

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 9 - nº 1 - Tomo II (M/Y) - jul.-dez. 2017

Elaborado no 1º Semestre 2017





REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 9 - nº1 - Tomo II (M/Y) - jul.-dez. 2017



Elaborado no 1º Semestre 2017



© 2018 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ é uma revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . - v.

Semestral

ISSN 2179-8575

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

Rua Dom Manuel 25 - Centro - Telefone: (21) 3133-3400

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br



EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ
1º Semestre de 2017

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Ana Cristina Sargentelli Porto

Diretor do Departamento de Ensino (DENSE)

José Renato Teixeira Videira

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/DIBIB - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Néli Luiza Cavalieri Fetzner
- Nelson Carlos Tavares Junior



Marcio Ricci Barbosa

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NOS TESTES DE ALCOOLEMIA EFETUADOS NOS CONDUTORES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES 607

Maria Andréa Garcez Castello Siqueira

DA VIABILIDADE DO ACESSO DO CIDADÃO ECONOMICAMENTE HIPOSSUFICIENTE AOS MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS À SUA SAÚDE POR MEIO DO PODER JUDICIÁRIO 623

Maria Clara dos Santos e Silva

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E BANCO DE DADOS GENÉTICOS 638

Maria Luiza Lopes Pinto

CONCURSO PÚBLICO - INVESTIGAÇÃO SOCIAL - CONTROVÉRSIAS 656

Mariana Boechat da Costa

PRESENÇA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR..... 670

Maurício de Andrade Travassos Neto

EQUIPARAÇÃO DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À DO CÔNJUGE: ANÁLISE CRÍTICA DAS TESES DE REPERCUSSÃO GERAL 498 E 809 686

Nathalia Moreira de Abreu Machado

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE CONSENTIMENTO DE USO DE BEM PÚBLICO 699

Nathália Teixeira Lavouras

RELEITURA DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL SOB PRISMA DO SISTEMA ACUSATÓRIO..... 715



Nathassia Lima Ramos Pinho da Silva

O ATIVISMO JUDICIAL E AS IMPLICAÇÕES DA FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... 731

Nathiele Pereira Ribeiro

A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS CARGOS PÚBLICOS..... 747

Patrícia Nogueira Rodrigues

PERDA DE NACIONALIDADE E (IM)POSSIBILIDADE DE EXTRADIÇÃO DE BRASILEIRO NATO 764

Paula Domingues de Almeida - A PROBLEMÁTICA DA IGUALDADE JURÍDICA NO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NAS EXECUÇÕES FISCAIS: PLANOS HORIZONTAL E VERTICAL 781

Pedro Antonio Adorno Bandeira Assumpção

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A EQUIPARAÇÃO AO DOLO EVENTUAL 798

Pedro da Cal da Costa Ferreira

PROVA PENAL: O REFLEXO DAS FALSAS MEMÓRIAS NA PRODUÇÃO DAS PROVAS TESTEMUNHAIS NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL 814

Pedro Henrique Lamy Basilio

LEI GERAL DA COPA E ESTADO DE EXCEÇÃO: A VENDA DE MEIA-ENTRADA E DE BEBIDAS ALCOÓLICAS NA COPA DO MUNDO DE 2014 829

Rafael Frias Cabral de Moraes Reis

O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO, REPRESENTATIVO E ILUMINISTA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS: CASOS REPRESENTATIVOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF 843

Raianne Galiza Marcolino dos Santos - O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO 860

Raphael Alves Oldenburg

PROCESSUALIDADE PARTICIPATIVA: O DEVIDO PROCESSO LEGAL DEMOCRÁTICO E A FORMAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS 875



Renan de Freitas Ongaratto

LIMITES DE SINDICABILIDADE DA VALORAÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONCEITOS INDETERMINADOS: A PUBLICIDADE NA LEI DE PREGÃO..... 888

Renata Maria Nascimento da Gama

A DELAÇÃO APÓCRIFA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS LIMITES CONSTITUCIONAIS À VEDAÇÃO AO ANONIMATO 904

Renata Miranda de Mello Silveira

DA POSSIBILIDADE OU NÃO DE EXCLUSÃO DO CONDÔMINO ANTISOCIAL PELO USO ANORMAL DA PROPRIEDADE 922

Ricardo Duarte Ferreira Figueira - APLICAÇÃO DAS REGRAS DE COMPLIANCE DA LEI ANTICORRUPÇÃO NO ÂMBITO DO SETOR PÚBLICO 936

Samantha Negris de Souza

UM NOVO OLHAR SOBRE O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO FONTE AUTÔNOMA DE OBRIGAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 951

Samara Abrão Vieira da Silva

COMÉRCIO ELETRÔNICO: O CONJUNTO PRINCIPOLÓGICO QUE NORTEIA O COMÉRCIO ELETRÔNICO EM COMPRAS COLETIVAS..... 968

Simone Guimarães Costa

LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE POR MEIO DE APACS INSTITUIDAS POR DECRETO DO EXECUTIVO: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL..... 985

Tatiana Maynarde Oliveira

A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DA INATIVIDADE PARLAMENTAR 1001

Thais Carvalho Kronemberger

A DESCRIMINALIZAÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA 1015



Vanessa Corrêa Braga de Abreu

OS NOVOS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ NA APRECIÇÃO DA PROVA APÓS A RETIRADA DO TERMO “LIVREMENTE” DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 1031

Vanessa Oliveira da Silva

IMPACTOS NA DECISÃO DO STF NA ADPF 54 NO ABORTO HUMANITÁRIO 1045

Verna Lorena Milho Guedes

ATIVISMO JUDICIAL INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMO FORMA DE GARANTIA DO ACESSO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO 1058

Vinicius Ferreira Santos

DIREITO DA INFRAESTRUTURA NO BRASIL: A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E AS NOVAS GARANTIAS AOS PARTICIPANTES DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NO BRASIL 1072

Vivian Silva de Sousa

DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO POLÍTICO -IDEOLÓGICO SUSTENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL 1087

William Jorge Dobbin Mendes

OS EFEITOS DA MODULAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 1104

Yan Monteiro Chaves

LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO: POSSIBILIDADE DE EDIÇÃO DE DECISÕES ADITIVAS E O FUTURO DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1119

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NOS TESTES DE ALCOOLEMIA EFETUADOS NOS CONDUTORES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

Marcio Ricci Barbosa

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo: o princípio *nemo tenetur delinquere* nos testes de alcoolemia descritos no Código de Trânsito Brasileiro, deve ser observado com base na proteção que esse princípio tem no direito pátrio, o princípio está amparado pela Constituição brasileira, por tratados internacionais que foram ratificados pelo Brasil e por legislação infraconstitucional como o Código de Processo Penal. O acusado, nos dias atuais, deve ser tratado como sujeito de direitos e com base nesse entendimento, não deve ser compelido a colaborar com o Estado a produzir provas contra si próprio. O escopo do trabalho é analisar a evolução histórica do princípio, verificar a disposição do princípio na legislação brasileira e por derradeiro a exigência do teste e o princípio da não autoincriminação.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Penal. *Nemo tenetur se delinquere*. Alcoolemia.

Sumário: Introdução. 1. Origem histórica do princípio da não autoincriminação em relação às provas no processo penal. 2. O princípio da não autoincriminação no ordenamento jurídico brasileiro. 3. A exigência do teste de alcoolemia e o princípio da não autoincriminação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o direito que todo indivíduo tem de se manter em silêncio nos crimes de trânsito ligados à ingestão de substâncias psicoativas usadas por condutores de veículo automotor, o qual é amparado pelo princípio *nemo tenetur se delinquere*, em que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, assegurado na Constituição Federal, tratados internacionais ratificados pelo Brasil e por legislação infraconstitucional. O debate tem como foco a ponderação dos limites entre a proteção do direito do cidadão, que visa a tutelar os direitos individuais garantindo a dignidade da pessoa humana, mas sem abrir mão da tutela coletiva que é feita pelas fiscalizações que visam a coibir a conduta das pessoas em conduzir veículos sob os efeitos de substâncias psicoativas, quando conjugado com a direção de um autômvel.

Para tanto, serão abordadas posições doutrinárias a respeito do tema, visando compreender os limites nas buscas das provas em uma fiscalização de trânsito bem como o posicionamento sobre o tema.



A Constituição Federal brasileira estabelece o direito do acusado se manter calado e de não produzir provas contra si mesmo. Essa foi uma importante garantia trazida pelo constituinte de 1988, haja vista que antes da promulgação de nossa Carta Magna o Brasil passou por momentos difíceis de grandes restrições em relações as liberdades individuais.

