acesso à Justiça e Representação das Partes nos Juizados Especiais Cíveis**: GRECO, Leonardo e Fernando MIRANDA NETTO, Gama, **Direito Processual e Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 161-185.

ARGUIÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO DEPOIS DA REPERCUSSÃO GERAL

Maria Diva Tavares de Melo Carneiro de Albuquerque

Advogada, Pós-graduanda em Direito Público.

Resumo

O trabalho visa analisar os efeitos da atual postura do Supremo Tribunal Federal, no que se prende à negativa de seguimento do recurso extraordinário, por ausência de repercussão geral, mesmo quando nele se aduz violação a direito fundamental. Logo, a fim de traçar todas as bases para o desenvolvimento do presente trabalho, os temas serão analisados obedecendo a uma sequência lógica. Assim, será apresentado o conceito do recurso extraordinário, o qual, além de ter uma função uniformizadora da jurisprudência pátria, é hábil para rever as decisões que contrariem dispositivos da Constituição da República de 1988. O juízo de admissibilidade recursal, antecedente lógico do juízo de mérito, será sucintamente analisado, seguindo-se à verificação dos pressupostos de admissibilidade, gerais e específicos. Em sucessivo, será realizada uma análise

acerca do pressuposto da repercussão geral, que foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 com o objetivo de reduzir a quantidade de processos a serem apreciados pelo STF. Posteriormente, serão abordados os direitos fundamentais, ressaltando sua importância para os cidadãos, como garantidores da liberdade, dignidade e igualdade. Por fim, serão avaliados alguns precedentes jurisprudenciais do STF, em que se negou seguimento a recurso extraordinário pelo reconhecimento da inexistência de repercussão geral dos recursos em que se alega violação a direito fundamental, tecendo-se alguns comentários ao final de cada caso.

Palavras-chave: Recurso Extraordinário. Direitos Fundamentais. Supremo Tribunal Federal.

1 Recurso Extraordinário

1.1 Conceito

Inicialmente, a Constituição Republicana previu o controle difuso de constitucionalidade, quando, então, havia uma prevalência do direito individual sobre a questão constitucional, razão pela qual não era exigida

a repercussão geral da matéria, objeto do recurso extraordinário¹.

Aproximando-se do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, a Emenda Constitucional n.º 45 acrescentou o §3.º ao art. 102 da Constituição da República de 1988, exigindo que “o recorrente demonstre a repercussão geral da questão constitucional debatida”².

O STF, portanto, tornou-se a Corte Constitucional, na medida em que é o Tribunal competente para julgar, precipuamente, as causas que tenham por objeto questões constitucionais de repercussão geral³.

Guardião da Constituição da República, o STF interpreta e preserva os preceitos Constitucionais, além de zelar pela uniformização da jurisprudência nacional no âmbito da interpretação das normas constitucionais, razão pela qual as decisões da Suprema Corte devem ser seguidas pelos Tribunais Estaduais⁴.

1.2 Juízo de Admissibilidade

Inicialmente, cumpre esclarecer que o juízo de admissibilidade, nos dizeres de Barbosa Moreira, “destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que o órgão possa apreciar o conteúdo da postulação”⁵.

Em regra, os recursos são interpostos perante o órgão prolator da decisão recorrida, o qual é competente para realizar o juízo provisório de admissibilidade do recurso, sendo-lhe vedada, entretanto, a análise do mérito.

Ocorre que o tribunal *ad quem*, antes de adentrar na análise

1 MENEZES, Izabella Ferraz Bezerra de. **A repercussão Geral das questões constitucionais como mecanismo de contenção recursal de admissibilidade do recurso extraordinário.** Revista da ESMAP. Recife, v. 13 - n. 28. (jul./dez. 2008). Semestral, p. 277.

2 MENEZES, *loc. cit.*, p. 277.

3 *ibidem*, p. 277.

4 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 324.

5 DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática, e de direito comparado.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149.

do fundamento recursal, verifica a observância dos requisitos de admissibilidade recursal, exercendo o juízo definitivo de admissibilidade⁶, o qual não está vinculado à decisão do tribunal *a quo* em sede de juízo de admissibilidade provisório.

Constatada a observância de todos os pressupostos, estará o recurso apto a seguir seu trâmite, quando o tribunal adentrará na análise do mérito recursal, prolatando a decisão.

1.3 Pressupostos de Admissibilidade

Os pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário são classificados em genéricos (exigidos para a interposição de todos os recursos) e específicos (aqueles atinentes exclusivamente ao recurso extraordinário, elencados pela Constituição da República de 1988). Ocorre que os requisitos genéricos, por sua vez, são divididos em intrínsecos (cabimento, legitimidade, inexistência de fato impeditivo ou extintivo de recorrer, interesse) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal e preparo)⁷.

Cumpre esclarecer que, para a interposição do recurso extraordinário, além dos requisitos genéricos, anteriormente analisados, há a necessidade da observância dos pressupostos de admissibilidade específicos/constitucionais.

Inseridos no art. 102, inc. III, da Constituição da República, este dispositivo preceitua que compete ao Supremo Tribunal Federal, “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta

6 DIDIER JR., 2008, p. 43 e 279.

7 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 237 e 238.

Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal⁸.

1.4 Repercussão Geral

A EC nº 45/2004 acrescentou ao art. 102 da Constituição da República de 1988 o §3º, por meio do qual instituiu o requisito da repercussão geral impondo, por meio deste, o ônus ao recorrente de ter que demonstrar a repercussão geral da matéria constitucional, objeto do recurso extraordinário⁹. Sendo assim, “o recorrente, agora, além de ter de fundamentar o seu recurso em uma das hipóteses do art. 102, inc. III, da Constituição da República de 1988, terá, também, de demonstrar o preenchimento desse novo requisito”¹⁰.

Já está pacificado na doutrina e na jurisprudência que a repercussão geral não é recurso, mas sim, requisito preliminar que denota a relevância jurídica, social, política e econômica da questão constitucional posta à apreciação no Recurso Extraordinário¹¹.

A Lei Federal nº 11.418/2006 regulamentou o instituto da repercussão geral, ratificando, no art. 543-A, §2º, do CPC, o entendimento de que o recorrente, em sede de preliminar recursal, tem o ônus de demonstrar a ocorrência da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso extraordinário¹².

Assim, para a interposição do recurso extraordinário, é necessário que a discussão da decisão recorrida verse sobre matéria constitucional, enquadrada em uma das hipóteses do art. 102, inc. III, da Constituição da República de 1988, e seja demonstrada pelo recorrente e reconhecida pelo STF a ocorrência da repercussão geral.

8 BRASIL, Constituição Federal, 05 de outubro de 1988.

9 DIDIER JR., 2009, p. 331.

10 *Ibidem*, p. 332.

11 MENEZES, jul./dez.2008, p. 272.

12 THEODORO JR., Humberto. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (Lei nº 11.418) e Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417). *Revista Juris Plenum*. Rio Grande do Sul: Editora Plenum. Ano IV, n. 20. (mar./abr. 2008). Bimestral, p. 24. DANTAS, 2008, p. 25.

Por repercussão geral, a lei entende aquela que se origina de questões “que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, por envolver controvérsias que vão além do direito individual ou pessoa das partes. É preciso que, objetivamente, as questões repercutam fora do processo e se mostrem “relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico” (art. 543-A, §1º)¹³.

Portanto, o recorrente no recurso extraordinário terá o ônus de, em sede de preliminar recursal, demonstrar que a matéria discutida se trata de direito constitucional supra-individual, além de preencher os requisitos gerais e constitucionais de admissibilidade.

O pressuposto da repercussão geral foi instituído como forma de restringir o número de processos a serem apreciados pelo STF, devendo, pois, sua existência ser apreciada antes da análise do mérito recursal, razão pela qual apresenta natureza jurídica de um pressuposto específico de admissibilidade recursal. Nesse sentido, tem-se que “a repercussão geral é como um filtro, que restringe o cabimento do recurso extraordinário, não sendo admitido este, caso a violação seja individualizada e sem relevância para a sociedade como um todo”¹⁴.

Entretanto, apesar de ser analisada antes do juízo de mérito, a repercussão geral será “examinada após o juízo positivo de admissibilidade em relação aos demais requisitos”¹⁵.

O art. 102, § 3º, da Constituição da República de 1988 demonstra, claramente, que a exigência da demonstração da repercussão geral refere-se às questões constitucionais constantes da decisão recorrida.

Com isso somos levados à conclusão de que, se ela está intimamente vinculada à própria decisão recorrida, e não a aspectos externos como tempestividade ou preparo, afirmar que se refere a requisito intrínseco de admissibilidade é um caminho natural e óbvio¹⁶.

13 THEODORO JR., *op. cit.*, 2008, p. 25.

14 MENEZES, jul./dez.2008, p. 272.

15 MARTIS CAETANO, Samir José. A Repercussão Geral da Questão Constitucional (Lei nº 11.418/2006). *Revista Dialética de Direito Processual* nº 50. São Paulo: Editora Dialética, Maio 2007, Mensal, p. 104.

16 DANTAS, 2008, p. 217.

Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal⁸.

1.4 Repercussão Geral

A EC nº 45/2004 acrescentou ao art. 102 da Constituição da República de 1988 o §3º, por meio do qual instituiu o requisito da repercussão geral impondo, por meio deste, o ônus ao recorrente de ter que demonstrar a repercussão geral da matéria constitucional, objeto do recurso extraordinário⁹. Sendo assim, “o recorrente, agora, além de ter de fundamentar o seu recurso em uma das hipóteses do art. 102, inc. III, da Constituição da República de 1988, terá, também, de demonstrar o preenchimento desse novo requisito”¹⁰.

Já está pacificado na doutrina e na jurisprudência que a repercussão geral não é recurso, mas sim, requisito preliminar que denota a relevância jurídica, social, política e econômica da questão constitucional posta à apreciação no Recurso Extraordinário¹¹.

A Lei Federal nº 11.418/2006 regulamentou o instituto da repercussão geral, ratificando, no art. 543-A, §2º, do CPC, o entendimento de que o recorrente, em sede de preliminar recursal, tem o ônus de demonstrar a ocorrência da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso extraordinário¹².

Assim, para a interposição do recurso extraordinário, é necessário que a discussão da decisão recorrida verse sobre matéria constitucional, enquadrada em uma das hipóteses do art. 102, inc. III, da Constituição da República de 1988, e seja demonstrada pelo recorrente e reconhecida pelo STF a ocorrência da repercussão geral.

8 BRASIL, Constituição Federal, 05 de outubro de 1988.

9 DIDIER JR., 2009, p. 331.

10 *Idem*, p. 332.

11 MENEZES, jul./dez.2008, p. 272.

12 THEODORO JR., Humberto. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (Lei nº 11.418) e Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417). *Revista Juris Plenum*. Rio Grande do Sul: Editora Plenum. Ano IV, n. 20. (maio/abr. 2006). Bimestral, p. 24. DANTAS, 2008, p. 25.

Por repercussão geral, a lei entende aquela que se origina de questões ‘que ultrapassem os interesses subjetivos da causa’, por envolver controvérsias que vão além do direito individual ou pessoa das partes. É preciso que, objetivamente, as questões repercutam fora do processo e se mostrem ‘relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico’ (art. 543-A, §1º)¹³.

Portanto, o recorrente no recurso extraordinário terá o ônus de, em sede de preliminar recursal, demonstrar que a matéria discutida se trata de direito constitucional supra-individual, além de preencher os requisitos gerais e constitucionais de admissibilidade.

O pressuposto da repercussão geral foi instituído como forma de restringir o número de processos a serem apreciados pelo STF, devendo, pois, sua existência ser apreciada antes da análise do mérito recursal, razão pela qual apresenta natureza jurídica de um pressuposto específico de admissibilidade recursal. Nesse sentido, tem-se que “a repercussão geral é como um filtro, que restringe o cabimento do recurso extraordinário, não sendo admitido este, caso a violação seja individualizada e sem relevância para a sociedade como um todo”¹⁴.

Entretanto, apesar de ser analisada antes do juízo de mérito, a repercussão geral será “examinada após o juízo positivo de admissibilidade em relação aos demais requisitos”¹⁵.

O art. 102, § 3º, da Constituição da República de 1988 demonstra, claramente, que a exigência da demonstração da repercussão geral refere-se às questões constitucionais constantes da decisão recorrida.

Com isso somos levados à conclusão de que, se ela está intimamente vinculada à própria decisão recorrida, e não a aspectos externos como tempestividade ou preparo, afirmar que se refere a requisito intrínseco de admissibilidade é um caminho natural e óbvio¹⁶.

13 THEODORO JR., *op. cit.*, 2008, p. 25.

14 MENEZES, jul./dez.2008, p. 272.

15 MARTIS CAETANO, Samir José. A Repercussão Geral da Questão Constitucional (Lei nº 11.418/2006). *Revista Dialética de Direito Processual* nº 50. São Paulo: Editora Dialética. Maio 2007. Mensal, p. 104.

16 DANTAS, 2008, p. 217.

Enquadrada, então, como requisito intrínseco de admissibilidade recursal, vale esclarecer que a repercussão geral relaciona-se com a recorribilidade, um dos fundamentos do requisito do cabimento¹⁷.

Como guardião da Constituição da República de 1988, cabe privativamente ao STF definir quais as matérias capazes de, efetivamente, violar a integridade do texto constitucional. Nesse diapasão, o Tribunal recorrido está diante de uma limitação material à sua cognição, não podendo, quando da análise juízo de admissibilidade, apreciar a existência ou não do pressuposto da repercussão geral¹⁸.

Logo, o Tribunal recorrido poderá inadmitir o recurso extraordinário pela ausência de qualquer pressuposto de admissibilidade, exceto pela inoocorrência da repercussão geral, vez que não é competente para reconhecer a carência deste requisito. Dessa forma, o recurso extraordinário poderá ser admitido pelo tribunal *a quo*, e, posteriormente ser inadmitido pelo STF, quando da aferição da ocorrência da repercussão geral.

O tribunal recorrido, ao proceder ao exame do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, verifica se a parte arguiu, em sede de preliminar, a repercussão geral da matéria versada no recurso¹⁹.

Nesse diapasão, quando o recorrente, na preliminar do recurso, não demonstrar a repercussão geral, o Presidente ou Vice-Presidente negará seguimento ao recurso extraordinário pela ausência do requisito de admissibilidade, não se pronunciado, entretanto, sobre a ocorrência ou não da repercussão geral. Analisa, portanto, a regularidade formal do recurso²⁰.

Ou seja, o STF, por meio de análise colegiada, é o único tribunal competente para analisar a existência da repercussão geral das matérias constitucionais vislumbradas no caso²¹. Desta feita, “embora seja da

17 *Ibidem*, p. 218 e 219.

18 *Ibidem*, p. 218.

19 DIDIER JR., 2009, p. 332.

20 *Ibidem*, p. 332.

21 DANTAS, 2008, p. 218.

competência das turmas do STF o julgamento do recurso extraordinário, a análise dessa questão preliminar deve ser feita pelo Pleno, a quem deve ser remetidos os autos²².

Nesse sentido, o relator, assim como o Tribunal recorrido, sofrerá limitação material de sua cognição na medida em que a aferição da ocorrência da repercussão geral é competência do Pleno do STF, “pois só por voto de dois terços dos membros do STF é que se pode reconhecer a sua ausência, o que, se não assegura que a justiça será feita, sem sombra de dúvidas torna a decisão sobremaneira mais qualificada²³”.

O pronunciamento do STF, quanto à ocorrência de repercussão geral, será por decisão irrecorrível de dois terços dos membros do Pleno

Em contrapartida, a turma do STF poderá analisar a existência ou não de repercussão geral da matéria versada no recurso, desde que haja, no mínimo, 4 (quatro) votos a favor da repercussão geral, dispensando, assim, a análise do da ocorrência do pressuposto pelo Plenário do STF, nos termos do art. 543-A, §4º, do CPC.

Entretanto, não poderá a turma inadmitir o recurso extraordinário pela inexistência de repercussão geral. De acordo com o art. 543-A, §4º, do CPC, sob a alegação de inexistência de repercussão geral, o recurso deixará de ser conhecido por no mínimo 8 (oito) votos dos membros do tribunal, razão pela qual os autos serão remetidos ao Plenário do STF²⁴.

Dessa forma, primeiramente o Relator examinará os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, sendo este positivo, os autos serão remetido à Turma, que se, por no mínimo 4 (quatro) votos, reconhecer a repercussão geral, irá admitir o recurso extraordinário, lavrando-se o acórdão. O recurso extraordinário retorna ao ministro para o exame do mérito recursal²⁵.

22 DIDIER JR., 2009, p. 331.

23 DANTAS, *op. cit.*, p. 219.

24 CRUZ e TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*. São Paulo: Editora IOB, v. 9, n.56. (Nov./dez.2008). Bimestral, p. 12.

25 MENEZES, jul./dez.2008, p. 274 e 275.

Caso não seja atingido o mínimo de 4 (quatro) votos, o recurso extraordinário será submetido a apreciação pelo Plenário do STF. O Pleno inadmitirá o recurso, lavrando em seguida o acórdão, quando oito ministros reconhecerem a inexistência de repercussão geral²⁶.

Vale esclarecer que o requisito da repercussão geral se trata de um conceito jurídico indeterminado, com uma elevada carga de subjetividade, em virtude do que deverá ser cuidadosamente analisado na aplicação do caso concreto.

Sendo assim, observando o elevado teor subjetivo que envolve a matéria, o legislador estabeleceu um *quorum* elevado para inadmitir o recurso extraordinário pela carência do pressuposto da repercussão geral, garantindo assim uma maior segurança aos recorrentes²⁷.

Portanto, diante do elevado *quorum* exigido, a regra é o conhecimento do recurso extraordinário. Então,

A exceção é a inadmissibilidade, e ela só ocorrerá, nesse caso, quando estiver claro, para ao menos oito ministros, que a questão constitucional em debate tem por pano de fundo exclusivamente a irrisignação do recorrente com o resultado desfavorável, sem qualquer perspectiva de o julgamento ali pronunciado servir para além dos limites estritamente subjetivos das duas partes²⁸.

Apesar do conceito vago/indeterminado atribuído ao pressuposto da repercussão geral, na medida em que o aplicador da norma tem liberdade valorativa na fixação do conceito no caso concreto, o art. 543-A, §3º, do CPC, contempla hipóteses de presunção legal da existência de repercussão geral.

O referido dispositivo legal estabelece, de modo expresso, que sempre haverá repercussão geral e, em consequência, os recursos extraordinários serão sempre admitidos quando impugnarem decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. Nesse

contexto, não será necessário submeter os recursos à apreciação dos ministros²⁹.

Todavia, caso o recurso extraordinário impugne decisão prolatada de acordo com o entendimento do STF não retira a possibilidade de existência de repercussão geral da matéria discutida no recurso. Cabe, pois, ao recorrente demonstrar, em sede de preliminar recursal, a ocorrência de repercussão geral da matéria constitucional³⁰.

Assim, evita-se a imutabilidade da jurisprudência do Tribunal, fazendo com que a Corte Suprema reaprecie matérias anteriormente julgadas, mas que precisam ser reanalisadas diante das mudanças sociais, políticas, econômicas ou jurídicas³¹.

A decisão do Plenário que inadmitir o recurso extraordinário a carência do requisito da repercussão geral é irrecurável e vincula os demais órgãos do tribunal, na medida em que deverão indeferir liminarmente os recursos sobre matéria idêntica, dispensando, inclusive, a remessa dos autos para análise pelo Plenário³².

Assim, quando o STF, por decisão de dois terços dos ministros, decide pela inexistência de repercussão geral da matéria constitucional discutida, os demais recursos extraordinários, de idêntico teor, serão de plano inadmitidos, não sendo levado o caso para análise do Pleno. Nessas hipóteses, “admitir-se-á o juízo de inadmissibilidade do recurso extraordinário, pela ausência de repercussão geral, por decisão do Presidente do tribunal *a quo*, ou por decisão monocrática de relator (art. 557 do CPC)”³³.

Cumpra mencionar que a decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal que inadmitir o recurso extraordinário pela carência

29 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 22 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, vol. II, p. 176.

30 DIDIER JR., 2009, p. 334.

31 *Ibidem*, p. 334.

32 MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda, WAMBIER, Luiz Rodrigues *opud* DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 337.

33 DIDIER JR., 2009, p. 337.

26 DANTAS, 2008, p. 221 e 222.

27 *Ibidem*, p. 221.

28 *Ibidem*, p. 221 e 222.

de repercussão geral vincula os órgãos do tribunal. Em decorrência do efeito futuro das decisões e do interesse público sobre a matéria discutida, o art. 543-A, §6º, do CPC prevê a possibilidade de o Relator admitir a intervenção de terceiro, a fim de que este auxilie no juízo, quando da análise da repercussão geral.

Por fim, conclui-se da leitura do art. 543, §7º, do CPC, que será considerado acórdão, a súmula da decisão sobre a existência ou inexistência de repercussão geral, devendo a mesma constar em ata e ser publicada no Diário Oficial.

2 Direitos Fundamentais

2.1 Importância dos Direitos Fundamentais

A importância valorativa dos direitos fundamentais é de tamanha magnitude que constituem as normas mais importantes do ordenamento jurídico, não podendo ser retiradas deste, exceto pelo Poder Constituinte³⁴.

No Estado Democrático de Direito, os poderes atribuídos às autoridades constituídas pelo povo não é absoluto, sendo este limitado por várias vias, inclusive pela instituição de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão em relação aos outros cidadãos e ao Estado³⁵.

Nesse contexto, a soberania popular, por meio dos direitos fundamentais, direitos invioláveis, que não podem ser suplantados dos homens, impõe limitação aos Poderes constituídos do Estado.

Os direitos fundamentais, portanto, “marcam o fim definitivo da concepção hobbesiana de que os direitos fundamentais são decorrência do Estado e somente podem existir enquanto prerrogativa estatal”³⁶.

De acordo com o art. 5º, §1º, da Constituição da República de 1988, os direitos fundamentais estão previstos por normas-princípios

34 BARLIE, Paolo *apud* AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 119.

35 MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 25.

36 AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 115.

de aplicabilidade imediata, “obrigando o legislador a criar regras processuais em conformidade com elas e, ainda, adequadas à tutela das situações jurídicas ativas (principalmente os direitos fundamentais)”³⁷.

Como prerrogativas constitucionais, os direitos fundamentais gozam de supremacia e supralegalidade, com aplicabilidade imediata, ou seja, não necessitam de normas infraconstitucionais para sua regulamentação³⁸.

Portanto, são normas constitucionais de eficácia plena, revestidas de conteúdo material capazes de, por si sós, regulamentar a vida em sociedade. Não há necessidade de o legislador infraconstitucional complementar a norma para que, somente após, esta venha ter aplicabilidade no mundo jurídico. As prerrogativas constitucionais estão prontas e acabadas para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)³⁹.

Os direitos fundamentais são essenciais ao ser humano, constituindo, portanto, cláusulas pétreas do ordenamento jurídico que não podem ser objeto de reforma ou supressão pelo Poder Reformador. Sendo assim, as normas que prevêem os direitos fundamentais apresentam conteúdo vinculativo a todos os Poderes, garantindo a dignidade, liberdade e igualdade dos seres humanos.

37 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 10ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 29.

38 AGRA, 2007, p. 115.

39 SARLET, Ingo *apud* AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 116.

Portanto, o constituinte elenca, no texto da Constituição Federal, direitos fundamentais a fim de garantir aos cidadãos dignidade humana e liberdade⁴⁰.

2.2 A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais

A dignidade da pessoa humana é indissociável dos direitos fundamentais, do que se deflui que, para a concretização da dignidade da pessoa, faz-se necessária a existência de meios materiais e processuais hábeis à garantia dos direitos fundamentais⁴¹.

Dito de outra forma, a dignidade da pessoa humana pressupõe a observância dos direitos fundamentais, em virtude de retirar destas normas o seu fundamento de validade. Dessa forma, “sem que se reconheçam à pessoa os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”⁴².

Dos direitos fundamentais decorre a dignidade da pessoa que, em contrapartida, garante o reconhecimento da personalidade humana,

[...] concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como direitos ao nome, todas as umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa, tudo a revelar a já iniciada conexão da dignidade, não apenas com um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também com os direitos de personalidade em geral⁴³.

Cumprе ressaltar que,

[...] expressando a noção de pessoa como sujeito de direitos e obrigações, talvez o mais correto fosse afirmar que, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, poder-se-á falar também em direito fundamental de toda a pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a sua

40 HESSE, Konrad apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, p. 260.

41 PALLO, Vicente. *Aulas de Direito Constitucional*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 87.

42 *Ibid.*, p. 87.

43 *Ibidem.*, p. 88 e 89.

condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade⁴⁴.

Em consequência da relevância consagrada pelos direitos fundamentais, estes são assegurados a todos, brasileiros e estrangeiros. Sendo assim, no mesmo sentido em que a Constituição da República de 1988 assegura a dignidade da pessoa dos brasileiros, garante também a dignidade dos estrangeiros, na medida em que prevê a ambos os direitos fundamentais⁴⁵.

2.3 Importância do Instrumento Processual para Garantir os Direitos Fundamentais

O Estado é chamado a intervir nas relações sociais, exercendo sua função jurisdicional, nas ocasiões em que há uma pretensão resistida, ou seja, na medida em que a pretensão de alguma pessoa não é satisfeita. A jurisdição é exercida pelo Estado com auxílio das partes. Então, a essa relação de cooperação com o fim de dirimir o conflito dá-se o nome de processo⁴⁶.

As atividades desenvolvidas pelo Estado (jurisdição) e pelas partes são disciplinadas por normas e princípios de direito processual que regem tal método de trabalho. Enquanto que o direito material é o “corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista e etc.)”⁴⁷.

O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem de-

44 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 99.

45 SARLET, 2007, p. 100.

46 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46.

47 *Ibidem.*, p. 46.

cisivamente para dar-lhes sua própria individualidade e distingui-lo do direito material⁴⁸.

Sendo assim, conclui-se que o direito processual é o instrumento por meio do qual se busca garantir observância das normas de direito material. Ou seja, as normas de direito processual regulam a atividade dos sujeitos da relação processual, bem como a do Estado enquanto exerce a atividade jurisdicional.

Cumpra ratificar que o Estado, ao desempenhar a função jurisdicional visa, utilizando-se do instrumento processual, dirimir os conflitos existentes na sociedade, sendo, portanto, um instrumento de pacificação social.

Nesse contexto, reside a instrumentalidade do processo. Ou seja, o Estado tem o dever de garantir a todos os cidadãos o bem-estar social, o que faz através do instrumento processual, eliminando os conflitos existentes na sociedade. Além do que é o instrumento processual garantidor da aplicabilidade do direito material nos casos concretos.

Portanto,

[...] a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à "ordem jurídica justa". Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõe ao livre acesso a justiça⁴⁹.

Cumpra, mais uma vez, ressaltar que os direitos fundamentais estão previstos na CR/88, por normas prontas e acabadas, tendo,

48 *Ibid.*, p. 46.

49 *Ibid.*, p. 46.

portanto, aplicabilidade imediata. Ou seja, o legislador ordinário não condicionou a aplicabilidade das normas de direito fundamental a criação de normas infraconstitucionais pelo legislador derivado.

Após breve relato sobre a importância dos direitos fundamentais e a instrumentalidade do processo, conclui-se, pois, que o processo é o instrumento capaz de garantir a todos os cidadãos o restabelecimento da ordem jurídica.

Os direitos fundamentais são elementos essenciais da vida de todos os cidadãos, indispensáveis para uma vida digna e com liberdade, razão pela qual não podem ser violados. Cabe, portanto, ao Estado utiliza-se de mecanismo eficazes para garantir os direitos fundamentais do povo.

Nesse diapasão, o processo é o instrumento adequado à garantia dos direitos fundamentais que, porventura sejam violados pelos povos frente aos outros cidadãos ou mesmo ao Estado. "Assim, o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão subjetiva)"⁵⁰.

Ou seja, o processo visa a tutelar os direitos ameaçados ou violados, bem como a paz social mediante aplicação da lei, é o instrumento apto de defesa dos direitos fundamentais.

Sendo assim, nas ocasiões em que os direitos fundamentais, normas de direito material, são violados, cumpre ao Estado por meio de mecanismo apto, qual seja, o processo, dirimir o conflito.

Dessa forma, os dispositivos processuais devem ser criados de forma adequada a tutelar os direitos fundamentais e de acordo com estes. Ou seja, ao passo que o processo visa a garantir, dentre outras categorias de direitos, os direitos fundamentais do cidadão, indisponíveis, invioláveis, tem que ser as regras processuais elaboradas de acordo com os direitos fundamentais insculpidos no texto da Constituição da

50 DIER JR., 2008, p. 29.

República de 1988.

Sucedem que as normas relativas a direitos fundamentais também obrigam o magistrado, que deverá proceder ao controle de constitucionalidade difuso das regras processuais quando, em um caso concreto, perceber que uma delas viola a pauta normativa constitucional. Daí surge o princípio da adequação judicial das regras processuais, que está intimamente relacionado ao controle de constitucionalidade das leis no momento da aplicação (controle incidente e concreto) e à teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, que pregam a eficácia imediata e direta dessas normas⁵¹.

3 Análise Jurisprudencial

Neste último tópico será realizada uma análise crítica das jurisprudências dos julgados da Suprema Corte.

3.1 Recurso Extraordinário nº 576.121-5/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski

Interposto contra acórdão prolatado pela Primeira Turma Cível do TJDF, que

[...] reconheceu o direito dos recorridos de perceber as diferenças salariais de abril, maio, junho e julho de 1990, decorrentes do resíduo e IPC de janeiro, março, abril, maio, e junho de 1990, incidente sobre a remuneração.

O recorrente interpôs recurso extraordinário com base na alínea "a" do art. 102 da CR/88, alegando violação do art. 5º, incs. XXXVI, LIV e LV, da CR/88. No bojo do recurso, articula que o acórdão recorrido, sem a devida garantia legal, reconheceu o direito adquirido dos recorridos à incorporação do percentual de 84,32% incidente sobre os seus vencimentos.