O tema em questão é controvertido e gera diversas convicções a respeito do que seja justo e adequado na busca de provas para a responsabilização do condutor. Nesse sentido, faz-se necessário abordar quais os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais do arcabouço jurídico brasileiro que estão à disposição para a proteção desse princípio garantidor de possíveis arbitrariedades que possam ocorrer por parte do Estado, nas fiscalizações e nas intervenções junto aos cidadãos condutores de veículos automotores.

Para uma melhor compreensão do tema abordado, busca-se apresentar o conceito originário *nemo tenetur se detegere* ao longo do tempo e que permitiu a Constituição reproduzir esse princípio de forma expressa e de tutelar a preservação do acusado de um delito, sem abrir mão da fiscalização preventiva que é necessária para reduzir os danos causados com a prática da condução de um veículo aliado a ingestão de álcool e outras substâncias psicoativas.

No primeiro capítulo será abordada a evolução histórica do princípio *nemo tenetur se detegere* e seus desdobramentos, as práticas adotadas pelo Estado para obtenção das provas no Processo Penal ao longo de diversos momentos da humanidade e as transformações até os dias atuais.

O segundo capítulo tratará da localização do princípio no ordenamento jurídico brasileiro, iniciando pela Constituição e seus desdobramentos pelo ordenamento infraconstitucional.

O terceiro capítulo irá abordar as exigências do teste de alcoolemia para os condutores de veículos automotores em relação ao princípio da não autoincriminação.

O objetivo do trabalho é demonstrar que é importante garantir a tutela da coletividade, evitando assim mortes, lesões e altos custos hospitalares para as vítimas dos acidentes de trânsito, mas sem que para isso, ponha-se a perder o que foi conquistado pela sociedade no que tange a garantias individuais. O direito da acusação à prova de um delito deve ter limites, com fundamentos na dignidade da pessoa humana, principalmente no estágio de desenvolvimento em que se encontra a sociedade. Não há dúvidas de que certos procedimentos no intuito de extrair a verdade, são atentatórios à dignidade do indivíduo.

Não há dúvidas de que nos dias atuais, após tantas arbitrariedades cometidas com o indivíduo em um passado recente na humanidade, é preciso de dispositivos positivados para a

garantia da manutenção da dignidade da pessoa humana, e de fato o princípio *nemo tenetur se detegere* é um grande avanço na busca da proteção dos direitos individuais. O que se deve ponderar, é que nenhuma flexibilidade nesta proteção traga uma maior impunidade e uma sensação de insegurança pela coletividade.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória, qualitativa, e histórica, visando sopesar a viabilidade da proposta em questão.

1. ORIGEM HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO EM RELAÇÃO ÀS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Inicialmente, para um melhor entendimento a respeito do tema abordado, faz-se necessário apresentar um panorama histórico sobre a vedação à autoincriminação, que está amparada pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, e que em sua tradução literal quer dizer: ninguém é obrigado a se descobrir. Esse princípio garante, dentro de um estado democrático de direito ao acusado, conforme os ensinamentos de Maria Elizabeth Queijo, o respeito à dignidade, a intimidade, a liberdade moral e a intangibilidade corporal, visando ao alcance das provas de sua possível culpabilidade sem a cooperação do próprio indivíduo, pois o acusado não está obrigado a descobrir-se, cabendo ao Estado a produção destas provas. Esse princípio também pode ser conhecido por outras variações tais como: *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare*, *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *nemo iustus contra se ipsum*¹ na atualidade, modernamente no direito anglo-americano é conhecido com a nomenclatura *privilegium against self – incrimination*.

Conforme descrição cronológica de Maria Elizabeth Queijo acerca do princípio *nemo tenetur se detegere*², essa vai em momentos remotos da história para buscar com maior precisão possível o início do referido princípio no processo do desenvolvimento civilizatório. Dessa forma, a autora inicia a sua busca na antiguidade citando o código de Hamurabi³, que mesmo não tendo uma previsão à época de interrogatório, o acusado poderia ter colhida a sua oitiva sob juramento, mas somente quando não houvesse outra prova, de cunho testemunhal ou documental, ou se o acusado não se encontrasse em flagrante delito.

¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25-28.

² QUEIJO, op. cit., p. 25

³ FINHEIRO, Ralph Lopes. *História Essencial do Direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Thes, 1997, p. 41



Nas leis de Maim⁴, diferente do procedimento supracitado, não era permitido que o acusado se quedasse calado ou mentisse. Caso o acusado se comportasse de tal forma seria considerado culpado. Ele prestava juramento, logo deveria comprometer-se a falar a verdade.

No Egito admitia-se interrogatório aos tribunais ordinários, mas era permitido a tortura com submissão a juramento. No direito hebreu admitia-se o interrogatório do acusado, sem juramento como uma regra estabelecida. A confissão era tida como uma aberração da natureza ou uma manifestação de um estado de loucura.

Nas civilizações clássicas, tomando como exemplo a Grécia e Roma, não se aplicava o princípio *nemo tenetur se detegere*. Ademais, ressalta-se que a tortura era usada no interrogatório como forma de confissão do acusado pelo eventual crime cometido e, se possível, a delação de cúmplices.

Na idade média, não havia espaço para a aplicação do *nemo tenetur se detegere*. O interrogatório do acusado era utilizado como meio de se obter a confissão para extração de provas. Com esse tipo de procedimento adotado, a tendência era a busca da prova pelo Estado por meio do acusado ou com a sua cooperação. A verdade, arrancada do acusado, era o ponto alto no procedimento do Processo Penal à época, sendo a confissão a prova máxima a ser obtida. Com base nesse sistema aplicado nesse período, os bárbaros, invasores do Império Romano, que tinham como método o emprego das ordálias, prova judiciária usada para determinar a culpa ou a inocência do acusado por meio da participação de elementos da natureza e cujo resultado é interpretado como um juízo divino, não restava ao acusado chances para que fizesse uso do princípio *nemo tenetur se detegere*. Para o Estado o interrogatório era um meio para se obter a prova pretendida no processo.

O processo inquisitório da Idade Média tinha-se a prévia convicção a respeito da culpa do acusado. A tortura era a forma instrumentalizada para se obter a certeza dessa culpa por meio da confissão extirpada do acusado. No interrogatório, era obtido o dever de se dizer a verdade. Essa sociedade entendia que o interrogatório seria uma espécie de meio de prova e não meio de defesa como temos hodiernamente. Por isso, não era permitido o direito ao silêncio aplicado na atualidade.

Com a entrada da Idade Moderna e da Idade Contemporânea, mais especificamente no período do movimento Iluminista no século XVIII, é que o princípio *nemo tenetur se detegere*

⁴QUEIRO, op. cit., p. 47.



ganhou força, tornando-se associado ao interrogatório, já que esse momento da história foi pro-
pício por ser marcado pelo desenvolvimento e o reconhecimento das garantias penais e proces-
sual penais à época. O princípio *nemo tenetur se detegere* ganha uma nova dimensão no que
se refere à proteção do acusado no interrogatório, sendo um grande avanço histórico, permiti-
ndo, nesse período da história, que se inaugurasse o direito do acusado de não ser visto no
procedimento do interrogatório como um mero objeto de provas na mão do Estado.

Ainda que no período do Iluminismo tenha ocorrido um início da aplicação do princí-
pio do *nemo tenetur se detegere*, com o combate ao emprego da tortura do juramento imposto
ao acusado, considerando imoral tais artifícios para a obtenção da confissão e consequente-
mente a autoincriminação, ainda estava longe de ser esse novo entendimento pacificado.

Como exemplo da contradição em relação à aceitação plena do princípio, temos Bec-
caria, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, ainda que nesse momento da história fique eviden-
ciada uma transição em relação ao desenvolvimento do procedimento instrutório. Por conse-
quente, observa-se de forma remanescente traços inquisitoriais fortes, pois apesar de refutar
veementemente a tortura e qualquer outro meio incisivo e degradante da dignidade da pessoa
humana, o autor em questão, de uma firma antagônica, defendia a aplicação de penas graves
fixadas em lei.⁵

Na Inglaterra, mais especificamente nas cortes eclesiásticas, teve origem o *nemo tenetur
prodere se ipsum no ius commune* no período final da Idade Média. Nesse momento da
história, não pairavam dúvidas em relação ao reconhecimento da vedação à autoincriminação
como uma proteção ao acusado. O entendimento acerca do princípio era de que o ser humano
não poderia ser forçado a servir de fonte de dados na persecução em que ele próprio era sub-
metido. A positivação dessa proteção estava estampada no manual processual do *ius commune*,
o *Speculum iudiciale*, feito por William Durantis, em 1226, que tinha a representação pela pre-
missa *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* que queria dizer que ninguém poderia servir
de testemunha contra si mesmo, já que a pessoa do acusado não estaria obrigado a desnudar a
sua própria vergonha. Esse princípio foi albergado pelos manuais de Processo Penal europeus
dos séculos XVI e XVII. Com base nesse entendimento principiológico, o conceito era de os
hominis só deveriam desnudar suas faltas e crimes cometidos somente a Deus e para mais nin-
guém.⁶

⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lúcia Guadagnini. Alessandro Berti Cortese. Revi-
são de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 69-75.