Em sucessivo, aduz ser "pacífico na jurisprudência do Supremo o entendimento de que a pretensão de incorporação do percentual de

51 DIDIER JR., 2008, p. 29.

84,32% pelos servidores do Distrito Federal deve ser limitada à data da edição da Lei nº 117/90".

Arguiu a preliminar de repercussão geral fundamentando-se na relevância das questões constitucionais sob a ótica econômica, social e jurídica, haja vista que várias pessoas vivem esta situação, em virtude do reajuste ocasionado pelo Plano Collor.

Assim, o citado recurso extraordinário tem como objetivo a constatação do dever de incorporar, ou não, o importe de 84,32% nos vencimentos dos servidores públicos do Distrito Federal, reajuste este decorrente do Plano Collor.

Assim foi julgado o recurso extraordinário:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. REMUNERAÇÃO. REAJUSTE. PLANO COLLOR. LEIS DISTRITAIS 38/89 E 107/90. LIMITAÇÃO TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. QUESTÃO RESTRITA AO INTERESSE DAS PARTES. 1 (RE 576121 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 23/10/2008, DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009 EMENT VOL-02358-05 PP-00874)

Apesar de constituir uma parcela pequena da sociedade, os servidores públicos têm direito de submeter à apreciação do STF a matéria, haja vista tratar-se de matéria constitucional de suma importância (violação a direito fundamental) e que, por isso, atinge toda a sociedade.

Além do mais, não está limitada aos servidores do Estado do Distrito Federal, em virtude de poder existir outras pessoas (servidores) de Estados diversos que se encontrem na mesma situação.

Ou seja, o pronunciamento do STF atingirá diretamente um número significativo de pessoas, refletindo, portanto, na repercussão social.

Assim, poderão outras pessoas, que não são partes no processo,

República de 1988.

Sucede que as normas relativas a direitos fundamentais também obrigam o magistrado, que deverá proceder ao controle de constitucionalidade difuso das regras processuais quando, em um caso concreto, perceber que uma delas viola a pauta normativa constitucional. Daí surge o princípio da adequação judicial das regras processuais, que está intimamente relacionado ao controle de constitucionalidade das leis no momento da aplicação (controle incidente e concreto) e à teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, que pregam a eficácia imediata e direta dessas normas⁵¹.

3 Análise Jurisprudencial

Neste último tópico será realizada uma análise crítica das jurisprudências dos julgados da Suprema Corte.

3.1 Recurso Extraordinário nº 576.121-5/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski

Interposto contra acórdão prolatado pela Primeira Turma Cível do TJDF, que

[...] reconheceu o direito dos recorridos de perceber as diferenças salariais de abril, maio, junho e julho de 1990, decorrentes do resíduo e IPC de janeiro, março, abril, maio, e junho de 1990, incidente sobre a remuneração.

O recorrente interpôs recurso extraordinário com base na alínea "a" do art. 102 da CR/88, alegando violação do art. 5º, incs. XXXVI, LIV e LV, da CR/88. No bojo do recurso, articula que o acórdão recorrido, sem a devida garantia legal, reconheceu o direito adquirido dos recorridos à incorporação do percentual de 84,32% incidente sobre os seus vencimentos.

Em sucessivo, aduz ser "pacífico na jurisprudência do Supremo o entendimento de que a pretensão de incorporação do percentual de

51 DIDIER JR., 2008, p. 29.

84,32% pelos servidores do Distrito Federal deve ser limitada à data da edição da Lei nº 117/90".

Arguiu a preliminar de repercussão geral fundamentando-se na relevância das questões constitucionais sob a ótica econômica, social e jurídica, haja vista que várias pessoas vivem esta situação, em virtude do reajuste ocasionado pelo Plano Collor.

Assim, o citado recurso extraordinário tem como objetivo a constatação do dever de incorporar, ou não, o importe de 84,32% nos vencimentos dos servidores públicos do Distrito Federal, reajuste este decorrente do Plano Collor.

Assim foi julgado o recurso extraordinário:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. REMUNERAÇÃO. REAJUSTE. PLANO COLLOR. LEIS DISTRITAIS 38/89 E 107/90. LIMITAÇÃO TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. QUESTÃO RESTRITA AO INTERESSE DAS PARTES. 1 (RE 576121 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 23/10/2008, DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009 EMENT VOL-02358-05 PP-00874.)

Apesar de constituir uma parcela pequena da sociedade, os servidores públicos têm direito de submeter à apreciação do STF a matéria, haja vista tratar-se de matéria constitucional de suma importância (violação a direito fundamental) e que, por isso, atinge toda a sociedade.

Além do mais, não está limitada aos servidores do Estado do Distrito Federal, em virtude de poder existir outras pessoas (servidores) de Estados diversos que se encontrem na mesma situação.

Ou seja, o pronunciamento do STF atingirá diretamente um número significativo de pessoas, refletindo, portanto, na repercussão social.

Assim, poderão outras pessoas, que não são partes no processo,

aproveitar o julgamento do recurso extraordinário, a fim de dirimir suas próprias controvérsias. Nesse contexto, o número de processos seria significativamente reduzido caso o STF se pronuncie sobre a matéria, em razão da eficácia vinculante do pronunciamento do Poder Judiciário.

A ministra Cármen Lúcia fundamentou sua decisão de inexistência de repercussão geral no art. 543 – A, §3º, do CPC, estabelecendo uma relação inversa.

Assim, conforme o art. 543 – A, §3º, do CPC, nos casos em que o acórdão recorrido está de encontro com jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal, a existência de repercussão é presumida e, portanto, o mérito da causa será apreciado pelo STF. A ministra, na linha inversa, entendeu que se o acórdão recorrido estiver de acordo com jurisprudência pacífica da Suprema Corte, ausente estará a repercussão geral.

Ocorre que a legislação não prevê hipótese de presunção de inexistência de repercussão geral quando o acórdão recorrido estiver de acordo com jurisprudência do Supremo, razão pela qual, sob esta óptica, não se deve aplicar a presunção de inexistência de repercussão geral.

A legislação, expressamente, prevê as hipóteses em que se pode aplicar o instituto da presunção.

Ao aceitar a presunção de inexistência repercussão geral, estaria ocorrendo um engessamento da jurisprudência do STF. Ou seja, se se admite a presunção de inexistência de repercussão geral quando o acórdão recorrido estiver de acordo com jurisprudência do STF, ao recurso será negado seguimento e seu mérito não será apreciado.

Dessa forma, não haveria modificação da jurisprudência do Supremo ante a negativa de seguimento dos recursos extraordinários que estejam de acordo com jurisprudência do STF.

O que não ocorre na hipótese de existência de repercussão geral quando o acórdão recorrido estiver de encontro a jurisprudência

do Supremo, pois será reconhecida a existência de repercussão e, o mérito recursal analisado, ocasião em que o STF poderá alterar seu entendimento, ante a necessidade de mudanças sociais, políticas e econômicas.

3.2 Recurso Extraordinário n. 584.186-3/MT, Relator Ministro Menezes Direito

A hipótese traz à baila questão de ordem constitucional, em que o recorrente alega violação dos arts. 5º, incs. XXXV, LVI e LV, 37, *caput* e §6º, 40, incs. II e III e §5º, e 93, inc. IX, da Constituição da República de 1988.

O autor interpôs ação de indenização contra o Estado do Mato Grosso do Sul, pelo atraso excessivo e injustificado do Estado em analisar a concessão da aposentadoria do mesmo.

A Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul julgou parcialmente procedente o apelo, por entender que

houve um atraso excessivo e injustificado por parte da administração de 09 meses e 16 dias, restando, portanto, incontroverso o dever do apelante em indenizar tal período, no qual a apelada trabalhou quando já poderia estar aposentada.

Em sucessivo, após serem rejeitados os embargos de declaração, o Estado interpôs recurso extraordinário, alegando violação do art. 5º, incs. XXXV, LIV e LV, 37, *caput* e §6º, 40, incs. II e III e §5º, e 93, inc. IX, da Constituição da República de 1988.

Em atendimento à exigência dos requisitos formais, o recorrente, em sede de preliminar, arguiu a existência de repercussão geral.

Tudo com fundamento na questão de ordem econômica, tendo em vista que o objeto da demanda atinge, diretamente, a economia do recorrente e o equilíbrio do orçamento público, principalmente se novas demandas forem interpostas com essas mesmas pretensões, além

do que foram violados vários dispositivos constitucionais.

Ocorre que, apesar de demonstrada e bem fundamentada a preliminar de existência de repercussão geral, o STF negou seguimento ao recurso extraordinário pela inexistência de repercussão geral, haja vista que a questão atinge um número limitado e restrito de pessoas, os servidores que tenham requerido suas aposentadorias e que não tenham sido apreciadas em tempo considerado razoável pelo tribunal.

Assim restou ementado o recurso extraordinário posto à colação:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. EVENTUAL DEMORA, EXCESSIVA E INJUSTIFICADA, NA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO. INDENIZAÇÃO PELO PERÍODO TRABALHADO APÓS EXPIRADO O PRAZO CONSIDERADO RAZOÁVEL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 584186 RG, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, julgado em 15/05/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-10 PP-01934).

O recorrente, em atendimento ao disposto no art. 543 – A, §2º, do CPC demonstrou, bem fundamentadamente, em forma de preliminar, a existência de repercussão geral da matéria posta, preenchendo, assim, o requisito formal exigido.

Entretanto, o STF negou seguimento ao referido recurso extraordinário pela inexistência de repercussão geral, alegando que a hipótese limita-se aos servidores que não tiveram os seus pedidos apreciados em tempo considerado razoável pelo Tribunal.

Ocorre que, diferentemente do que já foi decidido, a matéria posta não repercute em um número reduzido de pessoas, capaz de dispensar a apreciação pelo STF, inclusive porque se trata de arguição de violação a direito fundamental.

Ou seja, trata-se de direitos dos cidadãos de suma importância que o constituinte previu na Constituição da República de 1988.

Por apresentar conceito indeterminado, o STF, ao verificar a existência ou não da repercussão geral deve analisar cada caso concreto com suas particularidades.

O recorrente alega violação a direito fundamental, matéria de interesse de toda sociedade, ainda que potencialmente.

E, por ratificar tal entendimento, os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio restaram vencidos no julgamento do recurso extraordinário, por admitirem a repercussão geral da matéria, haja vista que “a situação concreta pode repetir-se nas diversas unidades da federação. Cumpre ao Supremo estabelecer o alcance da Constituição”.

Direito fundamental garantido pela Constituição da República de 1988, ou seja, matéria constitucional é, portanto, de competência do STF a análise e posterior julgamento.

3.3 Agravo de Instrumento nº 770378, Relator Ministro Carlos Britto

Trata-se de hipótese em que se discute a conversão dos valores da tabela de serviços do SUS, que teria utilizado base de cálculo errada. O Ministério da Saúde, por meio das Portarias 104 e 105, estabeleceu critérios diferenciados para a conversão dos valores médico-hospitalares realizados pelo SUS.

Ocorre que o Decreto nº 99.438/90 não autorizava que a adoção de critérios diferenciados para a conversão dos valores dos serviços do sistema de saúde, devendo, portanto, todos se submeterem ao comando normativo estatuído pela Lei nº 9.069/95.

Entretanto, entendeu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, dada a diversidade dos institutos do contrato e do convênio, a conversão dos valores da tabela dos serviços médico-hospitalares não se aplica à compensação dos índices de reajustes aplicados.

DECISÃO: Vistos, etc. Trata-se de agravo de instrumento contra deci-

são obstativa de recurso extraordinário, este interposto com fundamento na alínea "a" do inciso III no art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão assim ementado (fls. 208): "ADMINISTRATIVO. SUS. TABELA DE SERVIÇOS. CONVERSÃO REAL. PRESCRIÇÃO. DECRETO-LEI 20.910/32. ART. 1º. SÚMULA N. 85 DO STJ. MPN. 542/94. LEI 9.069/95. COMUNICADO 4.000/94. BACEN. PORTARIAS 104 E 105 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. COMPETÊNCIA. DECRETO N. 99438/90. LEI N. 8880/94. ATO JURÍDICO PERFEITO. CONVÊNIO. CONTRATO. DIVERSIDADE. COMPENSAÇÃO. PORTARIA GM/MS N. 2277/95. VERBA HONORÁRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERCENTUAL INCIDENTE SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. 1. Questionando-se judicialmente não a relação jurídica que liga as partes, mas a conversão equivocada da tabela de serviços, cujos reflexos, considerando que os reajustamentos seguintes teriam tido por base de cálculo valores errôneos, prolongam-se no tempo com a renovação da lesão a cada pagamento efetuado pelo gestor do SUS em retribuição ao serviço prestado pela parte autora, cuida-se de prestação de trato sucessivo, cujo tratamento, em matéria de prescrição, deve obedecer a diretriz consagrada na Súmula n. 85 do STJ. 2. Da conjugação entre as disposições da MP n. 542/94, convalidada na Lei n. 9.069/95, e do Comunicado n. 4.000/94 do BACEN, ficou estabelecido que a partir de 01 de julho de 1994 todas as referências monetárias deveriam vir expressas na nova unidade do Sistema Monetário Nacional, sendo a conversão realizada com base nos critérios ali delineados. A paridade era: CR\$ 2.750,00 = 1 URV = R\$ 1,00. 3. A despeito das relações jurídicas mantidas pela União e seus entes estarem na zona de incidência das novas regras econômicas, como de resto todas aquelas inseridas na ordem jurídica nacional, as Portarias 104 e 105, editadas pelo Ministério da Saúde para definição dos novos valores dos procedimentos médico-hospitalares realizados via Sistema Único de Saúde - SUS em face da mudança da unidade monetária, adotaram parâmetros diferentes daquele estabelecido na legislação para conversão. 4. À sombra da competência alocada no Decreto n° 99.438/90, não estava autorizada a adoção de critérios de conversão específicos, ainda que para tanto tenham concorrido as consabidas dificuldades financeiras do sistema de saúde, cuja solução deve submeter-se a políticas públicas de saneamento e não a tais ilegais subterfúgios. 5. Não se pode qualificar de perfeito, e portanto sem imunização constitucional - art. 5º, XXXVI

- o ato construído ao arripio da lei, cujas partes extrapolaram os desígnios da sua competência, dissentindo, pretensamente ao amparo legal, de disciplinamento geral e cogente editado no propósito de buscar a estabilidade econômica e promover a transição dos atos jurídicos para o novo sistema monetário - Lei n. 8880/94 e Lei 9.065/95. 6. O art. 7º da Lei n. 8.880/94 autorizava que, a partir de 1º de março, tais obrigações, desde que com prévia concordância das partes, fossem convertidas em URV, não para a adoção de critério outro que não o legal para apuração da paridade em face da troca de moeda. 7. Dada a diversidade, à luz do Direito Administrativo, dos institutos jurídicos do contrato e do convênio, inaplicáveis a este o art. 15, § 5º, da Lei n. 8.880/94 e art. 23, § 1º, da Lei n. 9.069/95. 8. A correção da tabela de serviços médico hospitalares implementada pela Portaria GM/MS n. 2277/95, porque motivada pela defasagem dos valores, não repercuta na revisão da operação de conversão ora sindicada, sendo inviável, pois, a compensação dos índices de reajuste aplicados. 9. Verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação." 2. Pois bem, a parte recorrente sustenta violação aos incisos XXXVI e LIV, caput e § 2º do art. 5º; ao caput do art. 37; ao § 10 do art. 195; ao art. 197 e ao § 1º do art. 199, todos da Magna Carta de 1988. 3. Tenho que a insurgência não merece acolhida. É que, para se chegar à conclusão pretendida pela recorrente, se faz necessário o prévio exame da legislação infraconstitucional aplicável ao caso (Medida Provisória nº 542/94, convertida na Lei nº 9.069/95). Nessa contextura, ofensa ao Magno Texto, se existente, ocorreria de modo reflexo ou indireto, o que não autoriza a abertura da via extraordinária. 4. Noutro giro, a solução da controvérsia exige o reexame do conjunto probatório dos autos, bem como de cláusulas contratuais, o que é inviável em sede de recurso extraordinário (incidência das Súmulas 279 e 454 desta nossa Corte). 5. Precedentes: AIs 653.486 e 680.617, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia; REs 438.715, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso; e 434.347, sob a relatoria do ministro Sepúlveda Pertence. 6. Para arrematar, pontuo que o Supremo Tribunal Federal assentou que, em casos tais, não há questão constitucional a ser examinada e, em consequência, deu pela ausência do requisito da repercussão geral (RE 602.324, sob a relatoria da ministra Ellen Gracie). Isso posto, e frente ao caput do art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 03 de dezembro de 2009. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator (AI 770378, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, julgado em

03/12/2009, publicado em DJe-237 DIVULG 17/12/2009 PUBLIC 18/12/2009)

Conclui-se que, em mais uma oportunidade, o STF deixou de analisar alegação de violação a direito fundamental (art. 5º, *caput*, §2º, e incs. XXXVI e LIV), aduzindo que há necessidade de prévio exame de matéria infraconstitucional. A violação da norma constitucional se daria de forma indireta/reflexa, não permitindo a interposição de recurso extraordinário.

Assim, o STF arrematou concluindo pela inexistência de repercussão geral, haja vista a ausência de questões constitucionais, por ter a Constituição da República de 1988 sido violada de forma meramente indireta.

Ocorre que, dessa forma, o STF sempre negaria seguimento a todos os recursos extraordinários interpostos, uma vez que, se todas as normas infraconstitucionais retiram da Constituição da República de 1988 seu fundamento de validade, quando uma norma constitucional for violada também estará sendo infringida uma norma infraconstitucional.

Há, no caso em tela, arguição de violação a preceito constitucional, o que torna ainda mais gravoso o caso.

Matéria de suma importância, os direitos fundamentais, inerentes a todos os cidadãos estão previstos na Constituição da República de 1988 e uma vez infringidos atingem todos os seres humanos, haja vista que, como acima restou demonstrado, todos, ainda que potencialmente, tem garantido os direitos fundamentais.

Assim, julgar pelo reconhecimento de inexistência de repercussão geral, o STF está deixando de apreciar matéria de suma importância para a sociedade, sob o fundamento da inexistência de repercussão geral, pela ausência de questão constitucional.

Ora, ao preencher o requisito da repercussão geral, o recorrente, alegando violação a direito fundamental, não precisa utilizar uma fundamentação exacerbada para demonstrar a existência de repercussão

geral, até porque o direito fundamental é matéria constitucional de suma importância e que, mesmo potencialmente atinge a sociedade como um todo, que é titular dos direitos fundamentais.

Nessa linha, não apreciando a matéria, o STF estaria deixando de prestar a tutela jurisdicional, sob o fundamento de inexistência de repercussão geral, que, por apresentar um conceito subjetivo, acaba ficando ao entendimento de o magistrado verificar se a hipótese comporta ou não repercussão geral.

Entretanto, objetivando o processamento e o posterior julgamento do recurso extraordinário, o recorrente interpôs agravo de instrumento ao qual foi negado seguimento pelos mesmos fundamentos elucidados no recurso extraordinário e assim o Supremo Tribunal Federal deixou de apreciar a matéria sob o fundamento de ausência de repercussão geral, que apresenta conceito indeterminado, subjetivo.

4 Conclusão

Inicialmente, cumpre ratificar que o STF, ao interpretar e preservar as normas constitucionais, uniformiza a jurisprudência nacional, motivo pelo qual os tribunais ordinários devem seguir as decisões proferidas pela Suprema Corte. Assim, o STF tornou-se a Corte Constitucional Federal do país.

O recurso extraordinário submete-se ao juízo de admissibilidade, por meio do qual o órgão competente verifica se o mesmo cumpriu todos os requisitos, genéricos e constitucionais/específicos, impostos pela lei e pela Constituição. Admitido, o recurso será processado e julgado pelo STF que adentrará na análise meritória da lide.

Ocorre que, com o propósito de reduzir o número de processos a serem apreciados pelo STF, o legislador editou a Emenda Constitucional nº 45/2004 instituindo um novo requisito de admissibilidade recursal, a repercussão geral.

Regulamentada pela Lei Federal nº 11.418/2006, a exigência do requisito da repercussão geral impõe o ônus para o recorrente

que, a partir de então, tem que demonstrar, em sede de preliminar do recurso extraordinário, a existência da repercussão geral da matéria constitucional.

Ou seja, a matéria constitucional, objeto do recurso extraordinário, não poderá se restringir ao interesse das partes, devendo, portanto, atingir a sociedade.

Como instrumento hábil para obter dos órgãos jurisdicionais uma solução para o litígio, o recurso extraordinário é o instrumento processual por meio do qual a parte poderá obter uma decisão da Suprema Corte em relação a matéria constitucional que tenha repercussão geral.

Maior atenção deverá ser dispensada no trato dos recursos extraordinários que tenham como objeto a violação a direitos fundamentais, haja vista que, conforme demonstrado no transcorrer do trabalho, são de extrema importância para os seres humanos, por serem garantidores da liberdade, igualdade e dignidade.

Nesse sentido, a parte pode interpor recurso extraordinário alegando violação a direito fundamental, pois, dada a sua relevância, estão previstos no texto da Constituição da República de 1988.

Ocorre que, após pesquisa realizada nos julgados do STF, conclui-se que o mesmo está negando seguimento e, portanto, não está apreciando o mérito dos recursos extraordinários, em que a parte alegue violação a direito fundamental, sob a perspectiva da inexistência de repercussão geral da matéria suscitada.

Destarte, apesar de ter sido instituído para reduzir o número de processos a serem apreciados pelo STF, garantindo uma maior celeridade processual, o STF ao eximir-se de se pronunciar sobre a causa em que a parte alegue violação a direito fundamental, negando seguimento ao recurso extraordinário, está deixando de apreciar matéria de extrema importância para a sociedade, ou seja, revestida de repercussão geral.

Nessa perspectiva, não só o direito fundamental, objeto do recurso extraordinário pode estar sendo violado, mas também o direito

fundamental dos cidadãos à dignidade humana, por não poderem obter da Suprema Corte o pronunciamento sobre a causa.

Fundamental right argumentation in an Extraordinary Appeal after emergence of general repercussion.

Abstract

This study aims to examine the effects of the current posture of the Brazilian Supreme Court, as it relates to the denial of assessment of the Extraordinary Appeal for lack of general effect, even if it alleges violation of fundamental right. Therefore, in order to trace all the bases for the development of this work, the themes are analyzed following a logical sequence. So, it will present the concept of Extraordinary Appeal, which, besides having a unifying function of the country's law, is able to review the decisions which contravene provisions of the Federal Constitution of 1988. The appellate court admissibility, the trial of a logical merit, will be briefly reviewed, followed by verification of the conditions of admissibility, general and specific. In succeeding, there will be an analysis of the impact on the general

assumption, which was introduced by the Constitutional Amendment number 45/2004 in order to reduce the amount of cases to be heard by the Brazilian Supreme Court. Later, we discuss the fundamental rights, emphasizing its importance to citizens, as guarantors of freedom, dignity and equality. Finally, we analyzed some precedents of the Brazilian Supreme Court, which denied assessment to the extraordinary appeal for recognition of the lack of effect on overall resource that is alleged violation of fundamental right, weaving a few comments at the end of each case.

Keywords: Extraordinary Appeal. Fundamental Rights. Brazilian Supreme Court.

Referências

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. III.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. **Constituição Federal**, 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisar Juris-**

prudência. Site disponível na internet: [http://\(www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia\)](http://(www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia))

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini;
- CRUZ e TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). **Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil**. São Paulo: IOB. v. 9. n.56. nov./dez. 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 10ª ed. Bahia: JMS Podivm, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARTIS CAETANO, Samir José. A Repercussão Geral da Questão Constitucional (Lei nº 11.418/2006). **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, Maio 2007. n.50.
- MENEZES, Isabella Ferraz Bezerra de. **A repercussão Geral das questões constitucionais como mecanismo de contenção recursal de admissibilidade do recurso extraordinário**. Revista da ESMape. Recife. v. 13 – n. 28. jul./dez. 2008. Semestral.
- MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

THEODORO JR., Humberto. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (Lei nº 11.418) e Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417)*. Revista Juris Plenum. Rio Grande do Sul, a IV; n. 20. mar./abr. 2008.

A VIDEOCONFERÊNCIA NO PROCESSO PENAL: O INTERROGATÓRIO *ONLINE* E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Marília de Queiroz Thum

Advogada

Resumo

O trabalho tem por objeto a análise do instituto da Videoconferência no Processo Penal, confrontando com os princípios gerais do procedimento criminal, a luz da legislação específica e da Constituição Federal; além da demonstração da necessidade do interrogatório *online* perante a realidade brasileira. Ao longo deste trabalho, serão estudados os aspectos que fazem parte desta recente e promissora modalidade no ordenamento

jurídico brasileiro, pretendendo-se demonstrar a grande importância deste instituto, responder a problemática da suposta violação dos princípios penais, e propor uma reavaliação do pensamento do paradigma de processo.

Palavras-chave: Videoconferência. Princípio da ampla defesa. Princípio da proporcionalidade. Segurança Jurídica.

1 Introdução

Antes da edição da Lei n.11.900/2009, que instituiu a Lei da Videoconferência, já se acarretava confusões e discordâncias da Lei, do estado de São Paulo, de número 11.819/05.

Ao contrário ao interrogatório *online* tem-se, como argumentos, a violação ao princípio da ampla defesa e da publicidade. Aos favoráveis, o entendimento que a Videoconferência está em consonância com os princípios constitucionais garantidos na Carta Magna, além de – baseado na proporcionalidade – garantir a segurança jurídica da população.

Com o objetivo principal de promover a extensiva facilitação e segurança ao processo penal e aos indivíduos a ele atrelados, a Lei da videoconferência trouxe para o cenário jurídico um novo paradigma de procedimento.

Este trabalho pretende analisar a sistemática utilizada pela referida lei, além de sua aplicabilidade no sistema jurídico; de maneira a demonstrar como nela, de fato, se encontra uma forma de alcançar uma modificação que se pretende atingir no que diz respeito ao cenário jurídico brasileiro.

2 Princípios penais constitucionais

O Estado Democrático de Direito visa à aplicação e o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Neste Estado de Direito predomina o império da lei. Neste tipo de Estado, as leis são criadas pelo próprio Estado, por meio de seus representantes politicamente constituídos. Uma vez que o Estado criou as leis e estas passam a ser eficazes, o próprio Estado fica adstrito ao cumprimento das regras e dos limites por ele mesmo impostos.

O princípio da imediação e, por sua vez, o princípio da identidade física do juiz são, sem dúvida, os dois princípios a obterem benefícios com o uso da videoconferência no interrogatório do réu. Ora, as audiências e os interrogatórios *on-line* podem ser gravados em meio digital, óptico ou equivalente. Esta facilidade permite ao julgador da causa, aquele que realizar o ato, aproximar-se da prova produzida ao ver ou rever as gravações audiovisuais, permitindo, inclusive, a observação repetida dos mecanismos não-verbais de linguagem – comumente ocorridos em uma audiência judicial.

O fundamento constitucional deste princípio encontra-se no artigo 5º, LV, CF. Preceitua que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação.

Conforme lição de Antônio Scarance Fernandes¹:

O contraditório refere-se à oportunidade dada à parte de contrariar os atos da parte adversa. Quando as partes são vistas em face de seus

1 FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., 2005. p.66.

direitos e poderes ante um ato judicial, o tratamento diferenciado deve ser analisado à luz de outro princípio, o da igualdade das partes. Assim, se, diante de uma decisão, é assegurada só ao réu a oportunidade de recurso, sem idêntica possibilidade ao Ministério Público, o problema não é de ofensa ao contraditório, mas ao princípio da isonomia processual. A questão consiste em saber se é justificável o tratamento distinto e privilegiado dado ao acusado. O contraditório será observado dado-se ciência ao Ministério Público das razões do recurso formulado pelo acusado e oportunidade para oferecer contra-razões.

A autodefesa consiste no direito de presença e de participação do réu. No que tange à participação, enquadra-se o direito de ser ouvido (interrogado) pelo Juiz competente. Além disso, é assegurado ao réu estar presente no ato de produção das provas a respeito do fato contra si imputado. Este é o motivo pelo qual o réu deverá ser intimado para o acompanhamento da audiência de instrução e julgamento, sob pena de nulidade do ato por ofensa ao princípio da ampla defesa, uma vez que a intimação do réu representa formalidade que constitui elemento essencial do ato².

Obviamente esta é a regra e, para tanto, é admissível a possibilidade de realização de audiência dispensando-se a presença física do réu. É importante observar que a autodefesa é dispensável pelo réu, no que tange ao direito de presença física, pois no tocante ao direito de audiência este é absoluto e deve ser protegido. A possibilidade de dispensa física do réu pode ser extraída pelo seu direito constitucional de permanecer calado a respeito dos fatos que lhe são imputados. Logo, apesar da obrigatoriedade de os direitos de presença e participação serem assegurados pelo julgador, sob pena de nulidade, permite-se que o réu eventualmente venha a dispensar tais direitos – seja permanecendo calado no ato do interrogatório e a oitiva de testemunhas. Isto não significa que esteja tentando não aplicar a legislação penal. Nesta situação, deve o julgador ter muita cautela ao verificar ausência do réu nos referidos atos, devendo verificar se se trata de uma postura voluntária dele, ou uma clara intenção de fugir da aplicação da lei penal.

2 Art. 564, IV, do CPP

Primeiramente, convém ressaltar que o conteúdo da ampla defesa sofre certa limitação, como toda e qualquer liberdade pública, justamente em razão da necessidade de preservação de outros valores com igual índole constitucional que, por ventura, possa confrontar. Na hipótese do interrogatório e da audiência a distância, o valor confrontado é a eficiência do processo. O artigo 5º, LXXVII, da CF, assegura o direito à rápida prestação jurisdicional, que deve ser o mais célere possível, a fim de conservar sua adequação e utilidade ao interesse do reclamado. Por vezes, todavia a função do processo pode se mostrar ameaçada – o que demanda a necessidade de aparelhamento do sistema a fim de evitar tal comprometimento.