⁶ QUEIRO, op. cit., p. 36.



Neste período, havia uma dicotomia, pois o princípio *nemo tenetur se detegere* não era visto como um direito fundamental, mas sim como uma proteção que o acusado tinha frente às intromissões que o Estado poderia praticar em sua intimidade, podendo o indivíduo fazer uso de tal princípio, o que não se revelava igual quando se tratava do foro interno, mais especificamente no tocante a esfera espiritual, pois nesse sentido o indivíduo tinha um vínculo direto com a divindade, tendo a obrigação de desmudar-se revelando as suas faltas cometidas.

Contudo, a aplicação desse princípio dentro desse contexto, só tinha aplicação quando o crime não era de conhecimento público, caso contrário a aplicação do princípio não era permitida, evitando que os julgadores pudessem lançar mão de investigações abstratas da vida do investigado, com isso tinha-se a vedação à prática de *fishing expeditions*.

A instabilidade do princípio nesse período advinha das exceções que se aplicava à utilização desse mecanismo, o que conferia uma limitação como no caso de acusação de crimes de heresia, já que a gravidade da ofensa dava azo para se exigir perguntas formuladas ao acusado, o que poderia implicar em uma pergunta que eventualmente incriminasse o indivíduo. As perguntas que poderiam incriminar o acusado, tinham o objetivo único e exclusivo de restaurá-lo espiritualmente, podendo temporariamente o indivíduo não ser punido, o que não era regra, pois em alguns casos a corte tinha poder para prender e punir corporalmente o acusado.

No mesmo período na Inglaterra, nas cortes de *common law*, o autor Helmholtz descreve as origens do princípio *privilege against self-incrimination* após a criação dos advogados de defesa, já que até então no período do século XVI, o acusado não tinha uma defesa constituída, ou seja, o próprio acusado que fazia sua autodefesa, devendo responder às acusações feitas contra ele mesmo. Dessa forma, significa dizer que se o acusado não falasse por si, ninguém sairia em sua defesa técnica, o que automaticamente configuraria uma autoacusação. A partir de 1696, a proibição em constituir uma defesa técnica foi perdendo forças, o que foi de suma importância para que o acusado tivesse a possibilidade de silenciar-se permitindo a sua defesa por advogados que traziam para o processo testes defensivos e testemunhas para depor sobre os fatos. Em 1730, finalmente a citada constituição de defesa técnica consolidou-se, contribuindo historicamente com a concretização da aplicação do princípio.

O princípio *privilege against self-incrimination*⁷ não foi imediatamente reconhecido como um direito autônomo, mas sim como parte de um conjunto de garantias, mesmo que o

⁷ QUEIRO, *op. cit.*, p. 44.



direito de ser representado por defensores técnicos ainda não estivesse sendo aplicado nesse período, o princípio já era utilizado nas chamadas autos-defesas.

Na sequência evolutiva do princípio *privilege against self-incrimination*, no século XIX na Inglaterra, o princípio tornou-se mais eficaz, permitindo o direito ao silêncio de acusados e testemunhas e ampliou a sua aplicação com a introdução de outros princípios como *witness privilege*, *confession rule* e também o *disqualification for interest*. A partir dessa interação dos princípios supramencionados, o *privilege against self-incrimination* se desenvolveu de forma mais plena, passando a ter a sua aplicação respeitando o direito ao silêncio do acusado.

Nos Estados Unidos, o desenvolvimento do princípio ocorreu com a aplicação pela Suprema Corte, na Pensilvânia em 1881, no *leading case*⁸ americano *Houstan v. Kaufman*, ficando demonstrada a utilização de outras garantias como *witness privilege* e a *confession rule*.

No século XX, nos Estados Unidos, seguindo a evolução do princípio, em outro *leading case* intitulado de *Miranda v. Arizona*, a Corte Americana, delimitou os limites da atuação do Estado em relação aos métodos aplicados aos indivíduos no processo investigatório, destacando que o Estado é que tem que produzir as provas de forma autônoma, sem impor que o acusado seja obrigado a contribuir com informações que o leve a se autoincriminar.

Na idade contemporânea, em 1948, no pós-guerra, a Assembleia Geral das Nações Unidas ao aprovar a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹, permitiu que ocorresse uma regulação dos direitos do homem, principalmente após graves desrespeitos à dignidade da pessoa humana ocorridos durante a Segunda grande Guerra Mundial. Com base na promulgação desse diploma, o ser humano deixou a condição de objeto de direitos passando a sujeito de direitos, o que propiciou uma grande mudança mundial neste setor o que ampliou os direitos e garantias, entre eles, a presunção de inocência e o afastamento da prática de tortura. Embora o princípio *nemo tenetur se detegere* não tenha sido mencionado nesse artigo, foi um passo importante para a tutela dos direitos do ser humano.

Outro diploma internacional importante na busca dos direitos do homem foi o Pacto de São José da Costa Rica¹⁰ de 1969, em que o princípio *nemo tenetur se detegere* foi positivado em seu artigo 8º, parágrafo 2º, alínea "g", que determina que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se declarar culpado. O Brasil participou dessa conferência e se comprometeu

⁸ QUEIRO, op. cit., p. 49.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 50.



a pôr em prática os direitos nela positivado, ratificando o Tratado e incorporando no direito pátrio por meio do Decreto-lei 678/92.

No ano de 1976, passou a vigorar o Pacto internacional sobre Direitos Civil e Políticos, que foi abarcado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, determinando que todo aquele que for acusado de um crime não é obrigado a depor contra si mesmo e nem de se confessar culpado, garantia esta descrita no artigo 14, parágrafo 3º, alínea “g”, do diploma mencionado.

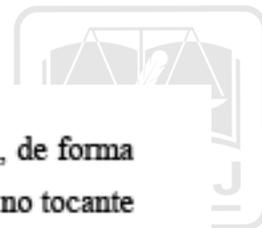
Modernamente, o princípio *nemo tenetur se detegere* atingiu uma posição de garantia no Processo Penal, resguardando dessa forma a liberdade moral do acusado para que o mesmo decida se quer cooperar conscientemente com os órgãos estatais de investigação ou se prefere se manter em silêncio e deixar a cargo do Estado, o qual tem uma posição de hipersuficiência sobre o indivíduo, buscar por conta própria as provas que possam incriminar o acusado.

2. O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, cabe salientar que o princípio *nemo tenetur se detegere* está na seara do Direito Processual Penal de forma a tutelar o direito que todo acusado tem, pessoa física ou jurídica, de não produzir provas contra si mesmo. Dessa forma, busca-se tutelar o instinto de preservação que o ser humano possui de salvaguardar a sua liberdade e de rechaçar as acusações que lhes são imputadas, servindo como garantia de possíveis arbitrariedades cometidas por parte do Estado, cabendo ao acusador o ônus de comprovar o dolo ou a culpa do acusado.

A criação e o desenvolvimento do princípio *nemo tenetur se detegere*, que visa ao direito do ser humano não se autoincriminar, teve suas origens na Inglaterra e está intimamente ligado com a oposição entre os sistemas acusatório e inquisitório, materializados nos tribunais da *common law*, de um lado, e de outro lado, nos tribunais eclesiásticos. Enquanto nos primeiros havia confiança nas provas independentes, aqueles últimos se firmavam principalmente na confissão, o que acabou gerando as arbitrariedades que a humanidade presenciou.¹¹

¹¹SOUZA, Diego Bruno Cardoso De. *O Princípio da não Auto-Incriminação*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-nao-auto-incriminacao,42599.html>>. Acesso em: 14/04/2017.



No Brasil, o princípio figurou pela primeira vez com status constitucional, de forma expressa no texto de nossa Carta Magna de 1988, que em seu art. 5º, inciso LXIII¹², no tocante às garantias fundamentais e dispondo da seguinte maneira: “o preso será informado dos seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado.”