É exatamente neste contexto de fundado receio de comprometimento da eficiência do processo que se insere a justificativa do emprego do sistema da videoconferência. O uso da tecnologia explica-se por razões de segurança ou ordem pública; ou ainda quando o processo possui particular complexidade que a participação a distância resulte necessária para evitar o atraso no seu andamento. Justamente por esse receio da paralisia dos processos que esta questão envolve um tratamento processual diferenciado.

A compatibilização entre as garantias da ampla defesa e da eficiência do processo, no entanto, deve ser construída à luz do princípio da proporcionalidade – que tradicionalmente atua como critério solucionador dos conflitos entre valores constitucionais.

Fala-se em razoabilidade, ou proporcionalidade, como princípio que autorizaria a superação das vedações probatórias³. Tal posição, em linhas gerais, significa que a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado e, em determinadas circunstâncias, pode-se justificar o sacrifício de direitos individuais em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade.

3 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p.104.

3 Teoria geral das provas

Tão importante para um processo justo e democrático, a publicidade configura um direito fundamental da pessoa humana, sendo reconhecido no plano internacional⁴. O artigo 5º, LX, da *Magna Carta Brasileira* expressa que *a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*. No mesmo sentido dispõe o artigo 93, IX, CF, ao afirmar que

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões; sob pena e nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O artigo 792, § 1º, do Código Processual Penal acompanha este raciocínio. A alegada falta de publicidade do ato, por vezes questionada como sendo um óbice ao interrogatório on-line, não é de ser considerada. Com a moderna tecnologia, milhares de pessoas podem assistir ao ato simultaneamente. Ademais, a própria legislação mitiga o princípio da publicidade ao dispor que “somente as partes” terão acesso ao processo. Logo, o princípio da publicidade geral e o controle social sobre os atos do Poder Judiciário estão garantidos, além de estar-se ampliando o acesso à informação.

Malatesta⁵ diz com muita propriedade:

Não havendo frações de certeza, não pode haver frações de prova, ou a prova não chega a gerar no ânimo a certeza judicial, e não é prova de certeza de maneira alguma, ou produz esta certeza e é prova plena de certeza com respeito ao objeto provado.

4 Artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no artigo 14, I, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no artigo 8º, n.5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto de San José da Costa Rica.

5 MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Buenos Aires: Editora Bookseller, 1996, p.86.

Na definição inteligente de mestre Mittermaier⁶, *prova é o complexo dos motivos que produzem a certeza*. Outra linha de pensamento é a do jurista Florian⁷, com seu pensamento claro e objetivo, conceitua prova nos seguintes termos: *Prova é todo meio que produz um conhecimento certo ou provável acerca de qualquer coisa*.

Entretanto, no meio jurídico, particularmente refere-se à demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se, certamente, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou episódio.

Para Mittermaier⁸ *no sentido legal, os meios de prova, ou em uma palavra, as provas, são para o juiz as fontes dos motivos de convicção que a lei declara suficiente para, aplicados aos fatos da causa, determinarem naturalmente uma sentença*. Portanto, o juiz deve decidir se a acusação tem fundamento ou não verificando a veracidade dos fatos ao réu imputado.

Aury Lopes Júnior⁹ explica que

O interrogatório deve ser encaminhado a permitir a defesa do sujeito passivo e, por isso, submetido a toda uma série de regras de lealdade processual. Estas se referem ao prazo razoável do interrogatório após efetuada a prisão; direito a presença do defensor; respeito ao direito ao silêncio, livre de pressões ou coações; negação ao valor decisivo à confissão.

O momento para ser realizado o interrogatório é ao final da audiência de instrução e julgamento, após a colheita de toda prova oral – conforme reforma introduzida pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008. O local é na sala de audiências perante o magistrado, acompanhado pelas partes. Tal método não impede a aplicação da Lei 11.900/2009, que introduziu a possibilidade excepcional de se valer o juiz do mecanismo da

6 MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de prova em matéria criminal*. Campinas: BookSeller, 2004.

7 Apud VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. *Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 45. FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Bogotá: Temis, 1976, v.1, p.43.

8 MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de prova em matéria criminal*. Campinas-SP: Editora BookSeller, 2004, p. 149.

9 LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p.596.

videoconferência. Além disso, manteve-se a possibilidade de realização do interrogatório do réu preso em sala própria no estabelecimento onde estiver recolhido, garantida a segurança de todos os participantes e a publicidade do ato – conforme preceitua o art. 185, § 1º do CPP.

O advento desta lei, objeto de estudo do presente trabalho trouxe algumas possibilidades de interrogatório, conforme dizes de Nucci¹⁰:

a) pessoal, em contato direto entre acusado e juiz natural da causa, na sala de audiência do fórum, que é regra; b) pessoal, em contato direto entre acusado e juiz natural da causa, na sala reservada e específica do estabelecimento onde se encontra recolhido o réu preso – sendo essa uma situação excepcional; c) pessoa, em contato direto entre acusado e juiz de direito, por carta precatória, no fórum do juízo deprecado ou na sala reservada e específica do estabelecimento onde se encontra recolhido o réu preso – não sendo esta a regra; d) por videoconferência, envolvendo o acusado e o juiz natural da causa, sendo, também, outra exceção.

O ideal é permanecer intacto o contato direto entre juiz natural da causa e acusado, na sala de audiências do fórum. As partes estarão, igualmente, presentes e a produção da prova dar-se-á de maneira equilibrada e pessoal. Igualmente no tocante à colheita dos depoimentos das testemunhas – sendo esta a regra no processo penal.

A segunda opção buscou contornar o grave problema de escolha deficiente do Estado, levando e trazendo os réus, todos os dias, para audiências nos Fóruns. Tratando-se de réu preso e existindo no estabelecimento onde se encontra a sala própria de audiência, segura e equipada, deve o magistrado dirigir-se ao local para interrogá-lo. Porém, tal sistemática ficou bastante prejudicada com a edição da Lei 11.719/2008, inserindo o interrogatório no final da instrução, em audiência única, na maioria dos procedimentos, pouco antes da realização dos debates e julgamento. Logo, é inviável que todos os participantes do ato processual, em caráter uno, dirijam-se ao presídio para que, nesse local, colham-se os depoimentos. Aliás, essa medida não

10 NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p. 75.

está prevista em lei. Esses problemas também ocorrem quando o réu está em Comarca diversa daquela onde se encontra o juiz da causa.

A última situação é fruto de uma inovação legislativa. Vale ressaltar que o legislador valeu-se de expressões como: *excepcionalmente, necessária, fundada suspeita, relevante dificuldade, gravíssima questão*; ou seja, esta não é a regra no procedimento criminal. É procedimento constitucional, desde que essas medidas cautelares sejam observadas, em consonância com a ampla defesa.

O magistrado, ao utilizar-se do procedimento da videoconferência, deverá analisar se se trata de medida excepcional, fundamentar sua decisão com argumentos sólidos, coerentes e lógicos, abrangendo o efetivo risco à segurança pública, relevante dificuldade para o comparecimento em juízo, fundada influência no ânimo da testemunha, ou gravíssima questão de ordem pública. Não deve, o magistrado, banalizar a utilização da videoconferência, afinal não era essa a intenção do legislador. Ainda com toda a tecnologia avançada é imprescindível agir com cautela.

A utilização da videoconferência, entretanto, não cabe no procedimento do Tribunal do Júri, visto que vigora o princípio constitucional da plenitude da defesa. Ademais, o contato pessoal e direto do réu com os jurados é fundamental. Logicamente que a situação comporta flexibilidade, pois o próprio réu, atualmente, pode optar pelo não comparecimento ao plenário do júri; assim, pode preferir ser interrogado por videoconferência e acompanhar seu julgamento de igual modo.

4 O interrogatório online

Segundo os dizeres de Juliana Fioreze¹¹, a videoconferência foi criada para facilitar a comunicação entre as pessoas, viabilizando uma interação rápida, fácil e dinâmica, pois tem por objetivo colocar em contato, através de um sistema de vídeo e áudio, duas ou mais

11 FIOREZE, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro: interrogatório online: comentários à Lei 11.900/2009 (Lei da videoconferência)*. 2. ed., Revista Ampliada e Atualizada, Curitiba: Juruá, 2009, p. 56.

pessoas separadas geograficamente. Este sistema proporciona grande naturalidade ao contato das pessoas que a utilizam. A vantagem de se ter um sistema de videoconferência digital é que é possível enviar-se dados, além de imagens, utilizando principalmente vídeo e áudio. Para que uma videoconferência ocorra são necessários equipamentos e *software* específicos, além de uma comunicação que suporte o tráfego desejado.

Inegável dizer que a preocupação com o desenvolvimento das formas de comunicação foi fundamental para o desenvolvimento da espécie humana. Desde os primórdios da humanidade o homem se comunica; e busca pelo aperfeiçoamento desta comunicação foi um dos fatores responsável pela evolução do ser humano.

Tribos indígenas utilizavam tambores para se comunicar; no início do século XX surgiu o rádio; anos mais tarde a máquina de escrever aparece. Percebe-se como a evolução da comunicação se deu de maneira revolucionária. E em decorrência desta série de novidades é natural deparar-se com a resistência humana. Não é surpresa perceber que estas inovações causem medo e estranheza nas pessoas.

Ora, quando surgiu a máquina de escrever, estas passaram a ser vistas com certa desconfiança pelos operadores do Direito. Marco Antônio de Barros alertava para o risco da redação de sentenças com máquinas desse tipo, porque, alegavam, com elas não havia segurança da autoria dos atos judiciais.¹²

Entretanto, sabe-se que as máquinas passaram a servir, cada vez mais, como elementos de ligação entre as pessoas. Há dez anos era difícil imaginar que toda arrecadação, fiscalização, e restituição do imposto de renda ocorreria sem qualquer contato pessoal entre o contribuinte e o funcionário do fisco. A informática revolucionou as relações interpessoais. Atualmente, o contato pessoal está sendo substituído pelo contato 'virtual', através de e-mails, formulários online, da videoconferência. Até a máquina governamental se destaca por utilizar o *e-Governo*, possibilitando que o cidadão utilize inúmeros

12 FIOREZE, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro: interrogatório online: comentários à Lei 11.900/2009 (Lei da videoconferência)*. 2. ed., Revista Ampliada e Atualizada, Curitiba: Juruá, 2009, p. 73.

está prevista em lei. Esses problemas também ocorrem quando o réu está em Comarca diversa daquela onde se encontra o juiz da causa.

A última situação é fruto de uma inovação legislativa. Vale ressaltar que o legislador valeu-se de expressões como: *excepcionalmente, necessária, fundada suspeita, relevante dificuldade, gravíssima questão*; ou seja, esta não é a regra no procedimento criminal. É procedimento constitucional, desde que essas medidas cautelares sejam observadas, em consonância com a ampla defesa.

O magistrado, ao utilizar-se do procedimento da videoconferência, deverá analisar se se trata de medida excepcional, fundamentar sua decisão com argumentos sólidos, coerentes e lógicos, abrangendo o efetivo risco à segurança pública, relevante dificuldade para o comparecimento em juízo, fundada influência no ânimo da testemunha, ou gravíssima questão de ordem pública. Não deve, o magistrado, banalizar a utilização da videoconferência, afinal não era essa a intenção do legislador. Ainda com toda a tecnologia avançada é imprescindível agir com cautela.

A utilização da videoconferência, entretanto, não cabe no procedimento do Tribunal do Júri, visto que vigora o princípio constitucional da plenitude da defesa. Ademais, o contato pessoal e direto do réu com os jurados é fundamental. Logicamente que a situação comporta flexibilidade, pois o próprio réu, atualmente, pode optar pelo não comparecimento ao plenário do júri; assim, pode preferir ser interrogado por videoconferência e acompanhar seu julgamento de igual modo.

4 O interrogatório online

Segundo os dizeres de Juliana Fioreze¹¹, a videoconferência foi criada para facilitar a comunicação entre as pessoas, viabilizando uma interação rápida, fácil e dinâmica, pois tem por objetivo colocar em contato, através de um sistema de vídeo e áudio, duas ou mais

¹¹ FIOREZE, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro: interrogatório online: comentários à Lei 11.900/2009 (Lei da videoconferência)*. 2. ed., Revista Ampliada e Atualizada, Curitiba: Juruá, 2009, p. 56.

pessoas separadas geograficamente. Este sistema proporciona grande naturalidade ao contato das pessoas que a utilizam. A vantagem de se ter um sistema de videoconferência digital é que é possível enviar-se dados, além de imagens, utilizando principalmente vídeo e áudio. Para que uma videoconferência ocorra são necessários equipamentos e *software* específicos, além de uma comunicação que suporte o tráfego desejado.

Inegável dizer que a preocupação com o desenvolvimento das formas de comunicação foi fundamental para o desenvolvimento da espécie humana. Desde os primórdios da humanidade o homem se comunica; e busca pelo aperfeiçoamento desta comunicação foi um dos fatores responsável pela evolução do ser humano.

Tribos indígenas utilizavam tambores para se comunicar; no início do século XX surgiu o rádio; anos mais tarde a máquina de escrever aparece. Percebe-se como a evolução da comunicação se deu de maneira revolucionária. E em decorrência desta série de novidades é natural deparar-se com a resistência humana. Não é surpresa perceber que estas inovações causem medo e estranheza nas pessoas.

Ora, quando surgiu a máquina de escrever, estas passaram a ser vistas com certa desconfiança pelos operadores do Direito. Marco Antônio de Barros *alertava para o risco da redação de sentenças com máquinas desse tipo, porque, alegavam, com elas não havia segurança da autoria dos atos judiciais*.¹²

Entretanto, sabe-se que as máquinas passaram a servir, cada vez mais, como elementos de ligação entre as pessoas. Há dez anos era difícil imaginar que toda arrecadação, fiscalização, e restituição do imposto de renda ocorreria sem qualquer contato pessoal entre o contribuinte e o funcionário do fisco. A informática revolucionou as relações interpessoais. Atualmente, o contato pessoal está sendo substituído pelo contato 'virtual', através de e-mails, formulários online, da videoconferência. Até a máquina governamental se destaca por utilizar o *e-Governo*, possibilitando que o cidadão utilize inúmeros

¹² FIOREZE, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro: interrogatório online: comentários à Lei 11.900/2009 (Lei da videoconferência)*. 2. ed., Revista Ampliada e Atualizada, Curitiba: Juruá, 2009, p. 73.

serviços através das infovias.

É certo que o Direito não pode permanecer estático frente ao desenvolvimento tecnológico; e sua modernização é imprescindível para que se alcance Segurança Jurídica nas relações mantidas na sociedade informatizada.

Certamente, muito tem sido feito pela informatização da Justiça e do próprio processo. O Sistema da Penhora *On-line*, a consulta e o recebimento automático da movimentação processual, a intimação por Correio Eletrônico, a disponibilização de jurisprudência nos sítios institucionais *online*.

A utilização da tecnologia no Judiciário considera, principalmente, os benefícios que seu desenvolvimento poderá gerar para a transparência dos procedimentos jurisdicionais, para a celeridade processual, e para melhor gestão das informações pertinentes.

Além da agilidade, outro fator importante é o econômico. Para Juliana Fioreze¹³

No ano de 2005 já havia 250 mil processos tramitando em meio eletrônico, ainda na 4ª Região. A um custo estimado de vinte reais por processos, gastos em insumos – como papel, envelope, grampos, e pastas – o Estado teria uma despesa de cinco milhões, quando, de fato, gastou apenas oitocentos mil na implantação de todo o sistema.

Com a modernização do judiciário irá agilizar o trâmite das ações com segurança e qualidade, otimizar a utilização dos recursos financeiros e de pessoal, além de facilitar o acesso de advogados e partes aos autos dos processos, pois poderá ser feito pelos *sites* dos tribunais.

O próprio interrogatório *online* já vem sendo utilizado para a oitiva de réus em inúmeros estados brasileiros. Fioreze¹⁴ explica que

Esta forma de interrogatório virtual trás uma série de vantagens, tais

13. FIOREZE, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro: interrogatório online: comentários à Lei 11.900/2009 (Lei da videoconferência)*. 2. ed., Revista Ampliada e Atualizada, Curitiba: Juruá, 2009, p. 87.

14. FIOREZE, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro: interrogatório online: comentários à Lei 11.900/2009 (Lei da videoconferência)*. 2. ed., Revista Ampliada e Atualizada, Curitiba: Juruá, 2009, p. 94.

como: evita fuga e resgate de presos durante o transporte; a desnecessidade de deslocamento de viaturas policiais, agentes penitenciários e policiais para a escolta – fatos responsáveis pela média de 30% do adiamento das audiências –; geração de elevada economia aos cofres públicos com a redução do tempo de instrução processual; possibilidade de realização de número bem mais expressivo de interrogatórios.

Tais benefícios, conseqüentemente, podem desafogar o Judiciário e propiciar a liberação do réu preso, mais rapidamente, cumprindo-se a totalidade dos ritos processuais. No caso da audiência gravada, o magistrado poderá ter a possibilidade de rever o depoimento gravando, e, desta forma, analisar as reações do réu e uma visualização deste como se estivesse em sua frente.

Certamente que para a validação destes atos há a necessidade de alguns cuidados, como: a presença de um funcionário da Justiça no local onde se encontra o acusado, ou a testemunha; o ato deve ser público, isto é, feito em sala especial de audiência; nenhum ato judicial a distância pode ser realizado sem a presença de advogado ao lado do acusado, na sala onde ele se encontra; e a presença do Ministério Público junto ao Juiz.

A utilização da videoconferência não se restringe ao interrogatório. É possível utilizá-la em outras situações, tais como as *televisitações*. Isto é, visitas virtuais entre os detentos e seus familiares. De acordo com o diretor do Sistema Penitenciário Federal de Mato Grosso do Sul, Wilson Damásio¹⁵, a distância e os altos custos das viagens são impeditivos para as famílias.

Temos presos que têm condições de buscar a família ou mesmo de bancar uma mudança de domicílio. Mas percebemos que havia muitos que, por falta de condição financeira, ficavam privados do direito à visita. Esse sistema vem para amenizar esta situação.

Segundo ele, os equipamentos para a montagem da rede serão

15. **VIDEOCONFERÊNCIA pode facilitar contato entre presos e familiares em outros Estados.** Agência Folha. Campo Grande, 13 nov. 2008. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u467589.shtml> > Acesso em 18 de agosto de 2010.

comprados pelo Depen (Departamento Penitenciário Nacional) e implantados em parceria com a Defensoria Pública da União, que cederá espaço em suas sedes para os pontos de contato.

A Defensoria Pública da União em Pernambuco realizou em agosto de 2010 uma visita virtual. O preso está cumprindo pena no presídio em Rondônia e a família na cidade do Recife, Pernambuco. O Defensor Federal, Dr. Geraldo Vilar¹⁶ acompanhou a visita virtual e expressou: *para nós esse projeto é a concretização do trabalho da defensoria – garantir o respeito e a dignidade das pessoas*. A família estava emocionada e feliz com a oportunidade de conversar com o réu.

Contudo, apesar de nosso país possuir uma tecnologia exemplar, pouco se utiliza em seu potencial – em favor dos operadores do Direito – porque, infelizmente, ainda há grande resistência às inovações tecnológicas e conservadorismo no meio jurídico. Um grande problema na utilização das tecnologias de informação é a resistência ao novo. Nem sempre isso traduz dificuldades de ordem técnica, mas muitas vezes em carência de capacitação humana. Apesar de mudanças serem acontecimentos naturais, quase sempre gera um grande desconforto e desconfiança. Apenas a título de exemplo, a grande polêmica que foi no início da utilização das máquinas de escrever em substituição das sentenças de próprio punho. Damásio de Jesus¹⁷ diz o seguinte:

Tive uma fase pela qual todos passam: a da repulsa ao computador. Durante algum tempo talvez dois anos, inventei todas as desculpas imagináveis para fugir ou retardar a troca da velha máquina de escrever pelo micro. Como defesa, atribuía a ele todos os defeitos que lhe podiam ser imputados: embota a criatividade, é muito complicado, tira as emoções da escrita, mecaniza a mente, etc. Acomodado, era contrário às novidades, como muitos. Fiquei impressionado, mas não o bastante para abandonar a minha máquina de escrever. A burrice é teimosa.

16 LIMA FILHO, Geraldo Vilar Correia. **Defensoria implanta visita virtual**. Vida urbana. Diário de Pernambuco. Disponível em: < http://www.diariodepernambuco.com.br/2010/08/26/urbana1_0.asp > Acesso em 10.09.2010.

17 JESUS, Damásio E. de. **Eu e o computador**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n.30, abr.1999. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1755> > Acesso em 19 de agosto de 2010.

Ora, o verdadeiro Direito é aquele que acompanha a justiça social e a realidade de maneira compatível. A tarefa do legislador é apenas uma amostra do comportamento que traduz a consciência de um povo naquele período. É imprescindível que haja harmonia entre a realidade e a necessidade da população, ou seja, a lei deve acompanhar e atender a evolução do homem.

Reale¹⁸ enfatizou há mais de um quarto de século, que: *A cibernética está longe de submeter o homem à ditadura da máquina, pois esta se situa no plano instrumental dos meios e não no plano superior dos fins, porque o homem, dotado de livre-arbitrio, determinará sempre os seus limites*. A tecnologia é apenas um instrumento de auxílio para que o operador do direito possa melhor desempenhar seu papel – qual seja, realizar o processo respeitando os princípios legais.

5 Aspectos contrários à videoconferência

Os contrários ao interrogatório *online* entendem que o procedimento *online* é inconstitucional. Acreditam que violam o princípio da “dignidade da pessoa humana”, expresso na Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, de modo que todo acusado tem o direito de falar direta e pessoalmente com seu julgador. Afirmam que há ofensas, ainda, a outros princípios constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a publicidade (respectivamente previstos nos incisos LV e LIV do artigo 5º e artigo 93, IX da CF). Ademais, acreditam infringir o disposto no artigo 7º, §5º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o qual determina que o réu deva ser conduzido à presença física do juiz.

Segundo Luiz Flávio D’Urso¹⁹, a videoconferência (...) *pode ser um enorme sucesso tecnológico, mas é um flagrante desastre humanitário!* Na opinião de D’Urso

18 REALE, Miguel. In: SZKLAROWSKI, Leon Frejda. **A informática e o mundo moderno**. Jus Navigandi, Teresina, a.4, n.38, jan. 2000. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1756> > Acesso em 19 de agosto de 2010.

19 D’URSO, Luiz Flávio Borges. **O interrogatório por teleconferência: uma desagradável Justiça Virtual**. Jus Navigandi, Teresina, a.7, n.60, Nov.2002. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3471> > Acesso em 14.03.2010.

Esse sistema revela-se perverso e desumano, afastando o acusado da única oportunidade que tem de falar ao seu julgador, trazendo frieza e impessoalidade ao interrogatório. E conclui dizendo: (...) acreditamos que não estamos – e talvez nunca estaremos, preparados para isso. Há de se aperfeiçoar as garantias legais e humanas e o sagrado direito do acusado de estar diante, pessoalmente e falando com o seu julgador, mesmo que num único ato.

Os juristas contrários à videoconferência expressam que as inovações tecnológicas do interrogatório *online*, o Judiciário vai se transformando em uma *coisa fria, desumana*. Ainda que a imagem transmitida pela tela do computador seja em tempo real, o *calor humano* não estaria presente. Ressaltam, outrossim, que o momento do interrogatório é o mais importante para o réu, e que este tem direito de participar direta e ativamente no processo. Tem ele o direito de manter um *diálogo humano* com o seu julgador, levando-lhe emoções, versões, sentimentos, e expressões, a fim de que o julgador avalie da melhor forma a sua versão. Entendem que o interrogatório do réu no processo penal, garantia constitucional, pressupõe o direito de presença e do direito à audiência, esta, inclusive, de natureza absoluta.

Lopes Jr.²⁰ aborda, ainda, a problemática da própria tecnologia, uma vez que esta é extremamente efêmera e o Poder Judiciário não acompanha a velocidade da informática. Ademais, outro problema seria a necessidade de uma equipe técnica com especialidade suficiente para suprir a demanda de audiências.

Outro grave inconveniente é o excesso de confiança na tecnologia. Imaginemos que no meio de um longuíssimo interrogatório tenha que se fazer *control+alt+del* porque o computador do fórum ou do presídio travou! É até previsível, diante do inequívoco sucateamento dos órgãos públicos, imaginar os computadores que serão utilizados... sem falar que, daqui a alguns anos, continuarão os mesmos equipamentos, pois somente se vivéssemos num modo onírico, iríamos acreditar que o Estado faria atualizações e substituições com a periodicidade necessária. Mas não basta a tecnologia. Teríamos de ter uma equipe de técnicos de

20 LOPES JR., Aurélio. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, volume 1, 3.ed., 2008, p. 596.

plantão, prontos para resolver quaisquer dos inúmeros problemas que costumam ocorrer nessas operações. E, é claro, eles teriam condições de atender a todas as casas prisionais e também delegacias (sim, porque neste país ainda existem milhares de presos em delegacias!) (...)

Há um desejo de economia, segundo os doutrinadores contrários à videoconferência. E este ideal econômico gera alto nível de indiferença – fator altamente prejudicial não apenas ao réu, como também a sociedade, tendo em vista que a ausência de contato físico acarreta superficialidade nas relações humanas.

6 Aspectos favoráveis à videoconferência

Aos juristas favoráveis ao interrogatório *online*, a vantagem não é apenas a agilização, a economia e a desburocratização da justiça, mas também a segurança da sociedade, do juiz, dos representantes do Ministério Público, dos defensores, das testemunhas, das vítimas, e dos próprios presos.

Algumas críticas feitas ao interrogatório *online* não têm qualquer profundidade. Um exemplo disso seria o caso de o réu ficar atemorizado em relatar pressões a que estaria sofrendo dentro do presídio. Ora, quando o réu é interrogado no Fórum, policiais ou agentes penitenciários também o acompanham. Com isso, o que o acusado falasse naquela audiência seria de conhecimento dos referidos servidores. Ensina²¹:

A prova longe estará de ser subjetiva e, assim, a 'impressão' que o juiz tem de ser o réu culpado ou inocente é 'impressão', não técnica e, de nada serve, a uma, porque o réu já é presumivelmente inocente, a duas, porque se o magistrado tiver a 'impressão' de que ele é inocente, não poderá esquecer-se das demais provas produzidas, e a três, porque seria monstruoso que o magistrado condenasse alguém pela 'impressão' que teve.

Ademais, a necessidade de observância aos aspectos subjetivos

21 Apud FIOREZE, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro: interrogatório online: comentários à Lei 11.900/2009 (Lei de videoconferência)*. 2. ed., Revista Ampliada e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2009, p.139.

de utilização da videoconferência para a colheita de depoimentos de testemunhas ou declarações de vítimas.

Ademais, com a videoconferência, o interrogatório ficará mais fidedigno nos autos, pois não irá haver transcrição ditada pelo Juiz ao escrivão, mas sim a gravação do depoimento das testemunhas, juntamente com o interrogatório do réu. Logo, o juiz, ao proferir a sentença, poderá rever a gravação, com as transcrições *ipsis litteris* das expressões dos depoentes. O artigo 215 do CPP²⁴ ficará mais garantido. O princípio da verdade processual também será respeitado com a utilização desse sistema. Sem contar com o ganho de tempo, evitando seu desperdício em Juízo; tornando as audiências, e conseqüentemente o processo, mais céleres.

O vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2004, Edson Vidigal²⁵ defendeu o uso da videoconferência no depoimento dos presos durante o processo. Ele analisou:

O engraçado é que aqui no Brasil tem muita gente reagindo porque alguns juizes querem que o interrogatório de presos seja feito na sua presença, com o detento sendo levado de carro, em meio ao trânsito congestionado, sem tanta segurança e sujeito a ser arrebatado por um dos grupos criminosos a favor ou contra ele. Isso sem falar no dinheiro que se gasta, no tempo que se perde ou na morosidade do processo.

Ao transportar um preso para uma audiência é necessária uma operação tática dos policiais: o número escasso de agentes penitenciários; falta de equipamento ou material inadequado para o trabalho (como ausência de verba destinada à gasolina ou viaturas danificadas); o trajeto percorrido do presídio até o Fórum; o congestionamento no trânsito em virtude do desvio causado pelo transporte do réu... situações arriscadas e dispendiosas que poderiam ser evitadas em grande quantidade.

24 Artigo 215 do Código de Processo Penal: Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelos testemunhos, reproduzindo fielmente as suas frases.

25 VIDIGAL, Edson. In: **Mais facilidade. Vidigal defende uso da videoconferência em depoimentos.** Revista Consultor Jurídico – Conjur. 05.02.2004. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2004-fev-05/vidigal_defende_uso_videoconferencia_depoimentos > Acesso em 09.09.2010.

Fioreze²⁶ aborda, ainda:

(...) Tudo isso sem contar que as despesas se multiplicam em razão dos constantes adiamentos das audiências, causados por atrasos e acidentes inesperados com as viaturas, ou por outras situações que demandam a redesignação do ato. Ademais, surge a questão do risco à segurança da população e dos próprios policiais encarregados da escolta, sobretudo quando os deslocamentos são feitos com processados de alta periculosidade ou envolvidos com quadrilhas ou organizações criminosas.

Segundo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e dentro da vertente do garantismo processual penal, não há que se falar em prejuízo para o réu com o teleinterrogatório, pois, como visto, o comparecimento continua a ocorrer, sendo o réu conduzido à presença virtual do juiz da causa, sem prejuízo do contraditório efetivo.

Ou seja, a tecnologia informática no sistema jurídico não configura um *meio ilícito* para a condução da audiência. Esta transcorre em perfeita sintonia com os procedimentos penais, e em respeito ao contraditório e ao *due process of law*.

Para Luiz Flávio Gomes²⁷, a lei atende aos interesses da justiça, porque não é viável transportar detentos extremamente perigosos utilizando centenas de policiais e gastando uma fortuna. *Um deslocamento (de ida e volta) para um interrogatório de um preso como Fernandinho Beira-Mar, por exemplo, custa R\$ 200 mil aos cofres públicos*, disse.