O pacto de São José da Costa Rica¹³ foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Lei 678/92, sendo considerado norma supralegal independente de sua ratificação, pois os direitos tutelados nesse documento versam sobre direitos humanos. Na legislação infra-constitucional está positivada no artigo 186 do Código de Processo Penal¹⁴, trazendo para a referida lei ordinária a mencionada garantia ao acusado.

Os direitos fundamentais, que funcionam como um sistema de freios e contrapesos, evidenciam na atualidade um traço principiológico. Dessa forma, esses direitos não são absolutos, tendo como limites outros direitos abarcados na Carta Magna de 1988¹⁵.

Conforme o autor Sylvio Malta¹⁶, no período atual, bem mais que em outros períodos da história, tanto na seara jurídica, quanto na seara das conquistas sociais, existe uma maior preocupação com a formulação dos direitos humanos, principalmente em países de baixo desenvolvimento, em especial o combate à miséria e à marginalização social.

Com base nesse axioma, existe uma tendência do surgimento de novas classificações, com uma expansão do conceito dos direitos fundamentais, surgindo novas gerações de direitos, que tentam se firmar como firmas de efetivação de garantias constitucionais. Tais garantias constitucionais tendem a buscar a solidariedade, consolidando dessa forma os ideais da Revolução Francesa: liberdade, direito de primeira geração, igualdade, direito de segunda geração e fraternidade, direito de terceira geração.

Como no texto supracitado, além das três clássicas gerações dos direitos fundamentais, a doutrina vem trazendo grande contribuição para o debate jurídico, ampliando positivamente

¹² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.

¹³ *Idem*. Decreto n. 678 de 06 de novembro 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/innom/und678-92.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2017.

¹⁴ *Idem*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.

¹⁵ Vide nota 08.

¹⁶ MALTA, Sylvio. *Dirigido constitucional*. São Paulo: Método, 2015, p. 166-169.



a visão clássica, encontrando um caminho evolutivo para a inclusão de outras gerações, abrangendo ainda mais direitos fundamentais para o ser humano.

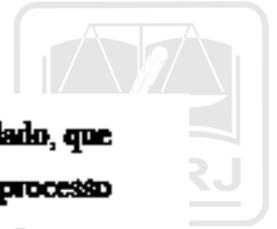
Os direitos fundamentais de primeira geração tutelam os direitos individuais que consagram as liberdades individuais, impondo um limite ao poder de legislar do Estado. Os direitos fundamentais de segunda geração regem os direitos sociais, culturais e econômicos decorrentes dos direitos de primeira geração e exigindo do Estado uma conduta de forma mais ativa, com fulcro em promover um maior número de ações afirmativas. Os direitos fundamentais de terceira geração são direitos fundamentais voltados para o destino da humanidade, principalmente com foco na proteção do meio ambiente, no desenvolvimento econômico e na defesa do consumidor, ligados a um profundo humanismo e ao ideal da promoção de uma sociedade mais justa e solidária.

Atualmente, parte da doutrina vem acrescentando outros direitos complementando a visão clássica supracitada, surgindo então os direitos fundamentais de quarta geração, que são direitos fundamentais relativos à manipulação genética, com relação a áreas da biotecnologia e à bioengenharia, tratando de discussões sobre a vida e a morte. Derradeiramente, os direitos fundamentais de quinta geração são relativos a direitos da esfera da realidade virtual, trazendo uma preocupação referente aos dispositivos constitucionais como proteções para abarcar demandas em função do desenvolvimento da cibernética.

Desta forma, o princípio *non tenetur se detegere* se enquadra como um direito fundamental subjetivo que tem como fim tutelar aqueles que estejam respondendo a uma confissão arbitrária, cantado por um inquérito no âmbito penal, criando uma limitação no *ius puniendi* estatal, além de gerar ônus da prova de todas as alegações feitas por parte do Estado em uma persecução contra o acusado. Sendo assim, preserva-se o princípio da igualdade que combinado com o princípio da não autoincriminação, traz uma equidade à relação entre o acusado e o Estado, já que este possui uma imponência frente ao acusado, trazendo também uma maior amplitude a outro princípio importante que é o da ampla defesa, diminuindo assim cada vez mais a possibilidade de cometimento de arbitrariedades por parte do Estado em busca de uma verdade a qualquer custo.

A Carta Política de 1988¹⁷, dispõe sobre direitos e garantias fundamentais, descritos no título II, capítulo I, abrangendo direitos e obrigações tanto individuais quanto coletivos, tutelando a todos os indivíduos incluindo os estrangeiros que não residam no país, pela força do

¹⁷ Vide nota 8.



princípio da isonomia, garantindo assim os direitos à ampla defesa, de permanecer calado, que é o escopo do trabalho em análise, o princípio da presunção de inocência e o devido processo legal. Todos estes dispositivos visam a trazer para o indivíduo direitos e garantias que formam uma teia de proteção do indivíduo - que pretendem garantir um outro princípio importante previsto na Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme descrito por Aury Lopes Junior¹⁸, ao assegurar o direito de silenciar sem qualquer ressalva constitucional e também na Convenção Americana de Direitos Humanos, por interpretação jurídica, o sistema interno não pode atribuir ao seu exercício nenhum prejuízo ao acusado. Com base nisso, o artigo 186, do Código de Processo Penal¹⁹, ainda que com um reconhecido atraso, passou a ter a seguinte redação para permitir a adequação do princípio *nemo tenetur se detegere* ao ordenamento ordinário infraconstitucional:

O direito de se manter em silêncio por parte do acusado, sujeito passivo na relação com o Estado acusador, também gerou alterações no comportamento do próprio Estado, tanto por parte da autoridade policial quanto na judicial, em sua função ativa de acusar, pois nasce para estes o dever de informar ao acusado, sujeito passivo e hipostuficiente nesta relação em que não há a obrigação em responder aos questionamentos. O silêncio do acusado constitui um direito necessário para informar as dimensões de suas garantias. Desta maneira, nasce para a autoridade estatal acusadora a obrigação de informar, sob pena de ter os atos invalidados por uma nulidade com fulcro em uma mácula de uma garantia constitucional.

O princípio *nemo tenetur se detegere* vem ao longo do tempo ganhando cada vez mais força e se expandindo no ordenamento pátrio, pois o indivíduo não pode ser constrangido a declarar ou a participar de qualquer atividade que venha a lesar a sua defesa, como no caso da reprodução simulada do crime.

Especificamente no que tange ao exame de alcoolemia, popularmente conhecido como teste do bafômetro, a Lei n. 11.705/08²⁰, alterada pela Lei n. 12.760/12²¹, alterou a Lei n. 9.503 de 23 de setembro de 1997, Código de Trânsito Brasileiro²², instituindo a tolerância zero aos

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 655-657.

¹⁹ Vide nota 10.

²⁰ BRASIL. Lei n. 11.705 de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11705.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.

²¹ BRASIL. Lei n. 12.760 de 20 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12760.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.

²² Idem. Lei n. 9.503 de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.



condutores de veículo automotor sob a influência de substâncias psicoativas, foi de fundamental importância para aumentar a fiscalização tanto na esfera penal quanto na esfera administrativa.

3. A EXIGÊNCIA DO TESTE DE ALCOOLEMIA E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Com o aumento das estatísticas referentes aos acidentes ocorridos por condutores de veículos automotores sob os efeitos de substâncias psicoativas, em especial o álcool, a legislação brasileira foi alterada para aumentar a rigidez na fiscalização dos condutores que conjugam a prática da direção de veículos com ingestão de tais substâncias.

Anteriormente à criação da legislação denominada Lei Seca, o Código de Trânsito Brasileiro²³ previa penalidades administrativas, bem como formas de comprovação de embriaguez na direção de veículo automotor.

Se por um lado as alterações na lei aumentaram a fiscalização e a diminuição de acidentes, por outro lado trouxe um dilema para a comunidade jurídica: o direito de não se autoincriminar é um direito absoluto ou se pode ser flexibilizado com vistas a atender à demanda da sociedade para reduzir os danos provocados por um condutor sob os efeitos das substâncias psicoativas.

A Carta Magna brasileira, como pilar do ordenamento jurídico pátrio, traz em seu texto de forma expressa as garantias e direitos do indivíduo que, dentre os direitos assegurados, é garantida a presunção de inocência e o devido processo legal, ambos da Constituição Federal²⁴. Dessa forma, uma possível busca de uma culpabilidade em fiscalizações de trânsito em que se utilize o teste de alcoolemia com o etilômetro, deverá ser obtida por meios que não se presume a culpabilidade do condutor e muito menos que se faça com que o próprio condutor se submeta ao exame visando a uma auto colaboração em auxiliar o Estado na busca de provas que o incrimine. Permitir um procedimento deste, iria de encontro com o princípio *nemo tenetur se detegere* previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Com base nas proteções supracitadas, Maria Elizabeth Queijo²⁵ entende que, por se tratar de direito fundamental, o princípio *nemo tenetur se detegere* foi reproduzido em diplomas

²³ Vide nota 17.