A videoconferência não beneficia apenas o Estado, pela economia aos cofres públicos; ou a sociedade, por meio da segurança que lhe é conferida. A videoconferência é um interesse do réu, esteja ele solto ou preso. Esta evita seu transporte e lhe traz mais segurança e comodidade. No que tange ao réu que se encontra solto, igualmente lhe é benéfico, pois caso ele esteja sendo processado em comarca distante – ou até por

26 FIOREZE, Juliana. **Videoconferência no processo penal brasileiro: interrogatório online: comentários à Lei 11.900/2009 (Lei da videoconferência).** 2. ed., Revista Ampliada e Atualizada, Curitiba: Juruá, 2009, p.168.

27 SÃO PAULO quer quadruplicar videoconferência em presídios. Notícias Terra. 01 fev.2009. Disponível em < http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/o_03483553-E19030,00-SP+quer+Quadruplicar+videoconferencia-em-presidios.html > Acesso em 09.09.2010.

um motivo excepcional, como uma enfermidade, por exemplo – não será necessário comparecer ao Fórum. Nessas situações, o interrogatório *online* se mostra mais vantajoso que o interrogatório do réu por carta precatória ou rogatória, pois ainda permite um contato, com o Juiz.

No atual cenário brasileiro, em que a criminalidade e a violência são uma constante, não há motivos jurídicos ou econômicos a justificarem a resistência ao novo interrogatório. Com a videoconferência, evitar-se-á o uso de envio de cartas precatórias, ofícios, requisições... desburocratizando e barateando o custo processual. Além disso, o aumento da polícia ostensiva será uma realidade. Evita-se, também, fuga de presos durante as escoltas; e, com isto, economiza-se gasolina das viaturas, aeronaves policiais.

O Direito deve ser mutante, acompanhando as mudanças da sociedade e sua evolução; devendo moldar-se às inovações tecnológicas – como ao interrogatório *online* – que representa um avanço à justiça e uma garantia do Estado a desempenhar sua tarefa de proteção aos bens jurídicos dos indivíduos. Verifica-se que é inevitável a desburocratização da justiça criminal, ainda mais agora, com o direito do réu à razoável duração do processo (EC 45/04).²⁸

7 Considerações finais

A videoconferência trouxe ao universo jurídico nacional um novo paradigma, de forma alternativa no que tange ao processo penal – gerando a possibilidade de maior segurança jurídica.

Não há razão para temer esse avanço tecnológico. A videoconferência não impede a formação do juízo eminentemente subjetivo (personalidade do acusado, sua sinceridade, seu estado de calma, malícia, frieza). Com a gravação do interrogatório, resultado inevitável da videoconferência, é possível maior análise perante o órgão jurisdicional, além de permitir que terceiros estranhos ao processo

possam acompanhar a audiência – garantindo a publicidade dos atos do processo.

O devido processo legal assegurado pelo artigo 5º, LIV, da CF, pressupõe, no âmbito penal, o direito a um processo justo, incluindo, dentre outros aspectos relevantes, o direito de ser ouvido, de ser assistido por um advogado (art. 5º, LXIII CF), de ter presumida sua inocência (art. 5º LVII, CF), de ter sua prisão comunicada imediatamente à autoridade judicial (art. 5º, LXII, CF), dentre inúmeras outras garantias. No sistema de audiência virtual, em tese, todos estes direitos são preservados. O réu tem oportunidade de se entrevistar com um magistrado, devidamente assistido por advogado, apresentando as razões que entender pertinentes a sua defesa.

A presença física do acusado perante o magistrado nem sempre é uma necessidade processual, tendo em vista, por exemplo, réu que responde a processo mediante instrução por carta precatória. Vale dizer que a implantação do sistema valorizará o direito de participação do acusado na instrução criminal.

Ademais, a verdade real será uma constante – tendo em vista a desnecessidade de o juiz ditar a audiência. A informatização completa da Justiça, sobretudo com o uso da videoconferência, vai evitar ofícios, requisições, precatórias, rogatórias; ou seja, economizará tempo, papel, serviço, pessoal e, especialmente, deslocamento. O transporte do preso envolve gastos com combustível, uso de muitos veículos, escolta, dinheiro. De outro lado, eliminará riscos, sobretudo para o próprio preso e para a sociedade – com as fugas e os resgates. A informatização trará economia incalculável para o erário público e significará mais policiais nas ruas, mais policiamento ostensivo, mais segurança pública.

Contudo, na era digital, os operadores do Direito também se utilizarão destes benefícios. Advogados poderão acompanhar atos de instrução no lugar em que estes vierem a ocorrer, não importando o foro da comarca.

Com isto, percebe-se que desde que tomadas as devidas cautelas

28 FIOREZE, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro: interrogatório online: comentários à Lei 11.900/2009 (Lei da videoconferência)*. 2. ed., Revista Ampliada e Atualizada, Curitiba: Juruá, 2009, p.182.

e preservados os direitos e garantias fundamentais de todas as pessoas, não há como evitar que os recursos tecnológicos e informáticos sejam ampla e eficazmente utilizados no âmbito do Judiciário.

Urge acompanhar a evolução e fazer uso dos artifícios e tecnologias que ela proporciona, afinal não faz sentido refutar o progresso. A Justiça urge por eficiência e garantismo.

Isto posto, espera-se que a Lei 11.900/2009 seja apenas o começo de muitas mudanças que ainda virão e, certamente, contribuirão cada vez mais para aprimorar o Poder Judiciário Brasileiro; e para agilizar a justiça – afinal, como dizia o grande jurista Rui Barbosa, “*justiça tardia não é justiça!*”.

Criminal procedure in a video conference: online examination and constitutional guarantees

Abstract

The present work aims at the analysis from the Institute of Videoconferencing in Criminal Procedure, comparing with the general principles of criminal procedure, the light of specific legislation and the Constitution; addition to demonstrating the need for online interrogation before the Brazilian reality. Throughout this work, we will study the aspects that are part of this recent and promising modality in Brazilian law, which seeks to demonstrate

the great importance of this institute, to answer the question of the alleged violation of criminal law principles, and propose a reassessment of the paradigm of thought process.

Keywords: Videoconferencing. Principle of legal defense. Principle of proportionality. Juridic Security.

Referências

I - Livros

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., 2005. p.66.

IOREZE, Juliana. **Videoconferência no processo penal brasileiro: interrogatório online: comentários à Lei 11.900/2009 (Lei da videoconferência)**. 2.ed. Revista Ampliada e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MALATESTA, Nicola Framarino. **A lógica das provas em matéria criminal**. Buenos Aires: Editora Bookseller, 1996.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas-SP: Bookeller, 2004.

VASCONCELOS, Anamaria Campos Tôrres de. **Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

II - Internet

D'URSO, Luiz Flávio Borges. O interrogatório por teleconferência: uma desagradável Justiça Virtual. **Jus Navigandi**, Teresina, a.7, n.60, Nov.2002. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3471> > Acesso em 14 mar. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Interrogatório virtual ou por videoconferência. **Priomnis**. 18 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.promnis.com.br/publichtml/article.php?story=2004100812332286>>. Acesso em 5 set. 10.

JESUS, Damásio E, de. Eu e o computador. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n.30, abr.1999. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1755> > Acesso em: 19 ago. 2010.

LIMA FILHO, Geraldo Vilar Correia. Defensoria implanta visita virtual. Vida urbana. **Diário de Pernambuco**. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/2010/08/28/urbana1_0.asp> Acesso em 10 set. 2010.

REALE, Miguel. In: SZKLAROWSY, Leon Frejda. A informática e o mundo moderno. **Jus Navigandi**. Teresina, a.4, n.38, jan. 2000.

Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1756> > Acesso em 19 ago. 2010.

SÃO PAULO quer quadruplicar videoconferência em presídios. **Notícias Terra**. 01 fev. 2009. Disponível em <<http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/o,,OI3483553-EI5030,00-SP+quer+Quadruplicar+videoconferencia+em+presidios.html> > Acesso em 9 set. 2010.

VIDEOCONFERÊNCIA pode facilitar contato entre presos e familiares em outros Estados. Agência Folha. Campo Grande. 13 nov. 2008. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u467589.shtml> > Acesso em 18 ago. 2010.

VIDIGAL, Edson. *In: Mais facilidade. Vidigal defende uso da videoconferência em depoimentos*. Revista Consultor Jurídico -Conjur. 05.02.2004. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2004fev05/vidigal_defende_uso_videoconferencia_depoimentos > Acesso em 9 set. 2010.

QUALIFICAÇÃO REGISTRAL DOS TÍTULOS JUDICIAIS: INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO PELO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS

Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

Juiz de Direito; professor; pós-graduado em Metodologia do Ensino Superior; Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP; membro da comissão de elaboração do livro *Manual de decisões judiciais cíveis*, publicado em duas edições pela Editora Método.

Resumo

O artigo examina a possibilidade jurídica de o oficial de registro de imóveis decidir pela inadmissibilidade do registro no álbum imobiliário de um título de origem judicial, como, por exemplo, uma carta de sentença ou um formal de partilha. Se o registrador pode exercer atividade hermenêutica, interpretando textos legais, contratos e o próprio título apresentado para registro, bem como exercer atividade decisória, para efeito de impedir o registro de um título judicial no fólio registral. Se simples a

origem judicial do título garante, por si só, sua registrabilidade. Ou, o simples fato de um título ter origem judicial retira do oficial de registro de imóveis a possibilidade de realizar a qualificação registral deste título. Se o título de origem judicial também está sujeito ao princípio da legalidade estrita e aos princípios norteadores do direito registral.

Palavras-chave: Registro de Imóveis. Oficial de Registro de Imóveis. Títulos Judiciais.

Introdução

A problemática a ser estudada diz respeito à possibilidade jurídica de o oficial de registro de imóveis poder ou não decidir pela inadmissibilidade do registro no álbum imobiliário de um título de origem judicial, como, por exemplo, uma carta de sentença ou um formal de partilha. Em outras palavras, se a origem judicial do título garante sua registrabilidade.

Para sistematizar o estudo, expõe-se sobre o serviço de registro de imóveis que, de um modo geral, constitui o direito real de propriedade

por ato entre vivos e confere segurança jurídica tanto no que se refere à sua titularidade quanto aos próprios negócios jurídicos envolvendo bens imóveis. Aborda os fins do serviço registral e os princípios que norteiam sua atividade, bem como as questões relativas ao próprio oficial registrador.

Em seguida, fala-se sobre o aspecto referente à interpretação e aplicação do direito pelo oficial do registro de imóveis, começando por aspectos gerais do próprio ato de interpretar.

Depois, trata-se exclusivamente, da qualificação registral que nada mais é que o ato de análise ou exame (interpretação do texto do título e das normas jurídicas vigentes) e consequente decisão se o título apresentado deve ou não ter acesso ao registro pretendido.

E, finalmente, apresenta-se a questão a respeito da possibilidade jurídica de o oficial de registro de imóveis decidir pela inadmissibilidade do registro, no álbum imobiliário, de um título de origem judicial, como, por exemplo, uma carta de sentença ou um formal de partilha.

Conclui-se, por fim, que os títulos judiciais, tal como os de origem extrajudicial, também estão sujeitos ao princípio da legalidade, bem como aos princípios norteadores do direito registral e que a simples circunstância de terem origem judicial não lhes afasta do crivo do oficial registrador.

1 Do serviço de Registro de Imóveis

De um modo geral pode-se dizer que o serviço de registro imobiliário se refere ao registro ou ao assentamento de títulos judiciais ou extrajudiciais, por meio do qual se constitui o direito real de propriedade, conferindo segurança tanto no que se refere à sua titularidade quanto aos próprios negócios jurídicos envolvendo bens imóveis.

1.1 Regulamentação legal e constitucional

A prestação dos serviços relativos ao registro de imóveis, bem como dos demais registros (registro civil e de títulos e documentos), e assim também o serviço de notas (tabelionato) está expressamente prevista na Constituição Federal, disciplinando que será exercida em caráter privado, mas por delegação do Poder Público. Nestes exatos termos se expressa a Carta Magna: “*Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.*” E, mais: “*§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.*”

Tal regulamentação se encontra realizada pelo regramento instituído pela Lei Federal n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994. De pòrtico, tal regulamento legal salienta o caráter finalístico de todos esses serviços de registro e de notas: “*Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.*”

Como se vê o registro público, assim como a atividade de notas, deve garantir que os atos jurídicos que constam de seus assentamentos estejam disponíveis ao conhecimento de todos os interessados, ou seja, que a informação possa ser conhecida, pois disto resulta exatamente a presunção segundo a qual ninguém pode alegar o desconhecimento da existência de um ato jurídico constante de um registro público, e o caráter da oponibilidade perante terceiros, pelo qual o titular do direito de propriedade pode opor este seu direito contra todos indistintamente (eficácia erga omnes).

Deve também conferir segurança no sentido de eliminar ou minimizar ao máximo o risco de eventual inautenticidade dos atos jurídicos, a ponto de a lei conferir presunção relativa de verdade ao que está contido no registro público – ou seja, tem-se por verdadeiro o conteúdo de um registro até que alguém produza prova em contrário de que o conteúdo do registro não reflete a verdade. Por fim, o serviço de

registro imobiliário deve conferir eficácia ou aptidão para produzir os efeitos jurídicos previstos e pretendidos pelos interessados.

Estabelece ainda a lei regulamentadora, de modo cogente, que a prestação tais serviços devem ser prestados com eficiência e de modo adequado, ou seja, com presteza, zelo e qualidade: “Art. 4º *Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, [...]*”.

1.2 Fins do registro imobiliário

O objetivo precípua do registro imobiliário é a obtenção da aquisição da propriedade inter vivos, mas, igualmente, visa garantir a autenticidade, a segurança e a própria produção dos efeitos dos atos jurídicos que digam respeito a direitos reais sobre imóveis, sem contar que assegura a possibilidade de identificação da coisa e de seu atual titular. Elenca Maria Helena Diniz (2010, p.41) um rol de finalidades: a) Resguardar a propriedade, documentando a sua transferência e dando publicidade às mutações subjetivas; b) Permitir a aquisição da propriedade, passando o adquirente a ser, com segurança, o proprietário do imóvel adquirido por ato inter vivos, a partir do registro; c) Garantir a existência de ônus reais; d) Assegurar a formalização da aquisição por usucapião, com o registro da sentença declaratória do domínio; e) Funcionar como ato declaratório da disponibilidade da propriedade, se o imóvel vier a ser adquirido por ato causa mortis, com o registro do formal de partilha; f) Garantir, nas desapropriações, por ter fim cadastral, a obediência ao princípio da continuidade do registro imobiliário; g) Permitir a continuidade registrária, na divisão que declarar o do domínio.

1.3 Princípios que regem o serviço do registro imobiliário

Princípios são cânones ou postulados fundamentais que garantem a autonomia de um sistema dentro do mundo jurídico. São alicerces de uma disciplina jurídica. Pode-se dizer que princípio é uma regra básica que ocupa posição de proeminência numa dada disciplina jurídica.

É algo mais geral que uma norma porque serve para inspirá-la, para entendê-la e para supri-la. Pela simplicidade e clareza, merece registro a definição dada pelo jurista Celso Antonio Bandeira de Melo (apud MELO FILHO, 2012, p.67):

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada.

Relativamente aos princípios que regem o serviço de registro de imóveis, Álvaro Melo Filho (2012, p.69) sustenta que são as orientações capitais, as linhas diretas do sistema, a série sistemática de bases fundamentais e o resultado da sintetização ou condensação do ordenamento jurídico registral. Os principais, segundo Álvaro Melo Filho (2012, p.70), são: a) princípio da publicidade: o registro torna público a todos o conhecimento dos atos e fatos registrados, que poderão ser conhecidos mediante certidão; b) princípio da fé pública: o registro gera presunção relativa de propriedade, ficando ressalvada ao verdadeiro dono a prova em contrário; c) princípio da prioridade: quem primeiro chega ao Registro obtém a proteção registral em relação aos que surgem depois; d) princípio da especialidade: tem a ver com a especialização do imóvel, com sua descrição como corpo certo e discriminado, como individualidade autônoma que o torna inconfundível em relação a

qualquer outro; e) princípio da disponibilidade: vincula-se a ideia de que ninguém pode transferir mais direito do que tem; e) princípio da continuidade: deve existir uma cadeia de titularidades à vista da qual só se fará a inscrição de u direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular; g) princípio da legalidade: verificação da legalidade e validade do título. Impede o acesso ao registro de títulos inválidos ou imperfeitos, contribuindo para a concordância do mundo real com o mundo registral, de modo que o público possa confiar plenamente no registro.

1.4 Do Oficial de Registro de Imóveis

O oficial de registro de imóveis, antes de tudo, é um profissional do direito como consta expressamente do texto legal regulamentador do artigo 236, da Constituição Federal. Assim dispõe a Lei 8.935, de 28 de novembro de 1994, in verbis: “Art.3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.” (grifo nosso).

Desse mesmo texto legal se sobressai ainda à afirmação segundo a qual o oficial registrador é um profissional dotado de fé pública revelando assim, a confiança depositada pela lei de regência na pessoa do delegatário. Isso quer dizer que os registros realizados por ele, assim como todos os demais atos que lhe são próprios, gozam do prestígio da presunção relativa de veracidade. Ou seja, até prova em contrário, consideram-se verdadeiros os atos de ofício praticados pelo oficial do registro de imóveis.

De outra parte, a lei de regência (Lei n.º 8.935/94) confere autonomia e independência ao registrador de imóveis no exercício da função que lhe é confiada, o que fez nos seguintes termos: “Art. 28. Os notários e oficiais de registro **gozam de independência no exercício de suas atribuições**, [...]” (grifo nosso).

Isso quer dizer, em última análise, que o oficial registrador tem

(ou deve ter) absoluta autonomia ou independência, especialmente no que se refere à específica atividade de análise dos títulos que lhes são apresentados para registro. Ao fôlio, não deve ser levado nenhum título por mero juízo conveniência, oportunidade, equidade, ou qualquer outra razão menor que não esteja apoiada na lei e no seu livre convencimento.

Nada, nem mesmo o eventual temor reverencial escusa o oficial registrador de agir com imparcialidade e independência, pois não se pode perder de vista o valor primordial do serviço de registro de imóveis que é a segurança jurídica. Qualquer ato temerário seu pode ferir de morte a respeitável confiabilidade do serviço de registro de imóveis.

Como profissional do direito, dotado de fé pública, está subordinado exclusivamente à lei (lei em sentido amplo, pois existem, por exemplo, atos administrativos com conteúdo normativos baixados pelos tribunais de justiça e suas respectivas corregedorias).

2 Interpretação e aplicação do direito pelo Oficial de Registro de Imóveis

2.1 Da interpretação em geral

Interpretar, na visão de Carlos Maximiliano (1997, p.9), é o ato de explicar, esclarecer, dar significado a um vocábulo, atitude ou gesto, ou mesmo reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado. Interpretar tem a ver, pois, com revelação, com descoberta de um sentido – ou significado –, embora não se possa descartar que este sentido – este significado – também venha ser produzido, construído pelo intérprete. Por isso Eros Grau (2009, p. 25), se referindo à interpretação e a compreensão afirma que “(...) interpretar é identificar ou determinar (=compreender) a significação de algo.”

O ato de interpretar, buscar o sentido ou a compreensão é tão inato à natureza da pessoa humana que, legitimamente, se pode dizer que a percepção (ou conhecimento) que o homem tem do mundo (ou da realidade) é apenas fruto da leitura, da interpretação que ele faz

do mundo ou da realidade. Por isto não é sem razão que se diz que conhecimento pressupõe interpretação.

No ambiente jurídico (judicial ou extrajudicial), o termo interpretação adquiriu significado próprio, qual seja, a revelação do sentido ou a compreensão dos textos normativos, razão pela qual Paulo Nader (2008, p.263) sustenta que:

O trabalho de interpretação do direito é uma atividade que tem por escopo levar ao espírito o conhecimento pleno das expressões normativas, a fim de aplicá-las às relações sociais. Interpretar o direito é revelar o sentido e o alcance de suas expressões.

2.2 Aplicação do direito

Interpretam-se os textos legais e contratuais não apenas porque a linguagem esteja ocasionalmente ambígua ou obscura, mas, sobretudo porque tais textos devem ser aplicados a casos concretos, reais ou hipotéticos.

Independentemente de o texto normativo ser suficientemente claro, ou não, o fato é que a necessidade de interpretação se impõe desde que tal texto deva ser aplicado a uma dada situação concreta. O critério que determina a atividade interpretativa não é o da falta de clareza do texto, mas o da necessidade de sua aplicação.

Mesmo um texto normativo, recheado de ambigüidades e obscuridades, não carece de qualquer labor interpretativo se não se apresentar à necessidade de aplicá-lo a uma dada situação concreta, real ou hipotética. A atividade interpretativa neste caso se revela sem qualquer utilidade. Interpretação e aplicação são duas atividades siamesas.

Essas razões, por si só, cassam a vigência do princípio *in claris cessat interpretatio*, segundo o qual a clareza do texto, por si só, dispensa o labor interpretativo, até porque a conclusão sobre a clareza do texto normativo já é fruto de uma atividade interpretativa.

O oficial de registro de imóveis como intérprete e aplicador do direito

O próprio exercício da atividade registrária já demonstra, mas a Lei 8.935, de 28 de novembro de 1994, fez questão de reafirmar a qualidade do oficial do registro de imóveis como profissional do direito, o que fez nos seguintes termos: “Art.3º Notário, ou tabelião, e **oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito**, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.” (grifo nosso).

Profissional do direito, para Walter Ceneviva (2010, p.50), “[...] é todo prestador de serviço remunerado cuja área de principal de atividade compreende a aplicação da lei.” E como profissional do direito, o oficial registrador inevitavelmente, tenha ou não consciência disto, interpreta e aplica o direito ao caso concreto, quando, por exemplo, decide pela registrabilidade de um título (ou não), após examiná-lo chegar à conclusão que tal título preenche (ou não) todos os requisitos exigidos em lei e está conforme os princípios norteadores do direito registral.

E para chegar a tal conclusão, ou decisão (sobre a registrabilidade ou não do título apresentado), o oficial registrador necessariamente empreende atividade hermenêutica, tanto no exame da legalidade intrínseca do título e do próprio negócio jurídico nele contido, bem como acerca de sua adequação aos princípios informadores do direito registral, sem contar exigências jurídicas estranhas ou exteriores ao próprio título, como nas hipóteses em que deve atentar para aspectos relativos à preservação do meio ambiente, à proteção aos bens de valor estético, histórico, artístico e paisagístico. Assim também em relação à questão urbanística, sobretudo no que se refere à ordenação da cidade ao exercer o controle do parcelamento do solo urbano; o controle sobre o efetivo recolhimento dos impostos devidos e sobre a aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, dentre muitas outras hipóteses.

Nesse sentido, o registrador gaúcho João Pedro Lamana Paiva (2010, p. 438):

Para o acesso de qualquer título ao sistema registrário, constitui-se imprescindível a presença de alguns requisitos, como o atendimento dos

princípios da: especialidade, que exige a plena e perfeita identificação do imóvel nos documentos (arts. 176, § 1º, II, n.3, e 225 da Lei de Registros Público); legalidade, o que impõe o exame prévio da legalidade, validade e eficácia dos títulos, a fim de obstar o registro de títulos inválidos, ineficazes ou imperfeitos, contribuindo para a concordância do mundo real com o mundo registral, de modo que o público possa confiar no registro (arts. 167, I e II; 169 e 198 da Lei dos registros Públicos); disponibilidade, com base no qual, ninguém pode transferir mais direitos do que os constituídos, pelo Registro Imobiliário, a compreender a disponibilidade física (área disponível do imóvel) e a jurídica (a vincular o ato de disposição à situação jurídica do imóvel e da pessoa), conforme previsão legal do art. 176, § 1º, III, da Lei dos Registros Públicos; e, ainda, da continuidade, visando impedir o lançamento de qualquer ato de registro sem o registro anterior e a obrigar as referências originárias, derivadas e sucessivas (arts. 195, 222 e 237 da Lei dos Registros Públicos).

O fato, porém, é que o registrador, no seu mister de julgamento sobre a registrabilidade dos títulos apresentados, nem mesmo diante da clareza do texto da lei, deixa de realizar atividade hermenêutica, pois, como já salientando acima, a própria conclusão sobre a clareza do texto normativo já é fruto de uma atividade interpretativa.

Superados esses mal entendidos acerca da inexistência ou da desnecessidade de ação interpretativa, outra questão se apresenta relevante: ao registrador não é permitido, a pretexto de obedecer ao princípio da legalidade estrita ou de poder decidir conforme seu livre convencimento, ou ainda em nome da chamada segurança jurídica, adotar interpretação que vise obstaculizar, sem justo motivo, o acesso do título ao fôlio real, porque, assim, estará configurado o abuso de direito, sem contar o desestímulo à formação de uma cultura favorável ao registro imobiliário.

Ao contrário, a interpretação deve ser conduzida no sentido de fomentar o registro imobiliário, ainda não adequadamente internalizado em nossa cultura. A interpretação na atividade de qualificação registral, a um só tempo, pode tanto atender às exigências da lei, como estimular

a cultura do registro imobiliário.

Por isso, a advertência contida no julgado do Conselho Superior da Magistratura de do Tribunal de Justiça de São Paulo (Ac. unân. na Ap. 251.775, rel. Des. Acácio Rebouças, RT, 489:117), (apud CENEVIVA, 2009, p. 372):

1. Embora formal, a visão do registrador não deve ser de molde a negar ao interessado a 'proteção jurídica que procura num órgão do serviço público. Este tem de acompanhar a transformação do mundo, para prestar-se à realização de seus próprios fins, e não agarrar-se a preceitos que os novos tempos já desmereceram, transformando-se, assim emperrado e lerdo, num aparato perfeitamente inútil. Se o direito civil evolui, por que acorrentar o registro público, que é uma criação dele mesmo?

3 Qualificação Registral

3.1 Conceito

O que afinal é qualificação registral? Esta é uma pergunta legítima que se impõe sempre que o tema é colocado em discussão, pois, afinal, trata-se de uma expressão bem própria e particular entre os notários e os registradores, não alcançando o público em geral.

Muitas são as expressões linguísticas utilizadas visando identificar o conteúdo da expressão qualificação registral. Comumente se diz que consiste na análise ou no exame sobre a registrabilidade de um título. Neste sentido, por exemplo, Maria Helena Diniz (2010, p.334):

O oficial do Registro de Imóveis, no procedimento de registro, na fase do exame formal dos títulos exibidos pelo apresentante, deverá verificar se todas as exigências legais contidas no Código Civil, na Lei de Registros Públicos e na legislação tributária, foram rigorosamente cumpridas, analisando os elementos extrínsecos daqueles títulos imobiliários. (grifo nosso).

Assim também o magistrado Marcelo Martins Berthe (2005, p.

463):

A qualificação registral, atividade que consiste no exame da registrabilidade dos títulos apresentados perante o serviço de registros públicos, [...]. (grifo nosso).

Contudo, não se pode negar que a análise acerca da registrabilidade de um título não se constitui num fim em si mesmo. Verifica-se se formalidades foram ou não atendidas exatamente para poder decidir se o pedido de registro deve ou não ser atendido. Por isso, deve-se insistir que a qualificação registral não se reduz a mera atividade de exame, mas também compreende a de julgamento, a de decisão. Não é se razão que também se diz que a qualificação registral consiste na decisão que admite ou não o registro de um título. Walter Ceneviva (2009, p.372), inclusive, bem percebe que a qualificação registral tem conteúdo nitidamente decisório e não é sem razão que incluiu o verbo “aferrir”, no sentido de julgamento, ao tratar das atribuições do oficial registrador diante de um título submetido para registro:

À pretensão de um registro por parte de alguém contrapõe-se a função do oficial: receber, examinar os papéis apresentados e aferrir de sua registrabilidade, sem entrar no mérito negocial, mas atentando para seus característicos extrínsecos. (grifo nosso).

Assim, pode-se dizer que qualificação registral consiste no ato de análise ou exame (interpretação do texto do título e das normas jurídicas vigentes) e consequente decisão se o título apresentado deve ou não ter acesso ao registro pretendido. Se da análise do registrador resultar a convicção que o título apresentado atende as exigências da legislação, sua decisão, por óbvio, será a de acolher o pedido de registro. Tem-se, no caso, a chamada qualificação positiva, pois o registrador decidiu por registrar o título apresentado. Noutra perspectiva, certificando-se da inobservância de alguma exigência legal, o registrador certamente decidirá pela não admissão do registro na tábua registral, pelo menos enquanto o interessado não sanar o vício verificado. Neste caso, a decisão é denominada de qualificação negativa.

3.2 Aspectos da qualificação registral

Por ocasião da realização da qualificação registral, deve o oficial de registro observar alguns tópicos sem os quais seu trabalho pode ficar comprometido. Tais tópicos, segundo Ricardo Dip (2011, p.962/968), são:

- a) O exame da própria competência registral em razão da matéria e em razão do território; se o título se refere a registro imobiliário, por exemplo, e se o imóvel pertence à circunscrição do registrador.
- b) Análise de eventual impedimento próprio, a fim de se preservar a imparcialidade do registrador.
- c) Rogação por parte do interessado no registro do título.
- d) Registrabilidade *in abstracto* do título; se existe previsão legal para tal registro.
- e) Formas documentais extrínsecas: a viabilidade registrária do documento, segundo sua forma; identificação e qualificação das partes; intervenção e outorga das partes; exposição ou descrição do objeto do ato; estipulações feitas pelas partes; originalidade do documento; dentre outras.
- f) Expressão verbal, compreensão da causa.
- g) Capacidade dos outorgantes e validade dos atos dispositivos.
- h) Problemas fiscais e urbanísticos,

Por vezes o oficial registrador chega a formular exigências que não interessam a nenhuma das partes envolvidas, mas com intuito de proteger a integridade registral em si mesma. Por vezes a qualificação registral não se limita ao simples exame formal do título e engloba questões referentes à preservação do meio ambiente e a proteção de bens de valor estético, artístico, paisagístico e histórico, bem como relativo ao urbanismo (ordenação das cidades), sobretudo no que se refere ao

controle do parcelamento do solo urbano e aos imóveis rurais adquiridos por estrangeiros, sem contar a fiscalização do efetivo recolhimento dos impostos devidos.