²⁴ Vide nota 8.

²⁵ QUEIJO, op. cit., p. 79-80.

que tratam sobre direitos humanos. Assim sendo, este princípio previsto no artigo 14, n. 3, alínea g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁶ adotado pela Assembleia geral das Nações Unidas, e também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁷, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em seu art. 8, parágrafo 2º, alínea g, foram ratificados pelo Brasil, fortalecendo ainda mais o arcabouço jurídico em torno do princípio da não autoincriminação.

Com base nesta dicotomia entre fiscalizar e buscar de forma ativa e persuasiva as provas a qualquer custo por parte do Estado, inclusive com a contribuição do próprio indivíduo condutor do veículo, deverá ser prestigiado o princípio da não autoincriminação em detrimento de lançar mão da verificação por meios de exames com a coparticipação do condutor, por se tratar de garantia constitucional amparada também por tratados internacionais.

Além disso, a legislação de trânsito, em seu art. 277²⁸, possuiu outras formas de penalização para a recusa de se submeter à realização do exame com o etilômetro, e o § 2º ainda foi alterado para que se permita que o condutor que tiver cometido a infração prevista no artigo 165, CTB²⁹, possa ter a sua embriaguez constatada mediante a imagem, vídeos e por meio de constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Conselho Nacional de Trânsito, o Contran, alteração da capacidade psicomotora ou a produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.

CONCLUSÃO

Não há como negar que o advento da criação da Lei n.11.705/08 que alterou o Código de Trânsito Brasileiro, trouxe efetivamente uma maior rigidez ao controle das fiscalizações de trânsito para quem conjuga direção de veículo automotor com consumo de substâncias psicoativas em especial o álcool.

A legislação inicial alteradora do Código de Trânsito que ficou conhecida popularmente por Lei Seca, trouxe para o condutor que não se enquadre nas novas regras, o ônus na esfera administrativa, de receber multa, de ter a suspensão do direito de dirigir por 12 (doze)

²⁶ BRASIL. Decreto 592 de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/00592.htm>. Acesso em: 08 jul. 2017.

²⁷ Vide nota 9.

²⁸ Vide nota 17.

²⁹ Ibid.



meses e terá assentado em seu registros junto ao órgão de trânsito, a inserção de uma multa de categoria gravíssima e com o acúmulo de sete pontos na carteira de habilitação, caso se negue a fazer o exame de sangue ou a aferição por meio do etilômetro.

A razão essencial da criação da Lei Seca tem por finalidade trazer uma maior segurança ao trânsito, diminuindo as mortes e todas as consequências que um acidente traz, em decorrência da utilização do álcool e as demais substâncias psicoativas por condutores de veículos automotores.

Embora esta lei tenha cunho de natureza pública e os direitos individuais sejam relativos e não absolutos, existe a necessidade de sopesar a sua aplicação, pois de um lado temos os indivíduos e suas garantias constitucionais que garantem a preservação do seu direito de não se autoincriminar e de manter a sua integridade física em relação a possíveis intervenções corporais por parte do Estado em determinada perseguição, porém, de outro lado temos a coletividade que busca uma tutela desse mesmo Estado para ver reduzida as condutas atentatórias a saúde, a vida e a segurança dessa coletividade.

Desta forma, deverá a autoridade fiscalizadora manter os direitos do indivíduo de não se autoincriminar, mas lançar mão de outros recursos que a lei lhe confere em uma busca mais autônoma das evidências que comprovem a falta de condições daquele indivíduo fiscalizado em conduzir o veículo naquele momento, de forma a instruir o procedimento da melhor maneira, por meio vídeos, fotos, testemunhas, sinais ou qualquer outro tipo de prova admitidas em direito.

A lei vem alcançando o seu objetivo, pois desde a sua criação vem ocorrendo a diminuição dos acidentes e também com o agravamento na esfera da punição administrativa, que tem consequências financeiras e outras restrições como a suspensão do direito de dirigir. Com isso, boa parte dos condutores que pretendem fazer uso de álcool vem preferindo fazer uso de outros meios de transportes, como por exemplo: voltar de carona com quem não tenha ingerido álcool, de táxi ou até mesmo transporte público coletivo, o que contribuiu sensivelmente para a diminuição dos riscos dessa conduta que afeta não só a integridade do próprio condutor, mas também de uma coletividade que acaba sendo vítima de um ato à margem da lei por parte dos condutores.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Das delitas e das penas*. Tradução de Lúcia Guidicini. Alessandro Berti Contessa. Revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. Decreto 592 de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 08 jul. 2017.

_____. Decreto n. 678 de 06 de novembro 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm><http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. Lei n. 11.705 de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111705.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. Lei n. 9.503 de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.

_____. Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111705.htm. Acesso em 07 junho de 2017.

_____. Lei n. 12.760, de 20 de dezembro de 2012, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112760.htm. Acesso em 07 de junho de 2017.

_____. Lei n. 9.503, de 23 de setembro e 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm. Acesso em 07 de junho de 2017.

_____. Lei n. 12.760 de 20 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112760.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2015.

PINHEIRO, Ralph Lopes. *História Resumida do Direito*. 6 ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997.

QUEIRO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



SOUZA, Diego Bruno Cardoso de. *O Princípio da não Auto-Incriminação*. Disponível em <<http://www.contendojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-nao-auto-incriminacao,42599.html>>. Acesso em 14/04/2017.



DA VIABILIDADE DO ACESSO DO CIDADÃO ECONOMICAMENTE HIPOSSUFICIENTE AOS MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS À SUA SAÚDE POR MEIO DO PODER JUDICIÁRIO

Maria Andréa Garcez Castello Siqueira

Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra a saúde como um dos direitos fundamentais sociais garantido a todos os cidadãos e atribui ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas. O Poder Público integrou os serviços públicos e constituiu um sistema único de forma regionalizada e hierarquizada para atender às demandas da saúde, que é o Sistema Único de Saúde (SUS). O presente trabalho aponta que a dificuldade de implementação, pelo Estado, de políticas públicas ligadas à saúde contribuiu para o aumento da atuação do Poder Judiciário, com o fim de efetivar essas demandas. Com isso, analisa-se como esta atuação permite que parcela da sociedade, mormente o economicamente hipossuficiente, tenha suas necessidades básicas de saúde, específicas de cada indivíduo, satisfeitas.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direitos Sociais. Direito à Saúde. Políticas Públicas. Poder Judiciário.

Sumário – Introdução. 1. Direito fundamental à saúde e a atuação do Poder Judiciário: uma discussão pautada na efetivação da prestação da saúde pública de forma eficiente. 2. O direito à saúde como corolário da dignidade da pessoa humana tem a limitação orçamentária e a reserva do possível como óbices a esse direito. 3. O Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, com previsão constitucional, frente à negativa de fornecimento de medicamentos e insumos não contemplados na lista do SUS. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa o chamamento do Poder Judiciário nas demandas da saúde, mormente no tocante à viabilidade do acesso do cidadão economicamente hipossuficiente aos medicamentos necessários à sua saúde. Considera-se que, na sociedade contemporânea este chamamento tem se intensificado fortemente, tendo em vista que o cidadão busca a satisfação de seus direitos assegurados constitucionalmente.

Desta feita, analisa-se a responsabilidade do Estado no tocante ao fornecimento de medicamentos, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Aborda-se, por conseguinte, os desafios orçamentários e o equilíbrio das finanças públicas, bem como a reserva do possível.

A pesquisa ressalta que, não obstante, a Carta Magna de 1988 assegure direitos aos cidadãos, muitas demandas sociais não têm sido atendidas. Deste modo, a sociedade hoje



exige uma nova atuação para satisfazer seus direitos que, não raras as vezes, somente os tem assegurados por meio do Poder Judiciário.

Vê-se, portanto, que o Poder Judiciário é chamado a tutelar as demandas sociais, sobretudo da saúde, de forma a atuar com a finalidade de tornarem-se concretos esses direitos. Nesse sentido, faz-se uma exposição sobre a atuação do Poder Judiciário quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público.