3.3 Objeto da qualificação registral

A priori a qualificação registral se presta a servir de filtro, retendo os títulos que não atendem às exigências da lei ou que estejam eivados de vícios, formais ou substanciais, admitindo somente aqueles que estão conforme a legislação e os princípios informadores do direito registral. Como visto, a qualificação registral se presta a realizar o controle da legalidade.

Percebe-se, de plano, que sem essa filtragem, sem esse controle de legalidade, estaria seriamente comprometida à confiabilidade que desfruta o serviço de registro de imóveis e a própria presunção de veracidade dos assentos registrais. Nesse sentido, importantes são as reflexões do registrador paulista Flauzilino de Araújo Santos (2012, p.312):

Reafirmo que é aptidão do Registro Imobiliário ser instrumento de segurança e não deve macular o seu prestígio tornando-se um outdoor de fantasias e fraudes, mediante o abrigo em seus livros ou arquivos de títulos ou documentos que instrumentem ilegalidades ou arbitrariedades; assim como não deve permitir que se defraude a confiança haurida, metas que são atingidas pela depuração jurídica dos atos com vocação registral via minuciosa qualificação, a fim de que somente acessem o sistema aqueles que se mostrem idôneos.

4 Qualificação Registral dos Títulos Judiciais

4.1 Dos títulos judiciais

Kioitsi Chicuta (2005, p.409-410) conceitua título, para efeito da Lei 6.015/73, como todo aquele que instrumenta o direito real. Título é fonte do registro. São denominados judiciais os títulos advindos do poder judiciário. Segundo o magistrado paulista, são os seguintes que

estão sujeitos a registro:

- a) penhoras, arrestos e sequestros de imóveis;
- b) citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;
- c) julgados e atos jurídicos entre vivos que dividirem imóveis ou os demarcarem inclusive nos casos de incorporação que resultarem constituição de condomínio e atribuírem uma ou mais unidades aos incorporadores;
- d) sentenças que nos inventários, arrolamentos e partilhas adjudicarem bens de raiz em pagamento das dívidas da herança;
- e) atos de entrega de legados de imóveis, dos formais de partilha e das sentenças de adjudicação em inventário ou arrolamento quando não houver partilha;
- f) arrematação e adjudicação em hasta pública;
- g) sentenças declaratórias de usucapião;
- h) desapropriação amigável e das sentenças que, em processo de desapropriação, fixarem o valor da indenização;

4.2 Os títulos judiciais como objeto de qualificação registral

A questão que se coloca reside exatamente a respeito da possibilidade jurídica de o oficial de registro de imóveis decidir pela inadmissibilidade do registro, no álbum imobiliário, de um título de origem judicial, como, por exemplo, uma carta de sentença ou um formal de partilha. Ou seja, se o registrador pode exercer atividade hermenêutica, interpretando textos legais, contratos e o próprio título apresentado para registro, bem como exercer atividade decisória, para efeito de impedir o registro de um título judicial no fôlio registral.

Isso porque não é incomum o oficial de registro de imóveis sofrer

incompreensões por parte dos interessados e muito especialmente por parte da própria autoridade judiciária responsável pela expedição do título, quando recusa o registro de título judicial que contenha alguma imperfeição. Há notícias que alguns oficiais registradores foram ameaçados de prisão caso insistissem em não cumprir a “ordem judicial”.

A questão pode ainda ser colocada sobre outra perspectiva: a origem judicial do título apresentado para registro garante, por si só, sua registrabilidade? Ou, o simples fato de um título ter origem judicial retira do oficial de registro de imóveis a possibilidade de realizar a qualificação registral deste título?

Como já visto, a qualificação registral se presta a realizar o controle da legalidade dos títulos que são apresentados para registro. Tal qual um filtro, deve reter os títulos que não atendem às exigências da lei ou que se apresentem viciados, tanto na forma quanto no conteúdo, admitindo exclusivamente aqueles que se apresentarem conforme a legislação e os princípios norteadores do direito registral.

Vale também lembrar a cerca da necessidade dessa filtragem, pois sem esse controle da legalidade, o serviço de registro de imóveis simplesmente perderia a confiabilidade e não mais haveria razão para se falar na existência de presunção de veracidade dos assentos registrais.

Nesse ser assim, como também já foi dito, se da análise do oficial registrador resultar a convicção que o título apresentado não observa a alguma exigência legal ou ofende a algum dos princípios do registro imobiliário, simplesmente deve inadmitir o seu registro na tábua registral, seja tal título de origem extrajudicial ou judicial. Se, ao contrário, se certificar que o título atende a todas as exigências, por óbvio, que sua decisão será por sua registrabilidade. Marcelo Martins Berthe (2005, p.468-469), apresenta-nos exemplos em que houve justa recusa ao registro de títulos judiciais:

Segue que uma Carta de Sentença ou um Formal de Partilha, que pretendam dar causa à transmissão da propriedade imóvel, deverão respeitar, v.g., dos princípios da legalidade, especialidade, continuidade, ou

disponibilidade, entre outros, como todos os demais títulos, ou seja, os títulos não judiciais, se é que assim podem ser chamados.

Possível ainda formular hipótese em que teria cabimento recusar mandado de usucapião. Isso ocorreria, e seria perfeitamente possível, se a descrição perimetral do imóvel usucapiendo, que constasse do mandado, fosse deficiente e, bem por isso, não encerrasse o perímetro do imóvel possuído, impedindo o descerramento da matrícula.

É de ser lembrado que uma Carta de Sentença, expedida de um processo que teve por objeto uma ação de Adjucação Compulsória, não será registrada se o réu não for o proprietário tabular do bem imóvel, porque haveria ofensa ao princípio da continuidade. No mesmo caso, ela não seria igualmente registrada se o imóvel descrito violasse a especialidade registraria, ou mesmo, ainda, se implicasse no parcelamento do solo urbano sem prévia aprovação da Municipalidade para o desmembramento. Cumpriria também ao apresentante da carta de Sentença comprovar o pagamento do imposto devido em razão da transmissão do bem imóvel.

O fato é que os títulos judiciais, tal como os de origem extrajudicial, também estão sujeitos ao princípio da legalidade, bem como aos princípios norteadores do direito registral; a simples circunstância de terem origem judicial não lhes afasta do crivo do oficial registrador, que, ao realizar a qualificação registral, nada mais faz do que cumprir seu dever de ofício de bem examinar os títulos que lhes são apresentados para registro, podendo, inclusive, se estiver convencido da existência de alguma ilegalidade ou imperfeição, rejeitar sua inscrição no fôlio real. Lamana Paiva (2005, p.439) cita julgados do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo:

Quanto ao não cumprimento do mandado judicial, não se vislumbra nenhuma irregularidade. O Serventuário, indubitavelmente, não é investido de poderes a questionar a soberana decisão judicial. Porém lhe compete o exame do título à luz dos princípios norteadores dos registros de imóveis, um dos quais o da continuidade. (ApCiv 11.400-0/1 – Conselho Superior da Magistratura/SP)

O magistrado paulista Kioitsi Chicuta (2005, p.430) também comunga do entendimento segundo o qual os títulos judiciais devem se adequar às necessidades do registro imobiliário:

É comum observar-se execução movida contra apenas um dos cônjuges e alienação judicial subsequente em hastas pública. A judicialidade da carta de arrematação ou da carta de adjudicação, no entanto, consoante ressaltado e de acordo com o decido pelo E. Conselho Superior da Magistratura, “não a expunge de vícios assim formais como substanciais, impeditores de acesso ao registro imobiliário, nem assegura, só por só, transferência pretendida de domínio. Enquanto título dependente de registro imobiliário, iguala-se a todos os outros instrumentos de proveniência distinta, sujeitando-se ao controle dos registros internos e externos, cuja coexistência se faça necessária à prática do ato. A lei não a liberta da indeclinável atenção ao pressuposto do registro, bastando notar que lhe estende exigências reclamadas aos demais documentos (arts. 221, IV, 222, 224, 225, caput, e 226 da Lei 6.015/73).

Tanto é assim que a chamada lei dos registros públicos (Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973) estabelece exigências relativas ao conteúdo dos títulos, inclusive de origem judicial, sem as quais não estarão perfeitos para fins de registro. São elas:

Art. 222 Em todas as escrituras e em todos os atos relativos a imóveis, bem como nas cartas de sentença e formais de partilha, o tabelião ou escrivão devem fazer referência à matrícula ou ao registro anterior, seu número e cartório.

Art. 225 Os tabeliães, escrivães e juízes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.

§ 1º [...]

§ 2º Consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos

quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior.

Art. 226 Tratando-se de usucapião, os requisitos da matrícula devem constar do mandado judicial.

Assim como ao oficial registrador não é permitido abusar do poder-dever inerente a qualificação registral, recusando registro de título sem qualquer mácula por mero capricho ou por imperfeições mínimas que não justificam a rejeição, aos juízes, por outro lado, devem se desdobrar em esforços para que os títulos que são por eles expedidos estejam de conformidade com as exigências da lei de regência dos registros públicos e com os princípios do direito registral. Ao juiz não é permitido invadir a esfera de competência dos oficiais registradores de bem zelarem pela observância das exigências legais, que, em última análise, se realiza a bem da própria integridade e confiabilidade do serviço de registro de imóveis. Bem atuais são as advertências de Afrânio de Carvalho (apud SILVA FILHO, 2005, p.88) sobre as constantes imperfeições dos títulos judiciais:

Quanto às cartas de sentenças, o cuidado tomado pela lei em procurar afeiçoá-las às necessidades do Registro de Imóveis costuma malograr lamentavelmente nos grandes centros por causa de falhas atribuíveis a serventuários da Justiça. Devido à pressa ou ao descuido destes, os elementos caracterizadores das partes ou dos imóveis, não conferidos com as fontes, se apresentam frequentemente truncados ou errados nos formais de partilha e nas cartas de arrematação e de adjudicação, do que resulta que, recusados pelo Registro de Imóveis, têm de sofrer concertos e reformas, que protelam extraordinariamente a inscrição. Tão mal feitos ou mal copiados se mostram tais documentos que não há exagero em afirmar que constituem uma das pragas do foro dos grandes centros, talvez porque não funcionem adequadamente as disposições concernentes à reconstituição de peças inservíveis por conta dos responsáveis e à aplicação de penas disciplinares à estes, sempre previstas em leis ou resoluções de organização judiciária e em regimentos de custas.

Por isso mesmo é o Superior Tribunal de Justiça, apreciando a

matéria no Recurso em Mandado de Segurança n.º 35.08-5/DF, da relatoria do ministro Demócrito Reinaldo, decidiu que “A exigência de aperfeiçoamento ou perfectibilização do título judicial, não se confunde com recusa e jamais tipificará desobediência.”

Bem por isso a Corregedoria do Tribunal de Justiça do Espírito Santo expediu ofício-circular no ano de 2011, endereçado tanto aos magistrados como aos oficiais de registro de imóveis, ressaltando de modo muito especial à necessidade da realização de rigorosa qualificação registral sobre os títulos judiciais. Eis os termos, na íntegra:

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA

OFÍCIO-CIRCULAR n.º 123/2011

Vitória, 03 de fevereiro de 2011

AOS(AS) EXCELENTÍSSIMOS(AS) SENHORES(AS) JUÍZES(AS) DE DIREITO; AOS(AS) SENHORES(AS) OFICIAIS(AS) DOS CARTÓRIOS DE REGISTRO GERAL DE IMÓVEIS; e AOS(AS) SENHORES(AS) CHEFES DE SECRETARIA DO FORO JUDICIAL.

O Desembargador SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA, Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo, no uso de suas atribuições legais, e

CONSIDERANDO ser a CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA órgão de fiscalização, disciplina e orientação administrativa, com jurisdição em todo o Estado do Espírito Santo, conforme dispõe o art. 2º da Lei Complementar Estadual n.º 83/96, e o art. 35 da Lei Complementar Estadual n.º 234/02;

CONSIDERANDO que o Código de Normas disciplina a necessidade dos títulos, públicos ou particulares, destinados a registro ou averbação conterem os requisitos exigidos por lei e normas administrativas, bem como, conforme expressamente disposto nos arts. 1.121 e 1.154, a

obrigação de que os mesmos sejam rigorosamente qualificados pelo(a) OFICIAL(A) REGISTRADOR(A);

CONSIDERANDO que os títulos judiciais também estão submetidos ao exame de qualificação registrária (cf. “A origem do título judicial não o isenta do exame de qualificação registrária, cabendo ao registrador apontar hipóteses de incompetência absoluta da autoridade judiciária, aferir a congruência do que se ordena, apurar o preenchimento de formalidades documentais que a lei reputa essenciais e analisar a existência de obstáculos registrários.” (Apelação Cível 30.657-0/2 - CSM-SP));

CONSIDERANDO que o Código de Normas, no art. 1.156, §§ 1º e 2º, em consonância com a legislação federal e objetivando imprimir maior celeridade na efetivação da ordem judicial exarada, dispõe que as determinações judiciais destinadas a produzir, alterar ou cancelar atos notariais e registrais serão PROMOVIDAS DIRETAMENTE PELA PARTE INTERESSADA;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar as normas procedimentais adotadas pelos(as) Senhores(as) Oficiais(AS) do Registro Geral de Imóveis e dos(as) Senhores(as) Chefes de Secretarias do Foro Judicial, no escopo de observar e zelar pela fiel aplicação dos dispositivos do Código de Normas, assim como viabilizar que os atos deles decorrentes sejam efetivados com celeridade, eficiência e segurança;

CONSIDERANDO que a qualificação negativa registrária dos títulos judiciais decorre, muitas das vezes, da circunstância do órgão judicial emissor confeccioná-lo com inobservância dos requisitos e preceitos legais indispensáveis a conferir-lhe aptidão para a efetivação do ato registral pretendido;

CONSIDERANDO que o(a) OFICIAL(A) REGISTRADOR(A), quando qualifica negativamente um mandado judicial de registro ou averbação, no cumprimento de seu dever de ofício, tendo em vista a necessidade de preservação dos princípios registrais da continuidade, da legalidade, da especialidade objetiva, da especialidade subjetiva ou da disponibilidade, não pratica, em tese, crime de desobediência ou prevaricação (cf. “A exigência de aperfeiçoamento ou perfectibilização do título judicial, não se confunde com recusa e jamais tipificará desobedi-

ência.” (STJ, 1ª T., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, no RMS 35.08-5/DF, in DJU 10.10.94, p.27.104)”;

CONSIDERANDO a controvérsia existente acerca da impossibilidade de sentença de procedência em suscitação de dúvida (art. 198 e segs. da LRP) obstar o cumprimento de título judicial, conforme se depreende, entre vários julgados, do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 193-0/SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça; e

CONSIDERANDO que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já admitiu, inclusive, que a suscitação de dúvida seja requerida pelo próprio Juízo emissor do título judicial - mandado de penhora expedido pela Justiça do Trabalho, que pretendia acesso do mandado no registro predial (cf. ApCiv 16.923-0/4, de Cubatão).

RESOLVE:

Art. 1º - RECOMENDAR aos(as) Excelentíssimos(as) Senhores(as) Juizes(as) de Direito que fiscalizem, na instrumentalização dos títulos judiciais que objetivam a efetivação de registro ou averbação no REGISTRO DE IMÓVEIS, o cumprimento das normas legais e administrativas que disciplinam a matéria registral, visando prevenir desinteligências entre servidores do foro judicial, extrajudicial e partes interessadas, especialmente quando da realização do exame de qualificação registrária do título judicial, a teor do disposto no art. 1.154 do Código de Normas.

Art. 2º - DETERMINAR aos(as) Senhores(as) Oficiais(alas) de Registro de Imóveis a rigorosa qualificação dos títulos que lhe são apresentados para registro e averbação, inclusive os decorrentes de atos judiciais, impedindo (art.1.121 do Código de Normas) aqueles que não satisfaçam os requisitos exigidos por lei.

§ 1º. Caberá ao(a) OFICIAL(A) REGISTRADOR(A), quando da ocorrência do impedimento referido no caput, motivar, por escrito (art. 198 da LRP), o(s) motivo(s) da qualificação negativa registral do título judicial apresentado e fornecê-lo(s) ao(s) interessado(s), assim como, quando for o caso, diretamente ao Juízo emissor do título judicial.

§ 2º. O apresentante, não se conformando com a(s) exigência(s) do(a)

oficial(a), ou não a(s) podendo satisfazer, poderá postular que o título judicial, com a declaração de dúvida, seja remetido ao juízo com competência em Registros Públicos, sem prejuízo que o(a) próprio(a) registrador(a) o faça, em conformidade com o art. 1.103 do Código de Normas.

§ 3º. Na hipótese do Juízo emissor do título judicial, após cientificação dos motivos que impediram a qualificação positiva registral, assim como da propositura de eventual suscitação de dúvida, por requerimento do apresentante ou iniciativa ex officio do(a) OFICIAL(A) REGISTRADOR(A), reiterar a ordem judicial para que o título judicial seja registrado ou averbado, o(a) OFICIAL(A) REGISTRADOR(A) deverá fazê-lo, consignando que o ato registral efetivou-se em decorrência de reiteração de ordem judicial.

Art. 3º - DETERMINAR aos(as) Senhores(as) Chefes de Secretaria, quando da elaboração dos títulos judiciais que implicarão na prática de atos de registro ou averbação nas Serventias Registrais, que os mesmos contenham os elementos exigidos em lei ou nas normas administrativas dispostas pela Corregedoria Geral da Justiça, especialmente no Capítulo VII, do Código de Normas, que rege o REGISTRO DE IMÓVEIS.

Art. 4º - DETERMINAR aos(as) Senhores(as) Chefes de Secretaria que se abstenham de encaminhar certidões ou ofícios determinando a prática de atos notariais ou registrais diretamente às Serventias Extrajudiciais, devendo intimar a parte interessada para que esta providencie as diligências necessárias junto ao Serviço Registral, conforme disciplina o art.1.156, §1º do Código de Normas.

§1º. Na hipótese de haver expedição de mandado judicial para intimar o(a) OFICIAL(A) REGISTRADOR(A) a efetivar registro ou averbação de título judicial, a parte interessada também será necessariamente intimada da expedição do mandado judicial referido e da imperiosa necessidade da mesma comparecer na Serventia Registral, para efeito do disposto no artigo 1.156, § 1º do Código de Normas.

§ 2º. Ocorrendo a hipótese descrita no parágrafo anterior, caberá ao(a) OFICIAL(A) REGISTRADOR(A):

I- Protocolar o título judicial apresentado;

II- Efetivar o exame de qualificação registral;

III- Informar ao Juízo o recebimento do título judicial e o número do protocolo; e

IV- Aguardar o comparecimento da parte interessada, nos termos do art. 1.156, § 1º do Código de Normas, salvo quando essa providência mostrar-se desnecessária.

§ 3º. Os efeitos da prenotação cessarão automaticamente se, decorridos 30 (trinta) dias de seu protocolo, o registro do título não tiver se efetivado por omissão da parte interessada em atender às exigências legais (art. 205 da LRP).

Publique-se por duas ocasiões, com intervalo mínimo de 10(dez) dias entre as publicações.

Registre-se. Cumpra-se.

DES. SÉRGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA

Corregedor-Geral da Justiça

4.3 Limites da qualificação registral dos títulos judiciais

O primeiro limite que se impõe à qualificação registral de títulos judiciais é, sem dúvida, o respeito absoluto ao conteúdo das decisões judiciais ou mesmo a própria coisa julgada. Por isso mesmo, o oficial registrador não pode nem deve incursionar sobre o mérito da decisão judicial. Pontes de Miranda (apud SILVA FILHO, 2005, p.81), pontua:

De modo nenhum pode o oficial pôr em dúvida a injustiça da sentença, ou a errônea interpretação da proposição contratual ou de declaração unilateral de vontade. Feita pelo juiz. Tampouco alegar a falsidade da prova em que se apoiou a sentença, ou a ofensa à coisa julgada, ou outra causa de rescisão da sentença. O número de juízes que julgaram não lhe cabe examinar; mas pode exigir que a certidão os mencione. Se a sentença julga a reivindicação entre B e C, e não entre B e A, em

cujo nome está o imóvel, o oficial do Registro tem de levantar a dúvida, mas o juiz deve mandar que se transcreva, com as remissões recíprocas, porque a ação reivindicatória contém condenação e não eficácia *erga omnes*: a sua eficácia é somente entre as partes, porque é a de coisa julgada material.

Afora a questão de mérito da decisão judicial, pode e deve o oficial registrador examinar todos os demais aspectos do título judicial. Elvino Silva Filho (2005, p.78-95) apresenta-nos o seguinte rol de aspectos que merecem ser observados:

a) Aspectos extrínsecos: se o oficial registrador tiver dúvida quanto à autenticidade das assinaturas constante do título, deve, pois, exigir o reconhecimento por tabelião;

b) Aspectos intrínsecos ao título judicial: se está de acordo com os princípios informativos que regem todo o sistema do registro imobiliário;

c) Eficácia da coisa julgada material: salvo nos casos em que a sentença produz efeito *erga omnes*, verificar se a sentença está limitada em relação às pessoas envolvidas na causa, confrontando os nomes constantes do registro com as partes envolvidas no processo, evitando, assim, prejuízo à terceiro;

d) Conteúdo da sentença: o oficial registrador não pode entrar no mérito da sentença; porém, a sentença deve se ajustar a duas espécies de presunções que norteiam o registro de imóveis: a presunção de pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se inscreveu ou transcreveu e, enquanto não cancelado, produz efeitos legais ainda que se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido. Assim, se foi expedida carta de arrematação e o imóvel arrematado está inscrito em nome de terceiro e não em nome do executado, obsta o registro pretendido por atentar contra o princípio da continuidade.

e) Princípio da continuidade dos registros: gera para o titular do direito real indicado no registro a segurança consubstanciada na certeza que, sem ato seu ou de sentença que lhe seja eficaz, o objeto do registro não poderá ser alterado;

5 Conclusão

A temática deste trabalho está alicerçada em responder a hipótese apresentada no projeto de pesquisa, no qual se questionou à possibilidade jurídica de o oficial de registro de imóveis decidir pela inadmissibilidade do registro no álbum imobiliário de um título de origem judicial, como, por exemplo, uma carta de sentença ou um formal de partilha. O fato é que a origem judicial do título não garante, por si só, sua registrabilidade.

A partir da perspectiva constitucional dos serviços extrajudiciais, dentre os quais o de registro de imóveis, e da regulamentação legal a partir da Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994, salienta o caráter finalístico de todos esses serviços de registro e de notas: “*Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.*” Desse texto legal também se sobressai à afirmação segundo a qual o oficial registrador é um profissional dotado de fé pública revelando assim, a confiança depositada pela lei de regência na pessoa do delegatário.

O registrador, porém, na atividade de qualificação registral de títulos judiciais, deve respeito absoluto ao conteúdo das decisões judiciais e à coisa julgada. Por isso mesmo, o oficial registrador não pode nem deve incursionar sobre o mérito da decisão judicial.

De outro lado, ao tempo em que ao oficial registrador não é permitido abusar do poder-dever inerente a qualificação registral, recusando registro de título sem qualquer mácula por mero capricho ou por imperfeições mínimas que não justificam a rejeição, os juízes, por sua vez, devem se desdobrar em esforços para que os títulos que são por eles expedidos estejam de conformidade com as exigências da lei de regência dos registros públicos e com os princípios do direito registral. Ao juiz não é permitido invadir a esfera de competência dos oficiais registradores de bem zelarem pela observância das exigências legais, que, em última análise, se realiza a bem da própria integridade e confiabilidade do serviço de registro de imóveis.

Registral judicial qualification of the securities:
Interpretation and application of law by the Registry of Property

Abstract

The article examines the legal possibility of the official registration of real deciding the inadmissibility of record on the record of a real estate title judicial source, such as a letter ruling or a formal sharing. If the registrar may exercise activity hermeneutics, interpreting legal texts, contracts and title itself filed for registration as well as exercise decision-making activity, for the purpose of preventing the registration of title in court registral folio. If the simple origin

judicial guarantees the title alone, its registrability. Or the simple fact that a title has cut the official legal source of property registration the possibility of qualifying registral this title. If the original title is also subject to judicial principle of strict legality and the underlying principles of law registral.

Keywords Qualification registral. Title judicial.

Referencias

- BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de Imóveis**. Doutrina. Prática. Jurisprudência. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERTHE, Marcelo Martins. Títulos judiciais e o registro imobiliário. In: PÉREZ, Diego Selhane (Coord.). **Títulos judiciais e o registro de imóveis**. Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n.º 35.08-5/DF. **Diário da Justiça da União**, Brasília, p.27.104, 10 out 1994.
- CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010
- _____. **Lei dos Notários e dos Registradores comentada**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CHICUTA, Kioitsi. Títulos Judiciais – Questões controversas e aspectos práticos. In: PÉREZ, Diego Selhane (Coord.). **Títulos judiciais e o registro de imóveis**. Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de registro de imóveis**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIP, Ricardo. **Sobre a qualificação no registro de imóveis**. In s/ ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (REGISTRO IMOBILIÁRIO: DINÂMICA REGISTRAL - organizadores Ricardo Dip e Sérgio Jacomino (Coleção doutrinas essenciais: direito registral; v.6)

ESPÍRITO SANTO. **Poder Judiciário. Corregedoria-Geral da Justiça. Ofício-circular n. 123/2011**. Disponível em: <<<http://ebookbrowse.com/oficio-circular-123-2011-pdf-d91996778>. Acesso em: 29 set 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO FILHO, Álvaro. Princípios do direito registral imobiliário. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Coord.). **Coleção Direito Registral – Doutrinas Essenciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 2.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do direito**. 30 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PAIVA, João Paulo Lamana. **Procedimento de dúvida no registro de imóveis**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Títulos judiciais e a sua repercussão registral. Títulos judiciais e o registro de imóveis**. Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005.

SÃO PAULO. **Poder Judiciário. Corregedoria-Geral da Justiça. Acórdão nº 0011977-27.2011.8.26.0576 - Apelação Cível**. Disponível em: <<<http://ebookbrowse.com/oficio-circular-123-2011-pdf-d91996778>. Acesso em: 29 set 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

A INTOLERÂNCIA E O DIREITO DE SER E VIVER DIFERENTE

Tiago José da Silva

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Caruaru. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo

A intolerância do Poder Legislativo brasileiro se reflete na ausência de uma legislação que outorgue garantias para as uniões homoafetivas. Para os estudiosos da filosofia do Direito cada pessoa merece ser reconhecida em sua singularidade e o Estado deve propiciar meios para proteção das preferências pessoais de cada cidadão. Para uma existência digna, é preciso antes de tudo à realização pessoal de cada sujeito, sem isso, não possuem razão para viver, pois, o não reconhecimento das particularidades de cada pessoa as coloca na invisibilidade por trás do véu da intolerância. Os projetos de lei existentes no poder legislativo brasileiro não recebem a atenção devida por parte dos legisladores. A família, na atualidade, tomou novos rumos em sua

formatação, sendo o afeto o principal responsável pela união das pessoas e o definidor do novo conceito de família. A possibilidade de gerar descendentes não é mais condição para definir uma união afetiva; as uniões entre pessoas do mesmo sexo podem ser consideradas entidades familiares, tendo em vista que se amoldam ao moderno conceito de família estabelecido na doutrina jurídica. Sendo as uniões homoafetivas entidade familiar, não pode mais o Poder Legislativo se furtar em reconhecer legalmente tais uniões.

Palavras-chave: Casamento Homossexual. Igualdade Social. Heterossexualidade. Homossexualidade.

1 Introdução

Parte dos perseguidores dos homossexuais que se utiliza do fundamentalismo religioso defendem a impossibilidade da existência da conduta desses indivíduos, no meio social. Pois, estariam em total desacordo com o estabelecido nas escrituras sagradas e “para a Igreja Católica é uma questão de vanguarda desfocada que leva por um caminho antropológicamente errado” (ROMÃO, 2009. p. 01). Não se aceita a prática sexual e afetiva entre pessoas do mesmo sexo, e ainda afirmam que a sexualidade só pode ser vivida em plenitude por meio da

heterossexualidade, que seria o meio natural para perpetuação da espécie humana.

O combate dos religiosos em face da orientação homossexual e de possíveis direitos em favor dos LGBTs acontece “nas homílias, os padres defendem a família tradicional e pedem aos crentes para não votarem em partidos que defendam os casamentos entre pessoas do mesmo sexo” (ROMÃO, 2009, p. 02).

Uma sociedade é formada por diversos grupos sociais, uns em maior número, outros em menor proporção, juntos, formam toda a comunidade social. Nessa comunidade, existem indivíduos de diferentes crenças religiosas, raças, orientações sexuais diversas, bem como, uma série de preferências pessoais para estabelecer distintos modos de vida. Mas todos possuem um direito inerente e comum a todos:

A dignidade da pessoa humana não é um direito concedido pelo ordenamento jurídico, mas um atributo inerente a todos os seres humanos, independente de sua origem, raça, sexo, cor ou quaisquer outros requisitos. A consagração no plano normativo constitucional significa tão-somente o dever de promoção pelo Estado, bem como de respeito por parte deste e dos demais indivíduos. (CAMARGO, 2008, p. 155)

Assegurando o cumprimento dos demais preceitos legais constitucionais e a para proteção da vida privada de cada um, o Princípio da dignidade da pessoa humana, é o principal responsável por essas garantias fundamentais. Por meio deste princípio, o Estado tem o dever de ofertar condições mínimas para a existência digna de cada indivíduo, cabendo mensurar de forma prioritária o que de fato é necessário para estabelecer a dignidade humana. No dizer de Becchi, o reconhecimento de cada pessoa, é um dos fundamentos basilares do Princípio da dignidade humana:

Ser tratado como pessoa e reconhecer a qualquer outro ser humano – independentemente de sexo, raça, língua, religião ou opiniões políticas, condições de nascimento, econômicas – o direito a um tratamento igual [...] no reconhecimento da dignidade humana, como valor absoluto e incondicionado. (2008, 199)

Como se depreende na leitura de Becchi, reconhecer a pessoa como ser humano é a maior valia garantida pelo Princípio da dignidade humana. Esse reconhecimento nada mais é do que a valoração de cada pessoa na vida social. Valorando o ser humano como este se apresenta no meio social, com o devido respeito das escolhas e preferências pessoais, bem como, a garantia do exercício pleno dessas preferências, *in casu*, o reconhecimento da homossexualidade como uma identidade daquele que lhe expressa, digna de respeito, com as garantias para o reconhecimento legal das uniões entre os indivíduos homossexuais.

A criação de uma legislação específica para assegurar os direitos de todos homossexuais se apresenta como a solução para colocar fim à situação da desigualdade enfrentada pelos LGBTs (DIAS, 2006, p. 191). A iniciativa de projetos de lei para beneficiar exclusivamente indivíduos, de orientação sexual distinta da heterossexualidade, aparece por meio de associações defensoras dos homossexuais ou por representantes de partidos políticos simpatizantes com os movimentos LGBTs.

A Constituição Federal de 1988, artigo 226, *caput*, define a família como a célula base do Estado, devendo este protegê-la. As uniões homossexuais não são tratadas de forma expressa pela Lei Maior, também não proíbe uniões entre pessoas do mesmo sexo, como defende Lôbo:

As uniões homossexuais seriam entidades familiares constitucionalmente protegidas? Sim, quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família. A norma de inclusão do artigo 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de casal (homem e mulher). A Constituição não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. (2006, p. 68)

Percebemos que para ser considerada entidade familiar, as uniões homoafetivas devem preencher requisitos básicos (afetividade,

estabilidade e ostensividade), como em qualquer outra união considerada como família. “Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Tem origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer tutela legal” (DIAS, 2005, p. 183).

O Poder Legislativo brasileiro não pode permanecer inerte a causa do casamento entre pessoas do mesmo, a entidade familiar homossexual já foi recentemente reconhecida pela mais alta corte do Poder Judiciário brasileiro, sinalizando para a existência do direito de se formalizar uma união homossexual.

2 Desenvolvimento

Os registros históricos são escassos quando o assunto é a homossexualidade, mas, encontramos em importantes obras apontamentos para a existência de práticas sexuais e relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo desde o ano 2000 a.C. O que aponta para a presença de indivíduos de orientação homossexual no desenvolvimento da história, como é possível constatar através de uma narrativa oriunda da Antiguidade na Epopeia de Guilgamech (TORRÃO, 2000, p. 12).

A citada obra narra ás conquistas de Guilgamech, rei de Uruc, um homem sábio, detentor de muitas qualidades concedidas pelos deuses que também o criaram. Toda força e beleza da majestade lhe outorgaram o poder de impor vontades, até as mais tiranas, perante os súditos. “O rei de Uruc era uma criatura invencível em batalhas e o seu apetite sexual não podia ser contido pelos homens e mulheres do povoado” (TORRÃO, 2000, p.14), que mesmo contra vontade, deveriam manter conjunção carnal com Guilgamech.

Diante desse cenário, os deuses solicitam à deusa da criação, Aruru, outra criatura capaz de deter o rei de Uruc: “Tu o fizeste, ó Aruru, agora cria seu igual; que seja como ele, como seu próprio reflexo, seu segundo eu, coração tempestuoso para coração tempestuoso. Que lutem entre si

e deixem Uruc em paz” (TORRÃO, 2000, p.17).

Prestativa, Aruru cria Enkidu, um deus viril e forte o suficiente para cuidar de Guilgamech, porém, o encontro comina em um relacionamento amoroso entre Enkidu e o soberano de Uruc.

A epopeia aponta para a possível existência de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo desde mais de 2000 a.C. quando é relatado que o rei buscava uma satisfação sexual com homens e mulheres do reino. Também, encontramos vestígios de um relacionamento afetivo entre os deuses Guigamech e Enkidu.

Também faz parte do histórico da homossexualidade alguns escritos de Platão, que, na defesa do amor homossexual, aponta a pederastia como uma quase virtude, para o homem que viver junto ao seu amante. Ainda para o citado autor, o Eros homossexual, consistia em um sentimento celestial.

Nesse diapasão, assevera Kelsen (1998, p. 122), “Esse é o Eros da deusa celestial e digno da mais alta consideração, tanto por parte do Estado quanto dos indivíduos, pois obriga o amante, por si próprio e pelo amado, a dedicar grande atenção à virtude”. O amor platônico homossexual é evidenciado por ser singular e distinto dos amores da grande massa, ou seja, do Eros heterossexual. O erotismo entre homens é concebido como uma fonte de virtudes, pois, a deusa celestial se faz presente no tocante às relações homossexuais. Daí o surgimento de virtudes dos relacionamentos homoafetivos.

Os cidadãos homossexuais ainda não possuem o direito de oficializar uniões como é assegurado aos heterossexuais (atualmente os casais homossexuais podem registrar sua união através de uma Escritura Pública em Serventia Notarial e judicialmente requerer a conversão da união em casamento, mas, não podem habilitar-se para casar por falta de legislação no Código Civil Pátrio). Mas, pouco a pouco, os movimentos da comunidade homossexual conquistam espaços em diversos setores da sociedade e despertam o interesse das pessoas, em cada vez mais, discutir

os direitos dos homens e mulheres homossexuais e, conseqüentemente, uma aceitação pacífica e tolerante desses indivíduos (MOTT, 2008, p. 2).

É notável a visibilidade outorgada pela mídia a acontecimentos promovidos por qualquer entidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT). Não pelo colorido dos eventos, mas, pela crescente quantidade de pessoas envolvidas e participando, sem receio de críticas, das reivindicações de igualdade de direitos e pelo fim da discriminação contra os homossexuais e afins.

Parte dos perseguidores dos homossexuais que se utiliza do fundamentalismo religioso defendem a impossibilidade da existência da conduta desses indivíduos, no meio social. Pois, estariam em total desacordo com o estabelecido nas escrituras sagradas e “para a Igreja Católica é uma questão de vanguarda desfocada que leva por um caminho antropológicamente errado” (ROMÃO, 2009, p. 01). Não se aceita a prática sexual e afetiva entre pessoas do mesmo sexo, e ainda afirmam que a sexualidade só pode ser vivida em plenitude por meio da heterossexualidade, pois é o meio natural para perpetuação da espécie humana. O combate dos religiosos em face da orientação homossexual e de possíveis direitos em favor dos LGBTs acontece “nas homílias, os padres defendem a família tradicional e pedem aos crentes para não votarem em partidos que defendam os casamentos entre pessoas do mesmo sexo” (ROMÃO, 2009, p. 02).

Outra maioria não aceita a homossexualidade, não tolera (HÉRITIER, 1997, p. 25) a ideia, ou a possibilidade, de homens ou mulheres viverem com outra pessoa do mesmo sexo, como se casados fossem, simplesmente não aceitam o comportamento dos indivíduos homossexuais, por ser distinto, do modelo heterossexual comportamental, imposto por parte da sociedade. Não se concebe ser possível, a convivência pacífica, com as pessoas de diferentes orientações sexuais, e não se aceita, que estas possam oficializar uma união, tal como, fazem as pessoas heterossexuais de modo geral, por meio do casamento.

A Intolerância (CHOURAQUI, 1997, 75) melhor define todos

aqueles que se apóiam em argumentos religiosos e sociais tradicionais para não aceitarem a homossexualidade e a legalização da união civil homoafetiva.

Em sentido lato, ser intolerante é não reconhecer a igualdade de valor de outro ser humano (WALZER, 1999, p. 05), que de uma forma diferente, estabelece um modo de vida pautado em suas crenças e preferências pessoais.

Naturalmente, o homem, tem dificuldade em aceitar pensamentos contrários e condutas que diferem da maioria. Seria a intolerância selvagem, “não gostamos dos que são diferentes de nós, porque têm uma cor diferente de pele, porque falam uma língua que não entendemos, porque comem rã, cachorro, macaco, porco, alho, porque usam tatuagem” (ECO, 1997, p. 17).

Quando os argumentos dos intolerantes não se fundam em fundamentalismo ou no tradicionalismo moralista, se agregam no impulso ou instinto, em não aceitar, na causa homoafetiva, a livre orientação sexual e a igualdade dos gêneros. Tal intolerância dificilmente pode ser evitada e combatida (ECO, 1997, p. 19) por meio de argumentos racionais, tendo em vista, o seu fundamento irracional e que não aceita contra-argumentação.

A existência de um modelo de comportamento heterossexual, em regra, depende da imposição de uma maioria com a outorga de um ente legítimo para torná-lo modelo socialmente aceito. É o que acontece com as relações afetivas heterossexuais (que são indiretamente sugeridas ou impostas como modelo de vida a ser seguido por todos). Pois, sem legitimidade não se pode impor convicções acerca de nenhuma matéria que regulamente a vida em sociedade. Assim, entende Ricceur (2000, p. 20):

A intolerância tem sua origem em uma predisposição comum a todos os humanos, a de impor suas próprias crenças, suas próprias convicções, desde que disponham, ao mesmo tempo, ao poder de impor e da

crença na legitimidade desse poder. Dois componentes são necessários à intolerância: a desaprovação das crenças e das convicções do outro e poder de impedir que esse outro leve sua vida como bem entenda. Mas essa propensão universal assume um aspecto histórico quando o poder de impedir é sustentado pela força pública, a de um Estado sectário, que professa uma visão particular do bem.

É notável a afirmação do autor, quando pensarmos, que para existir predominância de comportamento, crenças ou preferências, é preciso de imposição por ente dotado de tal legitimidade. No Brasil, contamos com a CF/1988 que é a lei fundamental do estado, vedando quaisquer formas de preconceito e discriminação. Porém, no Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB/2002), se encontra disposto à possibilidade de realização de casamento entre um homem e uma mulher, união heterossexual. Nenhum dispositivo do citado código faz referência ao casamento homossexual.

Toda exclusão que utiliza a intolerância para se fazer impor condutas, crenças, preferências ou fazer prevalecer comportamentos, resulta em efeitos danosos contra suas vítimas, disso não se pode ter dúvidas. Mas, o maior dano que “a falta de tolerância pode causar para um grupo segregado é a exclusão de direitos” (RICCEUR, 2000, p. 21).

Com os negros escravos, no Brasil colônia, direitos humanos foram excluídos, principalmente, o direito à liberdade. Atualmente, os negros, continuam a sofrer sítis preconceitos e discriminações, em virtude de sua raça, e os danos ainda hoje causados, são resquícios da exploração do trabalho escravo, imputado injustamente pelos homens que se diziam superiores, porque eram brancos. “A escravidão deixou marcas indeléveis na sociedade brasileira, fundas cicatrizes que os cosméticos não disfarçam” (SARMENTO, 2008 p. 203).

A criação de uma legislação específica para assegurar os direitos de todos homossexuais se apresenta como a solução para colocar fim à situação da desigualdade enfrentada pelos LGBTs (DIAS, 2006, p. 191). A iniciativa de projetos de lei para beneficiar exclusivamente indivíduos,

de orientação sexual distinta da heterossexualidade, aparece por meio de associações defensoras dos homossexuais ou por representantes de partidos políticos simpatizantes com os movimentos LGBTs.

Em 1995, despontou um projeto de lei, muito noticiado na mídia, com o objetivo de possibilitar a existência de um contrato para as parcerias civis entre pessoas do mesmo sexo, com registro obrigatório, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais. Logo, quando criado foi denominado, Lei da Parceria Civil Registrada, a autora do Projeto nº. 1.151/1995 estava no exercício de mandato político, quando pleiteou sua aprovação no Congresso Nacional.

A pretensão da lei 1.151/1995 é assegurar os direitos básicos para que se possa estabelecer uma união civil homoafetiva:

O texto do Projeto de Lei 1.151/95 é composto por 18 artigos. Basicamente o projeto propõe o direito à herança, sucessão, benefícios previdenciários, seguro saúde conjunto, declaração conjunta do imposto de renda e o direito à nacionalidade no caso de estrangeiros. (CORREIA, 1997).

Se aprovado, o referido projeto conseguiria adiantar direitos fundamentais para os conviventes em uniões homossexuais, pois, as garantias basilares para uma vida digna ainda não se fazem presentes em um relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, pois, não existe legalização dessas uniões.

Passados 18 (dezoito) anos o projeto de Lei 1.151 de 1995, não percorreu a tramitação necessária para se torna lei e já conta com um substitutivo, que, nos mesmos moldes do projeto original, pleiteia uma lei para disciplinar as parcerias civis homossexuais.

Outro Projeto de Lei, nº. 5.252 de 2001, com o título de Pacto de Solidariedade entre as pessoas, propõe a criação de lei para assegurar as pessoas naturais a possibilidade de lavratura de mediante um pacto, devidamente registrado em Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, proteger direitos à propriedade, à sucessão entre outros.

Registre-se que o projeto em sua redação não é dirigido exclusivamente para pessoas do mesmo sexo, mas, para qualquer pessoa natural e que esteja apta, nos termos da lei, para efetivar o pacto de solidariedade.

O Pacto de Solidariedade (PL nº. 5.252/2001) não foi aprovado e não há qualquer previsão para uma tentativa de aprovação junto aos legisladores. Também não existem mais projetos de lei, além dos citados, com propostas de legalização de uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Recentemente temos o projeto de Lei 4.914/2009, para:

o Projeto de Lei 4.914/2009, apresentado à Câmara Federal, no dia 23 de março. A proposta é incluir um artigo ao Código Civil (1.727-A), permitindo aplicar às uniões de pessoas do mesmo sexo os dispositivos referentes à união estável, exceto a regra que admite sua conversão em casamento. De outro lado, para evitar que se diga tratar-se do temido “casamento gay”, de modo expresso é afastada a incidência do dispositivo que autoriza a transformação da união estável em casamento. A proposta busca somente consagrar em lei o que de há muito vem sendo assegurado pela jurisprudência. Claro que esta não é a solução que melhor atende ao princípio da igualdade, mas, ao menos, acaba com histórica omissão que gera enorme insegurança e impõe o calvário da via judicial para o reconhecimento de direitos. (DIAS, 2009, p. 02).

A nova proposta do projeto de lei visa a minimizar a total falta de legislação que regulamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo, para que o direito, mesmo que de forma tímida, reconheça uniões estáveis homossexuais.

Existem vários Projetos de Lei, com diferentes propostas para mudança na legislação brasileira, em benefício dos LGBTs. Atualmente passam de 10 (dez) projetos de lei, os principais versam sobre a criminalização da conduta que discriminar os homossexuais e afins. Todos tem como objetivo central estabelecer uma igualdade legal para os homossexuais (e LGBTs) na vida em sociedade.

Todos os Projetos de Lei apontam para uma direção: os homossexuais existem, são seres humanos como todos os cidadãos

heterossexuais, logo, necessitam da tutela do Estado para assegurarem direitos inerentes à pessoa humana. A finalidade é tornar a legislação nacional adequada para a realidade dos membros da comunidade LGBTs.

Enquanto a inércia acomete o Poder Legislativo brasileiro que não demonstra efetivo interesse em aprovar lei que oficialize as uniões entre pessoas do mesmo sexo, o poder judiciário, no cumprimento de suas prerrogativas, no exercício da função jurisdicional, julga demandas referentes às uniões homossexuais. O primordial dever do poder judiciário é julgar, como conceitua Rocha:

Mais propriamente, pode-se dizer que o Poder Judiciário é um conjunto de elementos pessoais e materiais inter-relacionados, que tem a finalidade específica de assegurar o desempenho da função jurisdicional do Estado. Da mesma maneira como o Poder Legislativo e o Poder Executivo são as organizações que asseguram o desempenho das funções legislativa e administrativa, o Judiciário assegura o desempenho da função jurisdicional. (2004, p. 98).

A função jurisdicional do Estado, constantemente, vem sendo provocada por cidadãos homossexuais, para julgar conflitos de interesses, onde se pleiteia a soluções de diversas problemáticas, oriundas de relacionamentos afetivos com outras pessoas do mesmo sexo.

A ausência de legislação própria que regulamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo impossibilita os conviventes em uniões homoafetivas de fato, usufruírem de direitos garantidos quando se mantêm uma união afetiva sob a égide da legalidade estatal, como nas uniões estáveis ou no casamento. Diante desse cenário, o Poder Judiciário, entra em cena para julgar as pretensões daqueles que aspiram reconhecer sua união afetiva e elevar esta para o *status* de casamento ou união estável.

A diversidade de sexos para caracterização da família também foi dispensada pela Constituição Federal de 1988, quando outorga, igual proteção a família monoparental, formada por um homem ou uma

mulher e seus filhos (CF, artigo 2006, parágrafo 4º). Sendo o afeto cada vez mais articulado como o principal elemento de união entre pessoas para existência da família:

Deve-se, portanto, vislumbrar, na família, uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano. (DINIZ, 2007, p. 21)

Como supra citado o casamento deixou de ser considerado requisito para existência da família, com a valorização do afeto para existência da família e como condão para um ambiente propício ao companheirismo e desenvolvimento da pessoa. Nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, tais condições podem existir, pois são uniões formadas por pessoas humanas, que de livre e espontânea vontade decidiram, pelo afeto existente, se unir a outra do mesmo sexo. “Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial” (LÔBO, 2006, p. 59). Sendo assim, proibir ou não proteger uniões homossexuais, constitui afronta a dignidade da pessoa humana e não se protege dignamente a realização pessoal de cada cidadão, [...] a felicidade nem sempre se encontra no relacionamento heterossexual (DIAS, 2005, p. 182).

A nova concepção de família integra, em seu conceito, além da afetividade, o desenvolvimento das potencialidades pessoais de cada indivíduo, como “condição de dignidade humana” (RAUPP, 2004, p. 34). Sendo estabelecida a possibilidade de contemplarmos entidades familiares e não somente um modelo de família, é “a constitucionalização da família que implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual” (DIAS, 2005, p. 184).

As uniões entre pessoas do mesmo sexo no mundo dos fatos existem e não podemos contra isso argumentar “nossa sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência, sob o mesmo teto ou não,

de pessoas do mesmo sexo, por tempo duradouro” (AZEVEDO, 2003, p. 286). Tais uniões passam a exigir o reconhecimento jurídico dos laços afetivos construídos, pois, possuem requisitos para constituição de uma família: afetividade, estabilidade e ostensividade do relacionamento.

A amplitude do conceito de família aponta cada vez mais para “a valorização do ser humano com suas singularidades” (SARMENTO, 2005, p. 207), pois, com a aceitação de vários modelos de famílias, se afirma que devemos respeitar o modo pelo qual os indivíduos manifestam suas preferências íntimas (ou pessoais) e as concretiza no meio social para que “possua uma existência digna” (RAWLS, p. 04). Nesse aspecto valorativo das pessoas o Princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento basilar para garantir o “respeito às diferenças de cada pessoa” (SARMENTO, 2005, p. 210) e conseqüentemente das células familiares.

Conforme delineado anteriormente, o afeto é o liame dos relacionamentos (DIAS, 2005, p. 182) e das famílias, seja casamento, união estável, família monoparental. Com as uniões entre pessoas do mesmo sexo não é diferente: a afetividade é o princípio desses relacionamentos. Nesse aspecto, não podem ser discriminadas, ou não reconhecidas, pois, na sua formação, existe o afeto e a igualdade de sexo entre seus componentes não pode ser determinante para a não tutela do direito.

A promoção do bem de todos é dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988), como expresso na Carta Magna sem preconceitos ou quaisquer forma de discriminação. Os homossexuais, para usufruírem da dignidade constitucionalmente prevista, necessitam do reconhecimento das uniões homoafetivas, para se sentirem protegidos pelo direito brasileiro e seguro nas uniões formadas com outras pessoas do mesmo sexo. Para concretização dessa igualdade, é possível se utilizar de uma interpretação mais ampla e benéfica da norma constitucional (LÔBO, 2006, p. 63). No dizer de Canotilho, é a correta utilização do “princípio da máxima

efetividade” ou do “princípio da interpretação efetiva” (CANOTILHO, apud LÔBO, 2006, p. 63).

A família é o melhor ambiente para o desenvolvimento pessoal de cada pessoa (DINIZ, 2007, p. 19), os homossexuais na condição de pessoas humanas também precisam desse ambiente para, na vida adulta, continuar o seu desenvolvimento pessoal, manter sua autoestima equilibrada. É o que acontece no cotidiano, pois, as famílias homossexuais existem (AZEVEDO, 2003, p. 289), mesmo sem o reconhecimento legal. Esse reconhecimento é dever do Estado, porque, depende deste a promoção do bem estar social das pessoas. Nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, o bem estar dos homossexuais da vida em sociedade requer a proteção e o reconhecimento dessas uniões (porque são dotadas dos atributos necessários para ser considerada família, quais são, afetividade, estabilidade e ostensividade) (DIAS, 2005, p. 183) pela legislação pátria.

3 Conclusão

Os cidadãos homossexuais não estão inertes frente à intolerância, e provocam o Poder Judiciário para responder as problemáticas oriundas dos relacionamentos homoafetivos. Timidamente, os julgadores brasileiros tem proferido decisões em favor dos direitos dos homossexuais.

Diante desse cenário, os homossexuais demonstram que existem de fato e que os relacionamentos afetivos homossexuais necessitam de respaldo jurídico. A principal argumentação da possibilidade de se regulamentar tais relacionamentos emerge das garantias constitucionais previstas na revolucionária Constituição Federal de 1988.

Ainda com a luz da Constituição Federal brasileira, para dizer que todos são iguais perante a lei, e sendo vedados, o preconceito e a discriminação. A intolerância tenta impedir a concretude dos direitos dos homossexuais. Por meio da condenação moral da homossexualidade, com discurso de que são práticas sexuais não naturais, alguns insistem que é uma doença, outros afirmam que os homossexuais vão de encontro ao que é estabelecido nas escrituras sagradas (com os fundamentalistas

religiosos é difícil se estabelecer um diálogo).

Contudo, é possível vencer a intolerância por meio do conhecimento, com políticas de educação para se estabelecer o respeito às preferências pessoais de cada indivíduo. A aprovação de lei que regulamente as uniões homoafetivas é o começo de tolerância, que sem dúvida nenhuma, vai ser, paulatinamente, aceita pela maior parte das pessoas.

Em longo prazo, a legalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo pode contribuir para gerações mais pacíficas e que não tem muitas dificuldades em compreender que todos são diferentes e que isso é normal. Porque a convivência com os diferentes, sem a rotulação de comportamentos, vai propiciar um ambiente social mais saudável e favorável a cultura da tolerância.

Sabemos que a aprovação de lei em favor das uniões homossexuais não vai convencer algumas pessoas e outros segmentos da sociedade civil, de que o afeto e o bem estar dos homossexuais carece de respaldo legal. Entretanto, o legislador deve cumprir seu papel com imparcialidade, e com justiça ofertar a legalidade necessária para tais uniões. É dever do Estado garantir o mínimo existencial para todas as pessoas, para os LGBTs, esse mínimo depende do visibilidade jurídica.

Todos precisam compreender que os homossexuais não reivindicam a aprovação pessoal ou a defesa da homossexualidade como melhor modelo de vida a ser seguido. Apenas o cumprimento das garantias constitucionais de que todos são iguais de fato e por direito, e que as uniões homossexuais devem ser protegidas e reconhecidas pelo Estado como acontece com as uniões heterossexuais.

Abstract

The intolerance of the Brazilian legislature is reflected in the absence of a law that grants guarantees for homoaffective unions. For scholars of philosophy of law every person deserves to be recognized for its uniqueness and the state should provide means to protect the personal preferences of each citizen. To a dignified existence, it's must first of all the personal fulfillment of each subject, without it, have no reason to live, for not recognizing the particularities of each person puts the invisibility behind the veil of intolerance. The bills exist in the Brazilian legislature did not receive due attention by the legislators. The family today took a new

direction in its format, the affection being primarily responsible for bringing people together and defining the new concept of family. The ability to produce offspring is no longer a condition to define affective union, unions between same sex can be considered a family unit in order to conform to the modern concept of the family established in legal doctrine. As homoaffective unions a family unit can't longer shirk the legislature to recognize such unions legally.

Keywords: Homosexual Marriage. Equality. Heterosexuality. Homosexuality.

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil:** parte especial; do direito de família, do bem de família, da união estável, da tutela e da curatela. Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.) São Paulo: Saraiva, 2003, p. 286, v. 19.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BECCHI, Paolo. O princípio da Dignidade Humana. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais.** Belo Horizonte, ano 2, n. 7, pp. 191-222, jul/set. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1997.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Podium, 2008.

CHOURAQUI, André. O povo da Aliança. In: JACOBINA, Eloá. **A Intolerância.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 75.

CORREIA, Jadson Dias. União civil entre pessoas do mesmo sexo (Projeto de Lei 1151/95). **Jus Navigandi,** Teresina, ano 1. n. 10, abr. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=554>>. Acesso em: 16 jun. 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Protocolado projeto de lei que propõe União Estável entre pessoas do mesmo sexo. **Jornal Carta Forense.** Disponível via internet em: <http://www.cartaforense.com.br.aspx?id=4055>. Acesso em 04 mai. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ECO, Umberto. Definições Léxicas. In: Eloá Jacobina. **A Intolerância.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 17.

HÉRITIER, Françoise. O Eu, o Outro e a Intolerância. In: JACOBINA, Eloá. **A Intolerância.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 25.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Trad. Luiz Lapa. São Paulo: Editora 34, 2003.

KELSEN, Hans. **A Ilusão da justiça.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2006.

MOTT, Luiz Roberto de Barros; CERQUEIRA, Marcelo Ferreira. **Causa Mortis: homofobia: violação dos direitos humanos e assassinato de homossexuais no Brasil.** Bahia: GGB, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas. In: HARMATIUK, Ana Carla Matos (org.) **A construção de novos desafios.** 1. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 233-243.

RAUPP, Roger Rios. **A homossexualidade no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Trad. Almiro Pisetta; Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RICCEUR, Paul. Etapa atual do pensamento sobre a intolerância. In: JACOBINA, Eloá. **A Intolerância.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 20.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Atlas, 2004.

ROMÃO, Jacinta. **Bispos querem voto contra quem defende casamento homossexual.** Disponível em: <http://dn.sapo.pt/inicio/interior.aspx?content_id=1172588>. Acesso em 31 mai. 2009.

SARMENTO, Daniel. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “De Facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: HARMATIUK, Ana Carla Matos (org.) **A construção de novos desafios..** 1. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, pp. 203-229.

TORRÃO, Amilcar Filho. **Tríbadés Galantes, Fanchonos Miliantes: Homossexuais que fizeram história.** São Paulo: GLS, 2000.

A ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL SISTEMATICAMENTE COMPATÍVEL OU ARBITRÁRIA?

Wyllamar Jacinto Oliveira Silva

Resumo

O artigo aborda a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, a qual pretende atribuir efeitos *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Segundo essa teoria, o art. 52, X, da Constituição da República, teria sofrido uma mutação constitucional e passou a dar efeitos semelhantes ao do controle concentrado de constitucionalidade às decisões do

Supremo no controle difuso, deixando, tão-somente, a cargo do Senado Federal, o papel de dar publicidade às suas decisões, indo de encontro ao texto exposto da Constituição.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Mutação Constitucional. Transcendência dos motivos determinantes da sentença.

Bacharel em Direito. Especialista em Direito Público. Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

1 INTRODUÇÃO

A partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 197.917/SP, no qual foi determinada a redução de vereadores do município de Mira Estrela/SP, e do *Habeas Copus* n. 82959/SP, em que foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo que proibia a progressão de regime nos casos de crimes hediondos, uma nova teoria vem ganhando força no Supremo Tribunal Federal, encabeçada pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que pretende tornar os efeitos *inter partes* de uma declaração **incidental** de inconstitucionalidade, em

efeitos *erga omnes*. Essa teoria vem sendo denominada de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ou transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso, e se baseia no fenômeno da mutação constitucional, ou alteração informal da Constituição, para fazer uma forte aproximação entre o controle difuso de constitucionalidade e o concentrado, o que tende a mudar o papel do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, pois passa a lhe atribuir, tão-somente, a função de dar publicidade às decisões do STF, o que contraria o constante expressamente na Constituição Federal.

Será que essa é uma mutação sistematicamente constitucional? Ou seja, analisando-se a Constituição e os seus princípios de forma holística, e diante de um texto claro como o art. 52, X, da CF, é possível modificar o sentido de um texto de forma que as palavras e o novo significado fiquem completamente dissociados? A supressão de uma competência privativa, estabelecida pelo constituinte originário, pode ocorrer por simples mutação constitucional, hipertrofiando um dos Poderes da República sem a chancela dos demais e, destarte, por em xeque o princípio da separação do Poderes e o sistema de freios e contrapesos?

Nesse artigo procuramos responder a essas e outras perguntas sobre o tema.

Para uma melhor abordagem do problema, dividimos o presente trabalho em três capítulos. O primeiro capítulo faz uma breve abordagem sobre o sistema constitucional. O segundo trata do controle de constitucionalidade. E, já com um lastro teórico dado pelos dois primeiros capítulos, o terceiro trata diretamente da abstrativização do controle difuso.

2 SISTEMA CONSTITUCIONAL

2.1 Constitucionalismo e breve conceito de constituição

O constitucionalismo, ou os movimentos constitucionais, segundo Canotilho, (LENZA, 2009, p. 3), relaciona-se a idéia de limitação do poder estatal, pois está voltado à elaboração de um documento que estrutura e organiza o Estado e, ao mesmo tempo, fixam direitos e garantias dos indivíduos.

O constitucionalismo moderno tem como marco inicial a Constituição Americana de 1787 e a Francesa de 1791. Todavia, é mister esclarecer que já no século XVII foram assinados vários documentos de limitação do poder estatal na Inglaterra (MORAES, 2007, p. 1).

A constituição é a lei fundamental e suprema de um Estado. No seu conteúdo estão presentes normas e princípios relativos à estruturação e forma de Estado, direitos e garantias da pessoa humana, direitos econômicos e sociais, bem como sistema de Governo, modo de aquisição e exercício de poder.