A pesquisa traz posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, de modo a demonstrar a importância da proteção do direito fundamental à saúde. Isso porque o direito à saúde do cidadão, além de configurar questão de saúde pública, é considerado o principal direito fundamental social, e está ligado ao princípio maior, que é o princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito de maior relevância, que é o direito à vida.

Sendo assim, o tema é de relevante valor social, no tocante à vida de cada pessoa e da coletividade, bem como de extremo valor jurídico, tendo em vista a segurança efetivada pelo Poder Judiciário nas demandas da saúde, direito indisponível do cidadão, indispensável à preservação da vida e à dignidade da pessoa humana. Ressalta-se que o tema é controvertido na doutrina, tendo em vista a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a previsão constitucional do direito à saúde como sendo o direito de todo o cidadão e um dever do Estado. Analisa-se, ainda, a controvérsia existente acerca da intervenção do Poder Judiciário na esfera administrativa, como guardião da Constituição para que não haja lesão ou ameaça ao direito.

No segundo capítulo pretende-se demonstrar que a limitação orçamentária e a reserva do possível são óbices à efetividade da garantia constitucional à saúde. Salienta-se, também, a prioridade do direito à saúde enquanto corolário da dignidade da pessoa humana.

No terceiro capítulo discute-se a possibilidade do Poder Judiciário impor ao ente federativo o fornecimento de medicamentos não elencados na lista dos padronizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), na hipótese de não haver nela opção de tratamento que seja eficaz para a enfermidade.

A pesquisa utiliza a metodologia dos tipos qualitativa, pois visa entender e interpretar a controvérsia existente acerca do chamamento do Poder Judiciário nas demandas da saúde, nas questões de fornecimento de medicamento para cidadãos economicamente hipossuficientes; e bibliográfica, porquanto visa analisar e interpretar informações, valendo-se de bibliografia, legislação e jurisprudência concernentes ao tema. Desenvolve-se quanto ao objetivo de modo explicativo, com o principal intuito de apurar as causas do crescente chamamento do Poder Judiciário nas demandas da saúde.



1. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA EFETIVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA DE FORMA EFICIENTE

A saúde é um direito de todos e dever do Estado consagrado no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹ e foi inserido como um dos direitos sociais a ser assegurado pelo Poder Público, por meio de políticas sociais e econômicas, que visam a redução de risco de doença e de outros agravos, bem como a sua recuperação. A Magna Carta² prevê o acesso universal e igualitário às ações e serviços para que se concretize a proteção a esse direito.

A Constituição de 1988³, nos termos do art. 6º, também prevê expressamente a saúde, como um dos direitos fundamentais sociais. Mister salientar ser esse o principal direito social e está ligado ao princípio maior do Estado Democrático de Direito, que é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, disposto na Constituição⁴ em seu art. 1º, inciso III. Ademais, a Magna Carta⁵ em seu art. 5º, caput estabelece e garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao maior dentre todos os direitos, que é o direito à vida. Assim, o direito à saúde equivale, em última análise, ao direito à vida.

No tocante à titularidade do direito à vida, Paulo Gustavo Gonet Branco⁶ anota que: “a vida preservada e encarecida pelo constituinte há de ser toda a vida humana [...]”. O autor⁷ prossegue afirmando que:

trata-se de um direito que resulta da compreensão generalizada, que inspira os ordenamentos jurídicos atuais, de que todo ser humano deve ser tratado com igual respeito à sua dignidade, que se expressa, em primeiro lugar, pelo respeito à sua existência mesma.

¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁶MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Cursos de Direito Constitucional*. 7. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.291.

⁷Ibid.



O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória em relação aos seus titulares. Se todo o ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única – o direito a existir.

Em referência ao direito à vida, Francisco Fernandez Segado⁸ fala que é “o primeiro direito, o mais fundamental de todos, o prior de todos os demais”.

Neste sentido, a Constituição de 1988⁹ determina um sistema único e integrado de saúde, com competência comum dos entes da federação. Assim, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS) com caráter regionalizado e hierarquizado, tendo direção em cada esfera do governo. A Constituição Federal¹⁰ prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis solidários pela saúde.

Advém que se está diante de questão que envolve conteúdo material de direito social, isto é, do direito à prestação de saúde do Estado. Esta prestação muitas vezes é insuficiente, como nos casos em que o medicamento solicitado, conforme prescrição médica, não é disponibilizado pelo Estado, embora existam outros medicamentos dispensados para o tratamento da doença que acomete o cidadão, e que são fornecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde.

Ainda assim, a pessoa se sente restringida, pois objetiva o medicamento indicado por seu médico que reputa ser o necessário para o seu tratamento, ou até mesmo porque o que consta da lista do SUS pode não atender, com a desejada eficácia, o resultado esperado para o caso concreto. Fato é que há de se reconhecer a existência do direito a este serviço. Sendo assim, o cidadão recorre ao Poder Judiciário para ver atendida a sua necessidade.

Ressalte-se que, o fato do fármaco não constar da lista dos padronizados pelo SUS, não afasta a responsabilidade do ente público. Tampouco a existência de alternativas terapêuticas padronizadas e disponibilizadas na relação oficial de dispensação de medicamentos elaborada pelo SUS não desonera o ente público da obrigação de fornecer o medicamento prescrito pelo médico responsável.

Ora, diante de um cenário de limitação de recursos, no tocante às ações de tutela da saúde, muitas vezes o ente federativo traz várias alegações, como a que se deve privilegiar as

⁸SEGADO *opod* MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed.rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.289.

⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

alternativas terapêuticas fornecidas pelo SUS, ou a que há de se levar em consideração o princípio da reserva do possível, ou o da separação dos poderes.

Saliente-se que o legislador constituinte não se satisfaz com a mera existência deste serviço, esse deve ser prestado de forma efetiva e eficiente, para isso o Estado deve promover políticas públicas para que os seus objetivos fundamentais sejam alcançados.

Neste sentido Oswaldo Canela Junior¹¹ explica que:

por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3, da CF).

O direito à saúde, garantia constitucional que é, permite ao seu titular, mormente o hipossuficiente, que não dispõe de condições financeiras, postular junto ao Poder Judiciário. Essa situação objetiva obter do Estado o fornecimento de medicamentos necessários ao restabelecimento da saúde, bem como garantir a dignidade humana.

O chamamento do Poder Judiciário nas demandas da saúde vem para efetivar esse direito fundamental. A tutela do direito à saúde prepondera sobre os princípios da reserva do possível e da separação dos poderes, assim como sobre o do equilíbrio das finanças públicas. Logo, o Poder Judiciário atua na função de controlar e fazer efetivar a Constituição.

Ainda na ponderação de Canela Junior¹²:

diante dessa nova ordem, denominada de judicialização da política, centrada com o juiz como resorte das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo os dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle.

Fortalecendo, assim, o entendimento da possibilidade da atuação do Poder Judiciário, com o fim de viabilizar o acesso universal e igualitário às ações e serviços sem ferir o

¹¹CANELA JUNIOR apud GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.129.

¹² *Ibid.*



princípio da separação dos poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição Federal¹³. No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário encontra-se vinculado à política estatal.

Além disso, ressalta-se que a obrigação tem caráter solidário, permitindo ao cidadão a exigência de sua prestação por inteiro de qualquer um dos entes federados, o que afasta a alegação de ilegitimidade passiva do ente, bem como a responsabilidade subsidiária. Nesse sentido, o cidadão necessitado pode escolher qual dos entes federativos acionará para obter seu constitucionalmente garantido direito à saúde.

2. O DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA TEM A LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E A RESERVA DO POSSÍVEL COMO ÓBICES A ESSE DIREITO

Inicialmente, cumpre destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor moral inerente ao ser humano. Sobre o tema, Luis Roberto Barroso¹⁴ aponta que:

o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurada a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.

Neste contexto, o autor¹⁵ ainda ressalta que a dignidade da pessoa humana tem servido de fundamento para decisões de diferente alcance dos tribunais superiores, como as de fornecimento compulsório de medicamentos por meio do Poder Público.

No que tange à reserva do possível, cumpre tecer algumas explicações. A reserva do possível surgiu em um julgamento que aconteceu na Corte alemã, em decisão conhecida como *Numero Clausus*, isto é, número restrito. A demanda judicial foi feita por estudantes que não conseguiram acesso ao curso de medicina em Hamburgo e Munique, devido à falta de vagas e à paridade de certas regras que delimitavam o acesso ao ensino superior.

¹³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁴BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p.382.

¹⁵*Ibid.*, p.383.