Destacamos três acepções do termo Constituição, tais como o **sentido sociológico**, no qual Ferdinand Lassalle defende que a Constituição significa a **soma dos fatores reais de poder** e, portanto, não prevalece o que está escrito, mas sim o próprio poder da sociedade. Há também o **sentido político** em que, segundo Carl Schmitt, a Constituição é a **decisão política fundamental** que estabelece a própria estrutura do Estado e dos Direitos Fundamentais. Logo, os demais dispositivos seriam somente **leis constitucionais**. Por fim, há o **sentido jurídico** de constituição, defendido por Hans Kelsen, no qual a Constituição é a **norma hipotética fundamental**, ou seja, lei suprema decorrente da vontade humana, e não de qualquer lei natural. Logo, para Kelsen, o fundamento da Constituição não era sociológico,

político ou filosófico, mas sim baseado na própria razão humana. Nesse sentido, a norma constitucional está no plano do dever ser, e não do ser (LENZA, 2009, p. 25 a 27).

Para uma melhor compreensão teórica do presente artigo, distinguiremos os conceitos de normas, princípios e regras.

2.2 Conceito de normas, princípios e regras

Discute-se há muito tempo os conceitos de normas, princípios e regras. As antigas diferenciações entre princípios e normas foram superadas pela teoria de Robert Alexy que afirmou que princípios e regras são espécies do gênero norma (ALEXY, 1993, p. 86). Canotilho aponta algumas diferenças entre regras e princípios:

- a) O 'grau de abstracção' (abstracção): os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as 'regras' possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) 'Grau de determinabilidade' na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) 'Caráter de fundamentalidade no sistema' das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) 'Proximidade da idéia de direito': os princípios são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'idéia de direito' (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) 'Natureza normogénica': os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a 'ratio' de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamental. (CANOTILHO, 1991, p. 172-173)

Com base nas idéias de Canotilho, podemos concluir que as **regras** descrevem um fato hipotético que, uma vez ocorrido no mundo fenomênico, sujeita a pessoa ou a coisa aos efeitos jurídicos descritos na referida norma. Por exemplo, a regra que diz que a sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias (art. 57, §2º, CF)

Por sua vez, **os princípios** não descrevem um fato hipotético, mas expressa uma norma de conduta, uma diretriz, a ser seguida, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico, auxiliando a compreensão das regras e tornando o sistema jurídico mais coeso. Por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

2.3 Interpretação da Constituição

Em relação à interpretação da constituição, podemos afirmar que Interpretar é extrair o significado de uma determinada norma. Canotilho afirma que

[...] a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares. (CANOTILHO, 1991, p.212-213)

Existem vários **métodos** de hermenêutica constitucional. Nesse artigo, achamos por bem apresentar apenas alguns **princípios** que, ao lado desses métodos, auxiliam a adequada interpretação da Constituição.

Segundo Luciana Russo, a interpretação da Constituição

[...] parte do próprio princípio da sua supremacia em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Além das técnicas tradicionais de interpretação, especificamente no tocante à hermenêutica constitucional, destacam-se os seguintes princípios:

1. **Da unidade da Constituição:** a Constituição deve ser considera-

da como um todo, e não isoladamente. [...]

2. **Do efeito integrador:** ao solucionar questões jurídico-constitucionais, devem prevalecer os critérios que reforcem a unidade política e social, buscando-se a integração.
3. **Da máxima eficiência:** deve-se atribuir o sentido que dê maior amplitude e eficácia aos dispositivos constitucionais, extraindo sua máxima abrangência e alcance. A norma constitucional jamais deve sofrer uma interpretação restritiva.
4. **Da justeza ou conformidade funcional:** os órgãos encarregados da interpretação não podem alterar e ignorar a repartição de funções, devendo respeitar-se mutuamente, nos limites da independência e harmonia traçados no texto constitucional.
5. **Da concordância prática ou da harmonização:** não há hierarquia entre os bens supremos constitucionais, logo se deve procurar a prevalência de um sem aniquilar o outro. Portanto, não há hierarquia entre as normas constitucionais, as quais devem sempre ser interpretadas em conjunto. (RUSSO, 2009, p. 14-15)

A compreensão dos princípios supracitados, em especial o da unidade da constituição e do efeito integrador, é importante para o entendimento do objeto de estudo do presente artigo, uma vez que a análise da constitucionalidade da abstrativização do controle difuso tem como parâmetro a Constituição com um todo.

5.1 Poder Constituinte

O poder constituinte é o poder de criar ou reformar uma Constituição. É a expressão da vontade política de um povo direcionada a estruturação do seu ordenamento jurídico a partir da elaboração ou alteração do texto constitucional.

O poder constituinte divide-se em **originário e derivado** (MORAES, 2007, p. 22-24).

O poder constituinte **originário (inicial ou inaugural)** é aquele que cria uma Constituição a partir da formação de um novo Estado ou porque houve alguma ruptura na ordem jurídica anterior. Suas principais características são **inicial**, pois inaugura uma nova ordem jurídica, revogando a anterior; **ilimitado**, uma vez que não há limites jurídicos e, por fim, **incondicionado**, na medida em que não se submete a nenhum poder ou qualquer vínculo com a Constituição ou normas preexistentes (LENZA, 2009, p.111-112).

Logo, o poder constituinte originário é livre para definir a forma de estado, a forma e o regime de governo, quais serão os poderes, os direitos e garantias individuais, se o Estado será leigo etc.

Por sua vez, o poder constituinte **derivado (secundário, constituído)** é aquele instituído pelo poder constituinte originário para alterar a Constituição, atualizando o seu texto de acordo com as transformações sociais. Suas características principais são a **limitação jurídica**, pois a sua atuação deve ocorrer somente na forma e nos casos previstos pelo constituinte originário; **secundário**, haja vista que esse poder deriva de uma ordem jurídica já instituída e, por fim, **condicionado**, na medida em que o processo de alteração do texto constitucional deve obedecer às condições fixadas pelo poder originário, caso contrário, a norma produzida será inconstitucional. (MORAES, 2007, p. 24)

Luciana Russo informa que o poder constituinte derivado pode ser:

Derivado reformador: é o poder de modificar a Constituição segundo o processo nela previsto. No Brasil é exercido pelo Congresso Nacional, quando elabora as emendas à Constituição [...].

Derivado decorrente: é a competência que foi conferida aos Estados Federados para elaborar as suas Constituições Estaduais, respeitadas os princípios da Constituição Federal [...] É considerado derivado porque não foi conferida ampla liberdade aos Estados, que ficaram condicionados a observar os princípios da Constituição Federal. [...]

Derivado revisor ou revisional: nos termos do art. 3º do ADCT, a

revisão da Constituição Federal de 1988 deveria ocorrer uma única vez, cinco anos após a sua promulgação, pelo Congresso nacional, em composição unicameral, bastando o *quorum* de aprovação de maioria absoluta. Esse poder já foi exercido, sendo produzidas seis emendas de revisão, que foram promulgadas em 1994. Desse modo, resta esgotado seu exercício. [...] (RUSSO, 2009, p. 19-20)

É bem verdade que no Brasil, segundo a Carta Magna de 1988, o poder constituinte derivado reformador é semelhante ao revisor, todavia, distinguem-se pelo fato de que as emendas constitucionais produzidas pelo **reformador** puderam e podem ser produzidas desde logo, em quanto que as do **revisor** só puderam ser elaboradas cinco anos após a promulgação da Constituição da República. Há também distinção em relação ao *quorum*, pois as emendas constitucionais produzidas pelo poder constituinte derivado **reformador** deveriam ser aprovadas por três quintos em cada casa do Congresso Nacional e em dois turnos, já o do **revisor** o *quorum* era de maioria absoluta e em sessão unicameral.

5.2 Mutação constitucional

Para realizar uma modificação no texto de uma Constituição rígida, como a Constituição brasileira, é necessária a observância de um processo legislativo formal, previsto pelo poder constituinte originário em que se produzam emendas constitucionais.

Ocorre que nem sempre as alterações formais do texto constitucional acompanham as evoluções políticas, econômicas e ideológicas da sociedade.

Nesse sentido, vem ganhado espaço uma teoria chamada **mutação constitucional**, na qual é possível a alteração da Constituição sem a necessidade de se alterar o texto, uma vez que tal fenômeno se dá com base em um redimensionamento da própria realidade normativa da Constituição. Logo, a norma constitucional se adéqua a realidade social sem a necessidade de alteração de seu texto, sendo, portanto, um processo informal de alteração da Lei Maior (BULOS, 2000, p.22).

6 Controle de Constitucionalidade

Para o perfeito entendimento do objeto desse artigo, necessária se faz algumas considerações a respeito do controle de constitucionalidade adotado pela Constituição brasileira de 1988. Evidentemente que o intuito aqui não é o de esgotar a matéria, mas, tão-somente, dar um lastro teórico mínimo para o seu perfeito entendimento. Outrossim, somente abordaremos o controle de constitucionalidade que tem como paradigma a Constituição da República e o STF como o seu guardião.

6.1 Breve conceito

O controle de constitucionalidade está ligado ao princípio da **supremacia da constituição** e a existência de um ordenamento jurídico escalonado. Nesse caso, para haver controle de constitucionalidade é imprescindível que haja **rigidez** constitucional, ou seja, o processo de elaboração das normas constitucionais deve ser mais dificultoso do que o processo legislativo comum, assegurando, destarte, a posição superior da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico (MORAES, 2007, p. 674-676).

Portanto, a idéia de controle de constitucionalidade é a de retirar do sistema jurídico lei ou ato normativo infraconstitucional que vá de encontro à Constituição. Esse processo se dá através da análise dos seus requisitos formais e materiais e de sua compatibilidade com a Lei Maior. Logo, em sendo a Constituição a norma que dá validade a todo o ordenamento jurídico, uma lei ou ato normativo incompatível com ela deverá ser expurgado do sistema.

6.2 Regra geral da Teoria da Nulidade e da Teoria da Anulabilidade

Segundo a **Teoria da Nulidade**, uma lei ou ato normativo inconstitucional contém um “vício congênito” que afeta o seu plano de validade. Nesse sentido, o ato que reconhece a inconstitucionalidade tem natureza **declaratória**, ou seja, a lei ou ato normativo é nulo

desde a sua criação. Logo, segundo essa teoria, o ato que reconhece a inconstitucionalidade tem eficácia *ex tunc* (retroativo).

A doutrina majoritária brasileira afirma que essa teoria foi adotada pela Constituição de 1988 e foi influenciada pela doutrina constitucionalista norte-americana. Segundo Capelleti, no ordenamento jurídico americano

[...] a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é considerada *absolutamente* nula ('null and void') e, por isso, *inefcaz*, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional* (CAPPELETI, 1999, p. 115-116)

Por sua vez, Hans Kelsen defendeu a **Teoria da Anulabilidade** da norma inconstitucional por considerar que uma norma inferior não pode estar em contradição com uma superior, pois se assim fosse, tal norma seria **inexistente**. Segundo essa teoria, o ato que reconhece a inconstitucionalidade tem natureza **constitutiva** e, por conseguinte, efeitos *ex nunc*¹. A Corte Constitucional da Áustria foi influenciada por essa teoria. Nas palavras de Kelsen se

[...] o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como "inconstitucional" não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira, quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. Uma tal lei pode permanecer em vigor e ser aplicada durante muitos anos antes que seja anulada pelo tribunal competente como "inconstitucional". Isto significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos à anulação das leis que não correspondam às determinações da Constituição que diretamente regulam a legiferação têm o sentido de que também essas leis devem valer na medida e pelo tempo em que não forem anuladas pela forma constitucionalmente prevista. (KELSEN, 1998, p. 190-191)

1 A ineficácia da lei começa do ato de reconhecimento de inconstitucionalidade.

6.3 Flexibilização da Teoria da Nulidade: modulação dos efeitos temporais da decisão

No direito pátrio, o princípio da supremacia da Constituição, juntamente com o da segurança jurídica e o da boa-fé, vêm relativizando a regra geral da teoria da nulidade absoluta, adotada no Brasil, de lei declara inconstitucional.

Como exemplo de relativização da doutrina da **ineficácia ab initio da lei** (teoria da nulidade), no sistema de **controle concentrado**² brasileiro, podemos citar o art. 27 da lei 9868/99, que diz:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista **razões de segurança jurídica** ou de **excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, **restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.** (grifos nossos)

É a chamada **modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Através dessa técnica, uma decisão que declara uma lei inconstitucional só começa a surtir efeitos a partir de um determinado momento que contemple, ao mesmo tempo, a segurança jurídica, o interesse social e a boa-fé, fazendo com que a decisão judicial alcance a sua finalidade com um mínimo de prejuízo possível.

Atualmente, a doutrina constitucionalista brasileira afirma que a modulação dos efeitos da decisão pode ser aplicada também em sede de **controle difuso** de constitucionalidade. Destacamos dois julgados do Supremo Tribunal Federal que corroboram a aplicação da modulação dos efeitos no controle difuso:

EMENTA: [...] I. - **A lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser mantidos, em obsé-**

2 Mais na frente explicaremos melhor o que são controle **concentrado** de constitucionalidade e controle **difuso** de constitucionalidade.

desde a sua criação. Logo, segundo essa teoria, o ato que reconhece a inconstitucionalidade tem eficácia *ex tunc* (retroativo).

A doutrina majoritária brasileira afirma que essa teoria foi adotada pela Constituição de 1988 e foi influenciada pela doutrina constitucionalista norte-americana. Segundo Capelleti, no ordenamento jurídico americano

[...] a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é considerada *absolutamente* nula ('null and void') e, por isso, *ineficaz*, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional* (CAPPELETI, 1999, p. 115-116)

Por sua vez, Hans Kelsen defendeu a **Teoria da Anulabilidade** da norma inconstitucional por considerar que uma norma inferior não pode estar em contradição com uma superior, pois se assim fosse, tal norma seria **inexistente**. Segundo essa teoria, o ato que reconhece a inconstitucionalidade tem natureza **constitutiva** e, por conseguinte, efeitos *ex nunc*. A Corte Constitucional da Áustria foi influenciada por essa teoria. Nas palavras de Kelsen se

[...] o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como "inconstitucional" não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira, quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. Uma tal lei pode permanecer em vigor e ser aplicada durante muitos anos antes que seja anulada pelo tribunal competente como "inconstitucional". Isto significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos à anulação das leis que não correspondam às determinações da Constituição que diretamente regulam a legiferação têm o sentido de que também essas leis devem valer na medida e pelo tempo em que não forem anuladas pela forma constitucionalmente prevista. (KELSEN, 1998, p. 190-191)

1 A ineficácia da lei começa do ato de reconhecimento de inconstitucionalidade.

6.3 Flexibilização da Teoria da Nulidade: modulação dos efeitos temporais da decisão

No direito pátrio, o princípio da supremacia da Constituição, juntamente com o da segurança jurídica e o da boa-fé, vêm relativizando a regra geral da teoria da nulidade absoluta, adotada no Brasil, de lei declara inconstitucional.

Como exemplo de relativização da doutrina da **ineficácia ab initio da lei** (teoria da nulidade), no sistema de **controle concentrado**² brasileiro, podemos citar o art. 27 da lei 9868/99, que diz:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista **razões de segurança jurídica** ou de **excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, **restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.** (grifos nossos)

É a chamada **modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Através dessa técnica, uma decisão que declara uma lei inconstitucional só começa a surtir efeitos a partir de um determinado momento que contemple, ao mesmo tempo, a segurança jurídica, o interesse social e a boa-fé, fazendo com que a decisão judicial alcance a sua finalidade com um mínimo de prejuízo possível.

Atualmente, a doutrina constitucionalista brasileira afirma que a modulação dos efeitos da decisão pode ser aplicada também em sede de **controle difuso** de constitucionalidade. Destacamos dois julgados do Supremo Tribunal Federal que corroboram a aplicação da modulação dos efeitos no controle difuso:

EMENTA: [...] I. - **A lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser mantidos, em obsé-**

2 Mais na frente explicaremos melhor o que são controle **concentrado** de constitucionalidade e controle **difuso** de constitucionalidade.

quiu, sobretudo, ao princípio da boa-fé. No caso, os efeitos do ato, concedidos com base no princípio da boa-fé, viram-se convalidados pela CF/88. II. - Negativa de trânsito ao RE do Estado do Amazonas. Agravo não provido. (STF – RE-AgR 434.222/AM, 14/06/05, Rel. Min. CARLOS VELLOSO) (Grifos nossos)

EMENTA: [...] 7. **Inconstitucionalidade, incidenter tantum**, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. **Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.** Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (STF – RE 197.917/SP, 06/06/02, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA)(Grifos nossos)

Portanto, no Brasil, em uma clara ponderação de valores constitucionais, tais como o da segurança jurídica e da boa-fé, tanto em sede de controle concentrado, quanto em sede de controle difuso, há uma clara mitigação do princípio da nulidade de norma declarada inconstitucional.

6.4 Pressupostos de constitucionalidade das espécies normativas: inconstitucionalidade nomodinâmica e nomoestática

Para que uma lei, ou ato normativo, seja compatível com a Constituição, é necessário que a criação de tais espécies normativas obedeça fielmente aos requisitos **formais** e **materiais** estabelecidos na Lei Maior.

Os requisitos **formais** podem ser divididos em **subjetivos** e **objetivos**:

Os requisitos **formais subjetivos** dizem respeito ao legitimado a deflagrar o processo legislativo para a criação de determinada espécie

normativa. Portanto, tais requisitos fazem parte da fase **introdutória** do processo legislativo. Por exemplo, o art. 61, §1º, CF, diz que é de iniciativa **privativa do Presidente da República as leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas**. Logo, se um parlamentar apresentar projeto de lei nesse sentido, e o referido projeto virar lei, essa será flagrantemente inconstitucional por desprezar o critério formal subjetivo para sua criação.

Já os requisitos **formais objetivos** se referem ao processo legislativo em si, ou seja, qualquer espécie normativa que for criada sem a observância do trâmite constitucional estabelecido para a sua elaboração, será inconstitucional. Logo, tais requisitos devem ser observados durante as fases **constitutiva e complementar** da elaboração das leis. Portanto, se uma emenda constitucional for aprovada com um *quorum* de maioria simples, ao invés de dois terços dos membros, em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, como determina o art. 60, §2º da Constituição, essa emenda será inconstitucional.

Por sua vez, os requisitos **materiais** tratam da compatibilidade do conteúdo da espécie normativa com a Constituição da República. Podemos citar como exemplo a hipótese de uma lei ordinária, devidamente apresentada por um legitimado e aprovada de acordo com o trâmite constitucional, que determine que só pessoas do sexo masculino possam andar nos passeios das vias públicas. É uma lei flagrantemente inconstitucional, pois estabelece preceito que vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade de locomoção, da isonomia, dentre outros princípios constitucionais, pois impede mulheres de circularem pelas calçadas, ou seja, apesar de a lei ser formalmente constitucional, pois foi proposta por um legitimado e seguiu todo o trâmite legislativo para a sua criação, é materialmente inconstitucional, porque o seu conteúdo está em desacordo com princípios constitucionais.

A doutrina atual vem usando a expressão inconstitucionalidade **nomodinâmica**, para se referir à inconstitucionalidade **formal**, e

inconstitucionalidade **nomoestática**, para a **material**. Segundo Pedro Lenza,

[...] na medida em que o *vício formal* decorre da afronta ao *devido processo legislativo* de formação do ato normativo, isto nos dá a idéia de *dinamismo*, de movimento. Por sua vez, o *vício material*, por ser um vício de matéria, de conteúdo, a idéia que passa é de vício de substância, estático. (LENZA, 2009, p. 161)

6.5 Espécies de controle de constitucionalidade

6.5.1 Em relação ao órgão controlador

Em relação ao órgão, o controle pode ser **político** quando é realizado por órgãos com natureza política, tais como o Poder Legislativo ou o Executivo ou, até mesmo, por um órgão especial.

O controle também pode ser **judiciário** ou **Jurídico** quando é exercido pelo Poder Judiciário, o qual tem o dever de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos que contrariem a Constituição. Esse tipo de controle foi adotado pela CF/88.

Por fim, o controle **misto** é aquele em que algumas leis se submetem ao controle político enquanto outras, ao jurídico (RUSSO, 2009, p.39).

6.5.2 Em relação ao ato do Poder Público

A inconstitucionalidade pode ocorrer tanto por **ato comissivo**, quanto por **ato omissivo**.

A inconstitucionalidade por **ato comissivo** ocorre quando é criada uma lei ou ato normativo formalmente ou materialmente inconstitucional. Nesse caso, o Poder Público **age** em desacordo com os preceitos constitucionais.

Por outro lado, a inconstitucionalidade por **ato omissivo** ocorre quando há um comando constitucional para o Poder Público elaborar uma norma e esse, desrespeitando a imposição, queda-se em silêncio,

surgindo o que Canotilho chama de “violação constitucional pelo *silêncio legislativo* (violação por omissão)” (CANOTILHO, 1998, p. 982).

6.5.3 Em relação ao momento de controle

Em relação ao **momento** de realização de controle de constitucionalidade, a doutrina constitucionalista destaca que o controle pode ser **preventivo**³ ou **repressivo**⁴.

No Brasil, o **controle preventivo** de constitucionalidade é realizado pelos três poderes. Nesse sentido, o controle preventivo de constitucionalidade realizado no âmbito do **Poder Legislativo** está a cargo das **comissões de constituição e justiça**, que têm a incumbência constitucional de verificar se o projeto de lei contém algum vício que enseje em inconstitucionalidade, seja formal, seja material. Já o controle preventivo realizado pelo **Poder executivo** se dá através do instituto do **veto**. Lembrando que o **veto jurídico** é aquele em que o chefe do executivo considera o projeto de lei inconstitucional; por outro lado, o **veto político** é aquele em que o referido chefe considera o projeto de lei contrário ao interesse público. Por último, o controle preventivo realizado pelo **Poder Judiciário** ocorre no âmbito do **Supremo Tribunal Federal** quando um **parlamentar federal** impetra **mandado de segurança** visando participar de um processo legislativo hígido, conforme a determinação constitucional.

Já o **controle repressivo**, no Brasil, é exercido, em regra, pelo Poder Judiciário através de **dois métodos**: controle repressivo **concentrado** (abstrato ou via de ação), e o **difuso** (concreto ou via de exceção ou de defesa).

Excepcionalmente, o Poder Legislativo e o Poder Executivo podem exercer o controle repressivo.

Vejamos as exceções: o **Poder Executivo**, como um dos poderes

3 É aquele exercido **anteriormente** a entrada em vigor da norma.

4 É aquele exercido **posteriormente** a entrada em vigor da norma.

da República, tem o dever de cumprir leis que se adéquem ao sistema constitucional. Nesse sentido, se o **chefe** do Poder Executivo achar que determinada lei é inconstitucional, poderá deixar de cumpri-la e, ademais, poderá baixar decreto para que os seus subordinados não a cumpram. Esse é o entendimento do **STF**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] **OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO, POR SUA CHEFIA - E ISSO MESMO TEM SIDO QUESTIONADO COM O ALARGAMENTO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -, PODEM TÃO-SÓ DETERMINAR AOS SEUS ÓRGÃOS SUBORDINADOS QUE DEIXEM DE APLICAR ADMINISTRATIVAMENTE AS LEIS OU ATOS COM FORÇA DE LEI QUE CONSIDEREM INCONSTITUCIONAIS[...]** (STF – ADI 221/DF, 29/03/90, Rel. Min. MOREIRA ALVES) (Grifos nossos)

A primeira turma do **STJ** também entende que o Chefe do Poder Executivo possa deixar de cumprir lei que entenda inconstitucional. Nesse sentido:

EMENTA: LEI INCONSTITUCIONAL – PODER EXECUTIVO – NEGATIVA DE EFICÁCIA. **O PODER EXECUTIVO DEVE NEGAR EXECUÇÃO A ATO NORMATIVO QUE LHE PAREÇA INCONSTITUCIONAL.** (STJ – Resp 23121/GO, 06/10/93, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS) (Grifos nossos)

Por sua vez, o **Poder Legislativo**, excepcionalmente, pode exercer controle repressivo nas hipóteses do art. 49, V, CF e do art. 62, CF, uma vez que a Constituição da República estabelece, no art. 84, IV, que compete **privativamente** ao Presidente da República **expedir decretos e regulamentos** para a fiel execução das leis. Ocorre que se tal decreto ou regulamento extrapolar o conteúdo da lei, ou seja, disser mais do que foi definido nela, o **Congresso Nacional**, nos termos do art. 49, V, CF, por meio de **decreto legislativo**, poderá **sustar** tal ato normativo que exorbitou o poder regulamentar.⁵ Por sua vez, o art.

⁵ Ressalte-se que parte da doutrina vem afirmando que isso não é propriamente controle de constitucionalidade,

68, CF, possibilita que Presidente da República solicite ao Congresso Nacional delegação para criação de leis. Ocorre que se a lei delegada exorbitar os limites da delegação legislativa, tal ato será sustado pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 49, V, parte final, CF.

Outra hipótese de controle repressivo exercido pelo Poder Legislativo é no caso de **medidas provisórias** expedidas pelo Chefe do Executivo. Segundo o art. 62, da CF, é possível que o Presidente da República, em caso de **relevância e urgência**, expeça medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las imediatamente ao Congresso Nacional. Nesse caso, se o Congresso entender que a medida provisória é inconstitucional, não a converterá em lei e, conseqüentemente, a medida provisória perderá vigência desde a sua origem.

Por fim, cumpre ressaltar que, segundo a súmula 347 do STF, o **Tribunal de Contas da União**, no exercício de suas atribuições, pode verificar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. É inegável que a súmula supracitada é um exemplo de controle de constitucionalidade repressiva pela via **difusa** exercido por um órgão auxiliar do Poder Legislativo.

6.6 Bloco de constitucionalidade

Conforme afirmamos no item 2.1 deste artigo, o parâmetro para realizar o controle de constitucionalidade é a Constituição da República. Entretanto, atualmente a doutrina e a jurisprudência vêm sustentando que não apenas o que está escrito na Constituição deve ser observado, mas também devem ser observados os princípios e valores que orientam o ordenamento jurídico como um todo. É nesse sentido que surge a idéia de **bloco de constitucionalidade** (LENZA, 2009, p. 205)

Nesse caso, para aferir se um ato normativo ou uma lei está de acordo com a Constituição, deve-se verificar não só o texto constitucional,

mas sim de **legalidade**, pois a extrapolação foi em relação aos limites impostos pela lei e não pela Constituição (LENZA, 2009, p. 172).

mas também os princípios e valores constitucionais. Nesse sentido, Canotilho explicita duas posições doutrinárias em relação ao critério para a determinação do parâmetro de controle de constitucionalidade, vejamos:

Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.

Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo 'espírito' ou pelos 'valores' que informam a ordem constitucional global (CANOTILHO, 1998, p. 811-812) (Grifos nossos)

A posição apontada por Canotilho que considera a ordem constitucional global é a que se relaciona com a ideia de bloco de constitucionalidade, pois essa ordem abrange não só o texto da Constituição, mas também os princípios e valores constitucionais insertos no ordenamento jurídico.

6.7 Sistemas de controle de constitucionalidade

Conforme afirmado acima, o controle repressivo de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário no Brasil se dá através de dois métodos: controle repressivo **concentrado** (via de ação), e o **difuso** (via de exceção ou defesa). Analisaremos melhor, pois, tais institutos:

6.7.1 Controle concentrado

A denominação **concentrado** se deve ao fato de que a verificação de compatibilidade entre a norma infraconstitucional e a Constituição ocorre em um único tribunal. No Brasil, conforme dispõe o art. 102, CF, o **Supremo Tribunal Federal** é o guardião da Constituição, sendo, portanto, o órgão encarregado do controle **concentrado** de constitucionalidade, tendo por base a **Constituição da República**.

A teoria pura do direito, de Kelsen, inspirou a criação do controle concentrado na Áustria. Já no Brasil, o controle concentrado foi introduzido por meio de uma emenda constitucional (EC n. 16, de 06/12/65). Segundo Kelsen,

[...]Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico.[...] (KELSEN, 1998, p. 189)

No controle concentrado, verifica-se em tese a compatibilidade da espécie normativa questionada com a Constituição, ou seja, analisa-se se aquela lei ou ato normativo é inconstitucional por violar preceitos constitucionais, independentemente de haver um caso concreto. É um **controle abstrato**, pois o objeto da ação é a própria declaração de inconstitucionalidade. No Brasil, o controle concentrado se dá por meio de cinco espécies de ações:

a) Ação direta de inconstitucionalidade genérica – **ADI** - (art. 102, I, a, CF);

b) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – **ADO** - (art. 103, §2º, CF)

c) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva – **ADI interventiva** - (art. 34, VII c/c o art. 36, III, CF)

d) Ação declaratória de constitucionalidade – **ADC** - (art. 102, I, a, parte final, CF)

e) Arguição de descumprimento de preceito fundamental – **ADPF** - (art. 102, §1º, CF)

Em regra, a decisão que julga o mérito das referidas ações tem eficácia *erga omnes, ex tunc* e *vinculante*. Todavia, excepcionalmente, o STF, por meio de 2/3 de seus membros, pode modular os efeitos temporais da decisão, por razões de segurança jurídica ou de interesse social, fazendo com que a eficácia seja *ex nunc* ou que se produzam efeitos a partir de outro momento definido, conforme já discutimos anteriormente. Outrossim, a **vinculação** da decisão de mérito se dá em relação a todos os demais órgãos Poder Judiciário (não atinge o STF) e todo o Poder Executivo e seus órgãos, tanto nas esferas federal, estadual, municipal ou distrital, seja administração pública direta ou indireta (art. 102, §2º, CF)⁶; mas, contudo, a decisão de mérito, em sede de controle concentrado, não vincula o **Poder Legislativo**, pois, se assim fosse, haveria a chamada **fossilização da Constituição**, ou seja, haveria um “engessamento” da evolução social, na medida em que o Poder Legislativo estaria impedido de exercer a sua função precípua, ou seja, legislar (LENZA, 2009, p. 213). Nesse sentido,

EMENTA: [...] **Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. Função legislativa que não é alcançada pela eficácia erga omnes, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta. Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. A eficácia geral e o efeito vincu-**

⁶ Como veremos mais a frente, não há efeito vinculante na ADO.

lante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão (STR – Rcl 2617/GO, 23/02/05, Rel. Min. CEZAR PELUSO) (Grifos nossos)

Faremos uma explanação geral sobre as ações destinadas ao controle concentrado de constitucionalidade, no âmbito do STF, a fim de auxiliar o entendimento sobre a abstrativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso.

6.7.6 Espécies de ações do controle concentrado de constitucionalidade

A **Ação direta de inconstitucionalidade genérica**, ou simplesmente ADI genérica, é uma ação que visa à declaração de inconstitucionalidade de uma **lei** ou **ato normativo federal ou estadual** em face da Constituição da República. O controle é feito abstratamente, pois não há caso concreto a se solucionar; o que se busca é a declaração, ou não, de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Cumprе salientar que são entendidas por **leis** todas as espécies normativas estampadas no art. 59 da Constituição da República, tais como as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções. É importante saber que os decretos legislativos e as resoluções devem estar revestidos de **abstração** e **generalidade** para fins de controle concentrado, pois se não tiverem esses requisitos não serão consideradas leis passíveis de ADI, pois serão atos **concretos**. Nesse sentido, afirma Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

[...] nem toda resolução ou decreto legislativo podem ser objeto de controle concentrado, já que podem não constituir atos normativos. Por exemplo, a resolução que autoriza o processo contra o Presidente

da República, prevista no inciso I do art. 51 da Constituição, não está revestida de abstração e generalidade, o que impede o seu controle. Da mesma forma, a autorização para que o Presidente da República se ausente do País por mais de quinze dias, prevista no art. 49, III, não tem qualquer generalidade e abstração, constituindo, portanto, ato concreto e impossível de ser controlado pelo controle concentrado [...] (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2006, p.42)

Por sua vez, **atos normativos**, segundo Alexandre de Moraes, são “[...] todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo[...] por exemplo, a resolução administrativa dos Tribunais de Justiça, bem como deliberações administrativas de outros órgão do Poder Judiciário[...]” (MORAES, 2007, p. 707-708)

A decisão de mérito que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo tem o condão de retirar o ato impugnado imediatamente do ordenamento jurídico, sendo que a eficácia da decisão começa a partir da **publicação da ata de julgamento no diário da justiça da União**. Nesse sentido,

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CUMPRIMENTO DA DECISÃO. 1. **Desnecessário o trânsito em julgado para que a decisão proferida no julgamento do mérito em ADI seja cumprida. Ao ser julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade - ADI nº 2.335 - a Corte, tacitamente, revogou a decisão contrária, proferida em sede de medida cautelar. Por outro lado, a lei goza da presunção de constitucionalidade. Além disso, é de ser aplicado o critério adotado por esta Corte, quando do julgamento da Questão de Ordem, na ADI 711 em que a decisão, em julgamento de liminar, é válida a partir da data da publicação no Diário da Justiça da ata da sessão de julgamento. [...] (STR – Rcl 2576/SC, 23/06/04, Rel. Min. ELLEN GRACIE) (Grifos nossos)**

No tocante à **legitimidade** para propor ADI, no âmbito do STF, é importante salientar que o rol de legitimados foi ampliado em relação à Constituição anterior a de 1988, uma vez que antes o único legitimado

era o Procurador-Geral da República. Atualmente, os legitimados são o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido político com representação no Congresso Nacional e Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, CF).

Segundo o entendimento do STF, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do DF e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, precisam demonstrar **pertinência temática**, ou seja, devem demonstrar interesse, em relação à sua finalidade institucional, na proposição de ação em sede de controle concentrado⁷. Os demais são considerados **legitimados universais**, pois não precisam demonstrar pertinência temática (LENZA, 2009, p. 225).

Por último, os efeitos da decisão de mérito da ADI genérica são vinculante e *erga omnes*.

Por sua vez, outra espécie de ação de controle é a **ação declaratória de constitucionalidade**, ou ADC, e tem por objeto a **declaração** de constitucionalidade, em tese, de **lei** ou **ato normativo federal**.

Como é sabido, as leis gozam de uma presunção *juris tantum* (presunção relativa) de constitucionalidade. Logo, a ADC tem o condão de transformar essa presunção relativa em presunção absoluta, ou *juris et juris*, dando maior segurança jurídica em relação à validade das normas.

A legitimidade para propor ADC é a mesma para a proposição de ADI genérica, inclusive com as mesmas ressalvas em relação à pertinência temática. Os efeitos da decisão de mérito da ADC são os mesmos da ADI genérica. Cumpre ressaltar que tanto a ADI quanto a ADC são ações de **natureza dúplice ou ambivalentes**, ou seja, se uma

⁷ Nesse sentido, ver STF-ADI 1307/DF, STF-ADI 902/SP, STF-ADI 1096/RS

ADI for julgada **improcedente**, a lei ou ato normativo impugnado será declarado **constitucional**. Da mesma forma, se uma ADC for julgada **improcedente**, a lei ou ato normativo impugnado será declarado **inconstitucional**. Logo, independentemente de ser procedente ou improcedente, a decisão de mérito da ADI e da ADC produzirá efeitos vinculante e *erga omnes*.

Continuando, outra espécie é a **ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou ADO**, e tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de uma omissão legislativa do Poder Público, ou seja, a ADO é cabível quando o legislador fica silente, deixando de dar cumprimento a ordem legislativa do constituinte originário que determinou que algumas matérias fossem regulamentadas através de atos legislativos ordinários, combatendo, destarte, a chamada **síndrome de inefetividade das normas constitucionais**. Segundo Lenza,

Nesse sentido, devendo o Poder Público ou órgão administrativo regulamentar norma constitucional de eficácia limitada e não fazendo, surge a “doença”, a omissão, que poderá ser “combatida” através de um “remédio” chamado de ADI por omissão, de forma concentrada no STF. (LENZA, 2009, p. 257).

Em relação aos efeitos da decisão de mérito de uma ADO, a Constituição da República estabelece, em seu art. 103, §2º, que se o omitente for um **Poder** (tal como o Poder Legislativo), apenas será dada ciência para que este tome providências, constituindo em mora o referido Poder, não se fixando qualquer prazo ou sanção pelo seu descumprimento. Por outro lado, se o omitente for **órgão administrativo**, esse terá o prazo de 30 dias para elaborar a norma, sob pena de responsabilidade.

Os legitimados da ADO são os mesmos da ADI, inclusive em relação à pertinência temática. Os efeitos da decisão são *ex tunc* e *erga omnes*, mas não são vinculantes em relação ao Poder omitente, posto que o julgamento de mérito da ADO tem caráter apenas mandamental, de

modo contrário haveria afronta ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF)

Por sua vez, a **ADI interventiva**, impetrada perante o STF, tem como objeto **lei ou ato normativo estadual** que contrarie os chamados **princípios constitucionais sensíveis**. A ADI interventiva é pressuposto para uma excepcionalidade prevista na Lei Maior, qual seja: intervenção da União nos Estados-membros ou no Distrito Federal⁸. A intervenção federal é uma medida excepcional, pois vigora no Brasil o **princípio da autonomia dos entes federativos**, ou seja, em regra, nenhum ente federativo pode intervir no outro, exceto em situações previamente estabelecidas na própria Carta Magna⁹. Os princípios constitucionais sensíveis são aqueles previstos no art. 34, VII, da CF.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Por força do art. 36, III, da CF, o **único** legitimado a propor a

⁸ A competência constitucional para decretar e executar a intervenção federal é do Presidente da República, nos termos do art. 84, X, CF.

⁹ É importante destacar que há hipóteses de intervenção federal sem o ajuizamento de ADI interventiva, nos termos dos arts. 34 e 35 da CF.

ADI interventiva, perante o STF, é o **Procurador-Geral da República**. Outra diferença em relação à ADI genérica é que, na interventiva, o controle de constitucionalidade se dá em **um caso concreto**, ou seja, não se controla a lei ou o ato normativo em tese, mas sim é analisada a sua aplicação em um caso real.

Os efeitos da decisão de mérito que julga procedente a ADI interventiva vinculam o **Presidente da República**, que deverá expedir decreto para suspender o ato impugnado ou, se essa medida não for suficiente, decretar a intervenção federal, sob pena de responsabilidade (art. 36, §3º, CF, c/c art. 84, X, da CF).

Por último, a **argüição de descumprimento de preceito fundamental**, ou ADPF, tem previsão no art. 102, §1º, da CF, disciplinado pela lei 9.882/99, e, segundo a referida lei, é cabível para **evitar ou reparar lesão a preceito fundamental**, resultante de ato do Poder Público, e **quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade**. Caberá, outrossim, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou **municipal, incluídos os anteriores à Constituição**.

É uma ação subsidiária, só devendo ser impetrada se não houver outro meio de sanar a inconstitucionalidade.

Lembramos também que não há um conceito legal de **preceito fundamental**, pois nem a Constituição, nem a lei, cuidaram em fazê-lo. Alguns doutrinadores tentaram conceituar o que seria preceito fundamental. No seu manual de direito constitucional, Pedro Lenza, valendo-se de uma aula dada pelo professor Cássio Juvenal Faria a alunos de um determinado curso preparatório, diz que os preceitos fundamentais são aquelas

[...] normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, por exemplo, os “princípios fundamentais” do Título I (arts. 1º ao 4º); os integrantes da cláusula pétrea (art. 40, §4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade

econômica (art. 170); (sic) etc.[...] (LENZA, 2009, p.251-252)

Os legitimados a propor ADPF são os mesmos da ADI genérica, inclusive com as ressalvas quanto à pertinência temática. A competência para conhecer a referida ação é do STF¹⁰.

Os efeitos da decisão de mérito da ADPF são vinculantes, *erga omnes* e *ex tunc*, podendo ser modulados os efeitos temporais, semelhantemente a ADI genérica, conforme já explicamos anteriormente.

6.7.7 Controle difuso

A outra modalidade de controle de constitucionalidade **repressivo** exercido pelo Poder Judiciário no Brasil é o **controle difuso**, segundo o qual **qualquer juiz ou tribunal**¹¹ poderá analisar a constitucionalidade das leis ao apreciar a sua aplicabilidade a um caso concreto.

A origem do controle difuso está em uma decisão proferida nos Estados Unidos da América em 1803 – no caso Madison *versus* Marbury - “[...] em que o Juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei.” (MORAES, 2007, p. 684).

Diferentemente do controle concentrado, no controle difuso a verificação da compatibilidade da norma com a Constituição não é o objeto principal da lide, tratando-se de **questão incidental** indispensável à resolução do mérito (prejudicial de mérito). Nesse tipo de controle, a norma declarada inconstitucional só será assim considerada naquele determinado processo, ou seja, os efeitos da decisão só valem para as partes do processo em questão, sendo certo que a norma impugnada continuará surtindo efeitos para as demais relações jurídicas alheias ao referido processo. Nesse sentido, o controle difuso é feito via **exceção**

¹⁰ Ressalte-se que na ADPF não só leis e atos normativos federais e estaduais podem ser confrontados perante a Constituição da República, como ocorre na ADI genérica, mas também leis municipais, inclusive as anteriores a Constituição.

¹¹ Nesse sentido, STF - RE 117805/PR

ou defesa, pois o autor de uma demanda, para conseguir o bem da vida, procura afastar a incidência de uma norma, que entende ser inconstitucional, que está impedindo a obtenção do bem, ou seja, o objeto principal da ação não é a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Como afirmamos acima, tanto um juiz de primeira instância quanto um tribunal podem declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, todavia, em relação aos tribunais, a Constituição da República, no art. 97, traz uma regra especial, chamada pela doutrina de **cláusula de reserva de plenário** (CAMARGO, 2008, p. 173-174). Segundo essa regra, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo tribunal só pode ocorrer por maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial. Nesse sentido foi editada a súmula vinculante n. 10, que diz:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no sistema difuso, são, em regra, *ex tunc*¹², *inter partes* e **não** vinculante em relação a todos os o Poderes da República e a seus órgãos, somente vinculando as partes do processo.

A **legitimidade ativa** é de qualquer pessoa e o **órgão competente para o julgamento** é qualquer juiz ou tribunal, atendidos os requisitos do princípio do juiz natural, diferentemente do controle concentrado em que há um rol taxativo de legitimados e a demanda só pode ser proposta no STF¹³.

Qualquer tribunal poderá declarar a incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, inclusive o próprio STF. Assim, o

12 Como afirmamos no item 2.3 deste artigo, o STF pode modular os efeitos de suas decisões em sede de controle difuso por razões de segurança jurídica e interesse social, semelhantemente ao controle concentrado.

13 Em se tratando de controle em relação a Constituição da República, pois há também controle concentrado no âmbito dos tribunais estaduais em relação à Constituição dos respectivos Estados-membros.

Supremo Tribunal Federal, em ação originária ou recursal, observada a cláusula de reserva de plenário, poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, através do sistema difuso, sendo que os efeitos de sua decisão será, tão-somente, *inter partes*, *ex tunc* e **não** vinculante¹⁴.

Ocorre que os efeitos supracitados podem ser modificados nos termos do art. 52, X, da CF, no qual estabelece que o **Senado Federal**, por meio de **resolução**, poderá suspender no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional, incidentalmente, por decisão definitiva do STF. Nesse caso, a partir da resolução do senado, efeitos *ex nunc*, a norma deixará de produzir efeitos, dando efeitos *erga omnes* à decisão do STF. Lenza explica que

[...] o Senado **não** está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discricionariedade política [...] Caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação dos Poderes. (LENZA, 2009, p. 185)

Após as considerações acima, passaremos ao objeto do presente artigo.

7 A teoria que pretende hipertrofiar os poderes do STF

7.1 A Teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle concentrado de constitucionalidade

Segundo a redação do art. 458, I a III, CPC, são partes da sentença: o relatório, a fundamentação jurídica e o dispositivo.

Há entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência no sentido

14 No capítulo 3 do presente artigo, debateremos melhor se há ou não efeito vinculante em decisão de declaração de inconstitucionalidade do STF em sede de controle difuso.

de que só faz coisa julgada material a parte **dispositiva** da sentença¹⁵ (SANTOS, 2008, p. 68). Entretanto, em se tratando de ações em sede de controle **concentrado** de constitucionalidade, as decisões do Supremo Tribunal Federal possuem **efeito vinculante** em relação aos demais órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário, fazendo coisa julgada, e sendo de observância obrigatória para todos, não só o dispositivo, mas também os **fundamentos da decisão** ou *ratio decidendi*. Isso é o que vem sendo denominada **transcendência dos motivos determinantes da sentença**¹⁶ (LENZA, 2009, p. 207).

Luis Roberto Barroso explica que

[...] por essa linha de entendimento, tem sido reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir [...] (BARROSO, 2007, p.184)

Atualmente está havendo um grande debate na doutrina e no próprio STF sobre a aplicação dessa teoria ao controle difuso de constitucionalidade. Analisaremos a possibilidade ou não da aplicação da teoria dos motivos determinantes ao sistema difuso.

7.2 A abstrativização do controle difuso: possibilidade da aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença ao controle difuso de constitucionalidade

A partir de dois julgamentos no STF¹⁷, uma nova teoria vem ganhando força, encabeçada pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que pretende tornar os efeitos *inter partes* e *ex tunc* de uma declaração

15 Não fazem coisa julgada as sentenças em demandas cautelares, conforme se extrai do art. 810, do CPC, e, logicamente, desde que não haja decadência ou a prescrição. Outrossim, as decisões prolatadas em jurisdição voluntária também não produzem coisa julgada, pois podem ser alteradas se ocorrerem circunstâncias supervenientes, conforme o art. 1.111, do CPC.

16 Nesse sentido, STF-ADI 3.345/DF.

17 Os julgados são: STF-RE 197.917/SP e STF-HC 82959/SP

incidental de inconstitucionalidade, em efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, fazendo uma forte aproximação entre o controle de constitucionalidade difuso e o concentrado, a ponto de dispensar a participação do Senado Federal ou, pelo menos, restringi-la no controle difuso, indo de encontro ao texto expresso do art. 52, X, da Constituição. Trata-se da aplicação, em sede de controle difuso de constitucionalidade, da **teoria dos motivos determinantes da sentença**, podendo também ser denominada como **abstrativização do controle difuso** (DIDIER JR, 2006, p. 104).

Como vimos no item 2.4 deste artigo, há um mecanismo formal de alteração da Constituição através de processo legislativo que tenha higidez constitucional, que, se não for observado, ocasiona inconstitucionalidade formal de uma norma criada.

Por sua vez, discutimos a questão da **mutação constitucional** como sendo um processo **informal** de alteração da Constituição, o qual não altera o texto, mas sim o sentido da norma. Nessa perspectiva, essa teoria que aproxima o controle difuso ao concentrado, baseia-se no fenômeno da mutação constitucional para dizer que o papel atual do Senado Federal mudou em relação ao controle difuso de constitucionalidade.

No capítulo 2 deste artigo, vimos que para a doutrina e jurisprudência majoritárias, compete ao Senado Federal dar efeitos *erga omnes* a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declarada lei inconstitucional. Todavia, os defensores da teoria da abstrativização do controle difuso afirmam que agora o papel do SF é, tão-somente, dar publicidade às decisões do STF relacionadas ao controle incidental de constitucionalidade.

Será que essa é uma mutação sistematicamente constitucional? Ou seja, analisando-se a Constituição e os seus princípios de forma holística, e diante de um texto claro como o art. 52, X, da CF, é possível modificar o sentido de um texto de forma que as palavras e o novo significado fiquem completamente dissociados?

O ministro Gilmar Mendes, defendendo a abstrativização do controle difuso,

[...] reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa Legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso[...] (STF – Recl 5051/RJ, 20/03/2007, Rel. Min. CEZAR PELUSO)

Lenza aponta os principais argumentos sustentados pelos defensores desse novo posicionamento, como sendo: a força normativa da Constituição, o princípio da supremacia da constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários, o STF enquanto guardião e intérprete máximo da Constituição e a dimensão política de suas decisões (LENZA, 2009, p. 187). Outrossim, segundo a nova teoria, o novo papel do SF é somente o de dar publicidade às decisões do STF quando da prolação de sentenças em sede de controle difuso.

Contrário a tese de abstrativização do controle difuso, Lenza afirma que

*[...] muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante **sedutora, relevante e eficaz**, inclusive em termos de **economia processual**, de **efetividade do processo**, de **celeridade processual** (art. 5º, LXXVIII – **Reforma do Judiciário**) e de implementação do princípio da **força normativa da Constituição** (Konrad Hesse), parecem faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação. O **efeito erga omnes** da decisão foi previsto somente para o **controle concentrado** e para a **súmula vinculante** (EC. N. 45/2004) e, em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do **art. 52, X, da CF/88**, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal. (LENZA, 2009, p. 188)*

Se analisarmos sistematicamente a Constituição, perceberemos que a mutação constitucional do art. 52, X, da CF, proposta nos termos do atual entendimento do ministro Gilmar Mendes, reflete uma verdadeira afronta ao **princípio da separação dos Poderes** (art. 2º,

CF), uma vez que pretende suprimir atribuição **privativa** do Senado Federal através de uma modificação, descabida e irrazoável, do sentido de um texto tão claro quanto o do art. 52, X, afrontando, inclusive, o **sistema de freios e contrapesos**, essencial ao equilíbrio das relações entre os órgãos da República, e, destarte, hipertrofiando os poderes do Supremo e atrofiando os do Senado Federal sem a devida chancela do Poder Constituinte.

Outrossim, a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso, torna inócuo o rol de legitimados nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, pois, nesse caso, qualquer pessoa poderia ingressar com uma demanda no Poder Judiciário e obter uma decisão de mérito que expurgasse qualquer lei ou ato normativo do sistema jurídico, contrariando, assim, a estrutura do controle de constitucionalidade prevista na atual Constituição, e pior, sem a participação democrática dos outros Poderes da República, uma vez que essa alteração surgiria de uma interpretação unilateral do STF.

8 Conclusão

Data venia maxima aos entendimentos a favor, pensamos que, se for mantida a atual redação do art. 52, X, da CF, a teoria da abstrativização do controle difuso não deve prosperar, pois, apesar de a mutação constitucional ser uma técnica aplicada para manter uma norma atualizada, ela não pode simplesmente ignorar um texto expresso, não devendo atribuir novo sentido se a compreensão do texto assim não permitir. Princípios como o da unidade da Constituição e do efeito integrador reforçam a idéia de que a Lei Maior deve ser analisada com um todo para a manutenção do equilíbrio entre os três Poderes da República. Destarte, a modificação unilateral do sentido de um texto constitucional, especialmente aquele que diminua a participação de um Poder em situação tão especial quanto a do controle de constitucionalidade, interfere diretamente no princípio da separação

dos poderes e deve ser rechaçada com veemência.

Em face de todo o exposto nesse artigo, em nossa opinião, para que o SF deixe de ter participação ativa no controle de constitucionalidade, no sentido de atribuir efeitos *erga omnes* e *ex nunc* às decisões definitivas do STF em sede de controle difuso, deverá haver uma modificação **formal** da Lei Maior através de emenda constitucional, e não simplesmente uma **mutação constitucional**, pois do contrário haverá uma grande disparidade entre o texto da norma e o seu sentido, além de ser invadida a competência privativa de um dos Poderes da República.

The abstraction of effects of the declaration of unconstitutionality made by STF in diffuse control: changing constitutional systematically compatible or arbitrariness?

Abstract

This article discusses the theory of the STF regarding to diffuse control, of abstraction of diffuse control of leaving, only, in charge of the Senate, the constitutionality, which intends to give the role of giving publicity to the decisions of effect *erga omnes* to the decisions of the STF, going against the express text of the STF regarding to diffuse control. of the Constitution.

According to this theory, the art. 52, X, of the Constitution, would have suffered a constitutional mutation and passed to give effect similar like the concentrated control of constitutionality of decisions of the sentence.

Keywords: Control of constitutionality. Constitutional mutation. Transcendence of the reasons determining of the sentence

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. 1. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Portugal: Livraria Almedina, 1998.
- _____. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CAPELLETI, Mauro. **Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves;

Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. reimpr. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

DIDIER JR., Fredie. **Transformações do Recurso Extraordinário**. In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (Coordenadores). São Paulo: RT, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RUSSO, Luciana. **Direito constitucional**, 9. Fábio Vieira Figueiredo, Fernando F. Castellani, Marcelo Tadeu Cometti (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito Processual Civil**. v.3. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Normas para publicação de trabalhos

A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda – ESMAPE recebe trabalhos para serem analisados e, eventualmente, publicados na *Revista da ESMAPE*, que obedecem às exigências:

1 Da apresentação

1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados oralmente em congressos, seminários e eventos correlatos serão aceitos, desde que mencionem o evento em nota de rodapé.

1.2 Devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte times new Roman ou arial, tamanho 12, espaçamento 1½ entre linhas, vir acompanhados de cd-rom e duas cópias impressas. Não devem ser encadernados.

1.3 Conter no máximo 20 (vinte) laudas e as partes do trabalho serem subdivididas por numeração progressiva, conforme a ABNT/NBR-6024/2003, adotando-se algarismos arábicos. Os títulos das seções do trabalho devem ser alinhados na margem esquerda e não utilizar ponto ou hífen após o numeral, mas um espaço.

1.4 O trabalho deverá apresentar, logo após o título e subtítulo (se houver), o nome completo do autor, resumo curricular de, no máximo, 10 linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertence e exercício profissional atual.

2 Da estrutura do trabalho

O trabalho deverá obedecer à seguinte ordem:

I. Título e subtítulo(se houver)

II. Nome e titulação acadêmica

III. Resumo na língua vernáculo com até, no máximo, 250 palavras (NBR – 6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves, separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.

IV. Introdução

V. Desenvolvimento

VI. Conclusão

VII. Tradução do título do trabalho para a língua inglesa

VIII. Resumo na língua inglesa (abstract) com até, no máximo, 250 palavras (NBR–6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves (key-words), separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.

VIII. Referências – em ordem alfabética e normatizadas de acordo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT(NBR 6023/2002).

2.1 A *Revista da ESMAPE* adota para todas as subdivisões primárias e secundárias do trabalho o uso de negrito, utilizando-se as letras iniciais em maiúsculas, obedecendo às normas gramaticais.

2.2 Deve-se evitar o uso de negrito e sublinhado no corpo do trabalho. A *Revista da ESMAPE* adota o uso de negrito para destacar o título das obras citadas nas referências apresentadas no final do trabalho.

2.2 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho devem indicar a fonte e serem descritas de acordo a norma da ABNT (NBR 10520/2002). O autor poderá apresentar as citações no formato do sistema numérico (notas de rodapé) ou autor-data. Qualquer sistema escolhido deve ser usado em todo o trabalho.

2.2.1 De acordo com a NBR 10520/2002, toda a citação textual que ultrapassar três linhas deverá ser transcrita com recuo de parágrafo de, aproximadamente, 4 cm da margem esquerda, fonte 10, espaçamento simples, sem uso de aspas. Para destacar trechos da citação, usar negrito e a expressão – grifo nosso – entre parênteses. Deve-se evitar sublinhado e itálico (exceto para palavras estrangeiras).

2.2.2 O autor que adotar o sistema numérico (notas de rodapé), ao citar

uma obra pela primeira vez no trabalho, deverá apresentá-la com todos os dados identificadores: autor, título, edição, tradução, local, editora, data e página onde a citação se encontra na obra original.

2.2.3 O autor que adotar o sistema autor-data poderá utilizar o numérico apenas para notas explicativas sobre o texto.

2.3 A lista de referências no final do trabalho é obrigatória.

2.3.1 Orientações básicas para elaboração de referências

2.3.1.1 Livros (trabalho monográfico)

a) Livro considerado como um todo

SOBRENOME DO AUTOR ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do livro, subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplos:

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, procedimentos especiais**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.III, 486 p.

STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (Coord.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1 – parte geral, 2106 p.

b) Capítulo de livro

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O CAPÍTULO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do capítulo. In: **SOBRENOME DO AUTOR DO LIVRO**, prenome. Título do livro; subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplo:

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Poder e justiça. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Burueiri: Manole, 2005.

3 Notas

– Edição: quando o livro se trata da primeira edição, não é necessário citá-la na referência.

Use: 12. ed. Não use: 12º edição ou 12º ed.

– Livros escritos por mais de três autores: cita-se o primeiro autor seguido da expressão, em latim, “et al.”. Esta regra tem exceção em projetos de pesquisas e relatórios técnicos.

– Não use: “Referências Bibliográficas” para relação de livros consultados, incluindo trabalhos capturados na internet. Use: “Referências”.

2.3.1.2 Periódicos (revistas)

a) Periódico considerado como um todo

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a): ano de início da publicação – ano de encerramento (se houver).

Exemplos:

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, 1996-.

REVISTA BRASILEIRA DE GEOGRAFIA. Rio de Janeiro: IBGE, 1939- .

b) Parte do periódico (fascículos, volume, números especiais) – regra

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a), numeração do ano e/ou volume, número do fascículo, informações de períodos e datas de publicação.

Exemplo:

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, v. 10, n. 22, jul./dez. 2005.

c) Artigo de periódico

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O ARTIGO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do artigo. Título do periódico, local de publicação, numeração do ano e/ou volume, fascículo ou número, paginação inicial – paginação final, mês, ano de publicação.

Exemplos:

BARRETO, Ricardo Paes. Do não conhecimento dos aclaratórios meramente protelatórios por falta de adequação. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 1, n. 1, p.289-306, jun. 1996.

CARBONE, Artur; GALANTE, Luís Felipe. Delineamentos jurídicos sobre os contratos de utilização de embarcações. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a.1, n.4, p.27-48, 2000.

Obs.: Não é necessário citar o(a) editor(a) para referência de artigo e não se adota a expressão “In”.

d) Artigos capturados na internet – devem obedecer à regra de artigo, acrescidos de informações relativas à descrição física ou meio eletrônico.

RIBEIRO, P.S.G. **Adoção à brasileira**: uma análise sociojurídica. *Dataveni@*, São Paulo, a. 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em: <http://www.datavenia.inf.br/frame.artig.html>. Acesso em: 10 set. 1998.

4 Notas

– Para indicação do “mês”, use a grafia abreviada até a terceira letra, exceto o mês de maio. Ex.: jan., fev., mar., abr., maio, jun.

– Use “p.” para designação de página. Não use “pág.”

2.4 A última folha do trabalho deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail.

5 Das normas editoriais

3.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.

3.2 Não serão publicadas monografias, dissertações e teses na íntegra.

3.3 Na última página do seu artigo, o autor deverá informar seu endereço residencial, telefones e endereço eletrônico.

3.4 Será publicado apenas um trabalho por autor em uma mesma edição.

3.5 Em seguida ao processo seletivo, o autor que tiver seu trabalho selecionado para publicação deverá comparecer à sede da ESMape para revisá-lo, já no formato diagramado, e autorizar sua impressão.

3.6 O autor receberá dois exemplares da Revista da ESMape, edição que contou com sua colaboração.

3.7 Os artigos publicados podem ser reproduzidos total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citados o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.

3.8 A seleção dos trabalhos é de competência do Conselho Editorial.

3.9 Os originais selecionados poderão ser submetidos à correção

ortográfica e gramatical. Serão apreciados também pela Coordenação Técnica e Editorial, podendo ser adequados, caso haja necessidade, às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a fim de obedecer à padronização e à linha editorial da Revista.

3.10 Os trabalhos recebidos não serão devolvidos.

3.11 A Revista da ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressarão, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

3.12 Toda a colaboração deverá ser remetida para:

Escola Superior da Magistratura de Pernambuco
Revista da ESMape – Conselho Editorial – Biblioteca
Rua Imperador Pedro II, nº 221 – Santo Antônio – Recife – PE
CEP 50.010-240
biblioteca@esmape.com.br



Rua Imperador Pedro II, 221

Santo Antônio - Recife - PE | CEP: 50010-240

Fone: (81) 3224.0086

www.esmape.com.br