A decisão do Tribunal Constitucional àquela demanda foi que a prestação do Estado deveria ser de acordo com que o indivíduo poderia exigir do mesmo. Posta esta premissa, não seria procedente impor ao Estado obrigação de acesso ao ensino superior, no curso de medicina, a todos que assim o desejassem. O momento do número de vagas encontra-se sujeito à reserva do possível, ou seja, do que se pode esperar de modo racional da sociedade, ainda que se tenha recursos. Não há a obrigação de prestar algo que não esteja nos limites do razoável.

Do teor da decisão, pontua-se que a reserva do possível tem relação com a existência de prestações limitadas à coerência, ou seja, dentro de um limite razoável, e não com limitação de recursos, orçamento, como no Brasil.

No tocante à limitação orçamentária, a disponibilidade de recursos financeiros está na Lei Orçamentária Anual (LOA) que estima as receitas e autoriza as despesas do Governo, de acordo com a previsão de arrecadação; como também define as prioridades a serem alcançadas naquele ano. A LOA visa concretizar os objetivos e metas propostos no Plano Plurianual (PPA), segundo as diretrizes estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)¹⁶.

Assim, tecidas estas breves considerações sobre a reserva do possível e a limitação orçamentária, no que concerne à Administração Pública, tem-se que a concretização do direito fundamental social à saúde exige a elaboração de políticas públicas e a disponibilidade de recursos.

Quando a decisão administrativa é de limitação ou negação, fundamentada na teoria da reserva do possível e na limitação orçamentária, cria-se óbice ao acesso do serviço público de saúde. Com isso, pode-se agravar o quadro de saúde de um paciente ou mesmo levá-lo à perda da vida, por não ter tratamento adequado ou não ter acesso aos medicamentos e insumos necessários.

Muitos cidadãos portadores de doenças, conforme comprovação por meio de resultados de exames, laudos, cirurgias submetidas, entre outras provas, com declaração firmada por profissional médico da área clínica que os assiste, com a devida prescrição da utilização de determinados medicamentos, não têm suas demandas atendidas pelo Estado *in* *saus* com base em alegações da limitação orçamentária e da reserva do possível. Outros,

¹⁶GESTÃO, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/orcamento-da-uniao/leis-e-principios-orcamentarios/o-que-e-lei-orcamentaria-anual-loa>>. Acesso em: 10 out. 2016.



ainda, encontram obstáculos porque alguns desses medicamentos prescritos não estão dentro da relação dos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde.

Com o avanço da medicina e da tecnologia, recentes e comprovados tipos de medicamentos e insumos terapêuticos, muitas vezes, quando indicados como unicamente viável, em face da enfermidade considerada no caso concreto, para que se evite o agravamento ou encontre a cura da doença da qual o impetrante padece, por não estarem na lista do SUS, na maioria das vezes encontram obstáculos para serem fornecidos.

Insta ressaltar que considerando a complexidade da doença a ser tratada, mesmo outros medicamentos não tão recentes, mas que são também indicados, pois, às vezes, é um remédio similar ao da lista, contudo contém um detalhe de uma substância que não se encontra nos elencados na relação dos padronizados, e que justamente esse detalhe é que faz toda a diferença para determinado paciente e, por isso, se faz necessária a compra deste medicamento específico. Embora, o medicamento possua confirmada eficácia terapêutica, e não obstante a pessoa necessite desse cuidado específico, o fato do fármaco não estar encaixado na relação do SUS, ou por haver outro similar, que não é exatamente o prescrito pelo médico responsável para aquela determinada situação, muitas vezes, sua aquisição é negada pela via administrativa com fundamento na onerosidade, indisponibilidade, limitação orçamentária e reserva do possível.

Outrossim, em muitos casos a patologia é daquelas que exige um acompanhamento médico constante, bem como a administração de medicamento de uso contínuo, fora da relação do SUS, embora reconhecido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), visto que há a possibilidade de recidiva da patologia, ou de ser a última alternativa de se evitar agravos da doença. Há de se considerar, também, poder haver a necessidade de outros medicamentos, além dos que foram prescritos anteriormente, que podem advir com o surgimento de novas fórmulas mais eficazes, devido ao avanço da medicina e da tecnologia. Assim, embora existam alternativas terapêuticas oferecidas pelo SUS, isto não desonera o ente público da obrigação de disponibilizar medicamentos receitados pelo médico responsável pelo acompanhamento do paciente.

Diante disso, o fato de o medicamento e do insumo não estarem elencados na lista dos padronizados, não afasta a responsabilidade do ente público. É nesse sentido o enunciado n. 180 da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁷:

¹⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula n. 180. Relator: Desembargadora Leila Marinho. Disponível em: <http://portal.tj.rj.jus.br/documents/10136/18187/somasul.pdf?_=17>. Acesso em: 17 fev. 2017.



a obrigação dos entes públicos de fornecer medicamentos não padronizados, desde que reconhecidos pela ANVISA e por recomendação médica, compreende-se no dever de prestação unificada de saúde e não afronta o princípio da reserva do possível.

Assim, o Estado tem a responsabilidade pelo fornecimento da medicação que o autor da ação necessita, sendo dele a obrigação de adotar meios necessários ao cumprimento do art. 198, da CRFB/88¹⁸, e art. 9º, III, da Lei n. 8.080/90¹⁹, prestando assistência, consoante o art. 6º, I, letra “d”, da Lei n. 8.080/90²⁰, bem como a sua integralidade, de acordo com o art. 7º, II, da Lei n. 8.080/90²¹.

Dúvida inexistente que tais medicamentos são por demais custosos para as modestas posses do cidadão hipossuficiente, que mal dispõe de seu salário ou provento para seu sustento ou de sua família; sendo mesmo a sua compra impossível, pois mal tem o mínimo para sobreviver. Ademais, diante da negativa de sua demanda, se vê frustrado no que concerne ao seu direito à saúde. Os medicamentos e utensílios deveriam ser fornecidos ao cidadão, garantindo-se a saúde, que é um dos direitos fundamentais sociais, disposto no art. 6º e no art. 5º, caput, ambos da CRFB/88²², que garante aos brasileiros e também aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida. Entretanto, apresentam-se como obstáculos a esse direito fundamental, a limitação orçamentária e a reserva do possível.

A responsabilidade do Estado, quanto ao fornecimento da medicação, está disposta no art. 6º, I, letra “d”, e art. 7º, II, da Lei n. 8080/90²³, esta editada conforme o art. 196 da Constituição Federal²⁴, que atribui ao Estado *in toto* o dever de assegurar à coletividade o direito à saúde, pois não existe diferenciação quanto às obrigações impostas aos entes federativos. A obrigação tem natureza e caráter solidário, assim sendo pode o cidadão escolher sua prestação por inteiro de qualquer um dos entes federativos, não cabendo o

¹⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

¹⁹BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

²⁰BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

²¹BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

²²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

²³BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

²⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.



argumento da divisão de competências, de responsabilidade subsidiária e de ilegitimidade passiva de qualquer dos entes.

De fato, muitas demandas não são atendidas administrativamente, todavia a Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV²⁵, que consagra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Desse modo, o cidadão tem acesso ao Judiciário como um direito para obter o fornecimento de medicamentos, exames, cirurgia, internação, entre outros tratamentos, necessários à saúde. Tendo, ainda, como fundamento a Carta Magna, que em seu art. 5º, caput²⁶, garante a inviolabilidade do direito à vida e, em seu art. 196²⁷, estabelece o direito à saúde, de caráter universal e igualitário, a ser assegurado pelo Poder Público.

Desta forma, Ingo Wolfgang Sarlet²⁸ sustenta que devem ser feitos ajustes necessários no aperfeiçoamento da via administrativa, como entre outros aspectos, o de acesso às informações, o de desburocratização e o de tempestividade. Aspectos esses que devem imperar na esfera dos serviços públicos essenciais para que haja maior eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, no caso o do direito à saúde, e da garantia de uma vida mais digna.

3. O PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, COM PREVISÃO CONSTITUCIONAL, FRENTE À NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS NÃO CONTEMPLADOS NA LISTA DO SUS

A Constituição Federal²⁹ garante o direito à saúde e a inviolabilidade do direito à vida que devem ser assegurados pelo Poder Público. O Poder Judiciário tem autoridade para realizar os trabalhos do Estado, na administração da justiça na sociedade, por meio do

²⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

²⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

²⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 fev. 2017.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da Silva (Coord.). *O CNJ e os desafios de efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 170.

²⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.



cumprimento da Constituição³⁰. Insta ressaltar que o Poder Judiciário não interfere no mérito administrativo, somente faz um juízo da legalidade do ato.

Sendo assim, o Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas com previsão constitucional, frente à omissão do Poder Público, quando alguma de suas instâncias governamentais violar os direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Em situação como essa, não há que se falar em intervenção do Poder Judiciário no mérito administrativo, pois está restringindo a sua atuação para se concretizar os direitos sociais garantidos na Carta Magna³¹, que não foram implementados pelo Poder Público, por meio de inércia administrativa, ou por alegação da tese defensiva como o da reserva do possível ou da limitação orçamentária, em detrimento inclusive do mínimo existencial.

Em cumprimento à Constituição Federal de 1988³² que prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, em 1990, como forma de efetivar esses mandamentos, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS) que foi regulado pela Lei n. 8080/90³³. O SUS abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos³⁴.

O SUS tem como princípios constitucionais: a universalidade, a integralidade, a equidade, a descentralização e a participação social. O acesso universal significa atender a toda população, seja por meio de serviços estatais prestados pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, ou por meio dos serviços privados conveniados ou contratados com o poder público.

Neste sentido, o SUS foi criado para promover justiça social e superar as desigualdades no tocante à saúde da população. O SUS garante acesso integral, universal, igualitário e gratuito nas atividades preventivas e na assistência à saúde, isto é, nas ações e serviços para promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde da população do País.

Também cabe ao SUS, além de outras atribuições, nos termos da lei³⁵, a vigilância permanente no que concerne à saúde nas condições sanitárias e ambiental; a regulação do

³⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

³¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

³²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

³³BRASIL. Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

³⁴SAÚDE, Ministério da. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

³⁵BRASIL. Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.



registro de medicamentos, insumos e equipamentos; controle e qualidade dos alimentos e sua manipulação. Nesta esteira, ainda presta assistência farmacêutica, na qual planeja, adquire, distribui e faz o controle de qualidade e utilização de medicamentos voltados para a proteção e recuperação da saúde, como os medicamentos genéricos registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A responsabilidade pela gestão da Saúde é do Governo Federal, estadual e municipal, e do Distrito Federal. A participação e o controle social são garantidos nas conferências nacionais de saúde e na atuação dos conselhos e das instituições de controle interno e externo.

A Constituição³⁶ prevê em seu art. 198, § 1.º que o SUS será financiado, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Assim sendo, há solidariedade entre os entes públicos pela realização das políticas afeitas à prestação dos serviços de saúde à população. Do teor do enunciado n. 65 da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³⁷, deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.080/96, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela.

O fato de num ente público demandado faltar algum medicamento ou insumo não elide a obrigação dos outros entes pelo fornecimento do remédio ou insumo prescritos pelo médico que assiste ao cidadão. Tampouco, o SUS oferecer gratuitamente alternativas terapêuticas, para o tratamento de determinada doença acometida pelo paciente, não desonera o ente público da obrigação de fornecer os medicamentos receitados especificamente pelo médico responsável.

Reafirma-se, portanto, que o sobre fármaco não compor a lista dos padronizados pelo SUS, não afasta a responsabilidade do ente público. Sendo assim, há a impossibilidade de se limitar o rol dos medicamentos dos quais poderá o paciente necessitar, que faz-se, muitas vezes, necessário para o tratamento da enfermidade que acomete o cidadão.

Outrossim, é inquestionável a saúde ser direito fundamental, assegurado constitucionalmente a todo cidadão, e que os poderes públicos devem fornecer assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitarem, cumprindo o que foi imposto pela Carta

³⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

³⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula n. 65. Relator: Desembargadora Mariana Gonçalves. Disponível em: <http://portal.tj.rj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf?_=18>. Acesso em: 17 mar. 2017.



Magna³⁸, e que não desonra qualquer dos entes públicos de cumprir obrigação de saúde de cunho constitucional.

Nesse sentido, entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³⁹:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DIREITO À SAÚDE. Ação proposta por paciente hipossuficiente em face do ESTADO e do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO objetivando a condenação de os réus lhe prestarem os medicamentos descritos na inicial por ser portadora de diabetes mellitus tipo II, hipertensão crônica e sintomas de doença coronária obstrutiva. Sentença de procedência. Apelo do ente estadual. 1. Não há que se falar em nulidade da sentença, eis ser assente na jurisprudência o entendimento segundo o qual, em sendo desnecessária a produção de provas, além das já apresentadas, autoriza-se o julgamento antecipado da lide, sem que reste configurado o cerceamento de defesa, consoante o disposto no art. 130 do CPC, por incumbir ao juiz, destinatário da prova, indeferir diligências inúteis ou protelatórias. 2. O fornecimento do medicamento e dos exames não pode ser restringido por normas infraconstitucionais ou por listas elaboradas pelo Poder Público, sob pena de se obter a efetividade da garantia constitucional do direito à saúde e à vida. 3. No que tange à afirmação do apelante de necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário e à súmula vinculante n.º 10, com remessa do presente recurso ao Órgão Especial deste tribunal, verifica-se que, uma vez mais, não lhe assiste razão, eis que a observância de tal cláusula somente é exigida quando suscitada a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, sendo certo que, nos presentes autos, sequer houve qualquer formulação de pedido nesse sentido por quaisquer das partes. 4. Recurso ao qual se nega seguimento, na forma do art. 557, caput, do CPC.

Por fim, é imperioso que a Carta Magna⁴⁰ atribui ao Estado *in totum* o dever de assegurar à coletividade o direito à saúde, isto é, não existe distinção ou diferenciação quanto às obrigações impostas aos entes federativos. O direito subjetivo à plena saúde do cidadão abarca, de forma solidária a atuação do Poder Público, por meio dos entes estatais, na garantia do seu acesso universal e integral. Desse modo, deve o Poder Público buscar sua efetivação, de forma a afastar argumentos de divisão de competências e ausência de responsabilidade de qualquer dos entes, assim como também a reserva do possível ou a limitação orçamentária, mormente por se tratar de cidadãos economicamente necessitados, e nesse sentido fornecer aquilo de que necessita para sobreviver de forma digna.

³⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

³⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AP n. 0153915-47.2012.8.19.0001. Relator: Desembargador Fernando Foch Lemos. Disponível em: <http://portal.tj.rj.jus.br/documents/10136/181877/sumulas.pdf?_=17>. Acesso em: 17 mar. 2017.

⁴⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

A Constituição Federal de 1988 prevê que a saúde é um direito de todos, brasileiros ou estrangeiros, residentes no território brasileiro, e dever do Estado, garantir por meio de políticas o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços ligados à saúde. É atribuição do Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas, pois trata-se de respeito à vida do ser humano. Com isso, a saúde pública abarca atendimento integral, inclusive o fornecimento gratuito de medicamentos e insumos ao cidadão hipossuficiente.

O direito subjetivo à saúde é um direito fundamental social e está, intrinsecamente, ligado à dignidade da pessoa humana e ao bem maior que é a vida. A saúde é um dos fins buscados pelo Estado e, nesse sentido, o cumprimento desse dever é de responsabilidade solidária dos entes federativos.

Diante disso, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado para promover a justiça social, assim o acesso é universal e igualitário na assistência à saúde da população, de forma a atuar na sua promoção, proteção e recuperação. Nessa esteira, visa propiciar o que for mais adequado e eficaz para oferecer maior dignidade à pessoa humana, inclusive fornecer medicamentos, que não constem na lista dos padronizados do SUS, mas que sejam reconhecidos pela ANVISA. As ações e serviços de saúde estão submetidos ao controle do Estado, e dada relevância pública, deve-se zelar pelo cumprimento dos direitos assegurados pela Constituição Federal, para garantir à coletividade o direito à saúde pública, por meio do atendimento pelo SUS. Desse modo, faz-se mister a realização constante de novas ações que visem melhorar, reformar e incrementar o SUS.

De um lado, é notória a situação do SUS, haja vista o grande número de pessoas atendidas já na primeira vez que o procuram, como nas campanhas de vacinação no pronto-atendimento, em casos de acidentes ou mesmo em algum outro atendimento de saúde. Diante disso, o SUS busca a eficiência, a celeridade, maior qualidade, novas e melhores formas de atuação, e redução de riscos de doenças e outros agravos da saúde.

Por outro lado, o SUS, não raras as vezes, é insuficiente para garantir a assistência à população do País. O direito social à saúde tem um custo oneroso que somado às limitações orçamentárias do Estado e a reserva do possível tornam a sua efetividade aquém do que se espera. Ficam também prejudicadas diversas formas de assistência, inclusive, no tocante a medicamentos considerados indispensáveis pelo Ministério da Saúde. Assim, não sobejam dívidas quanto aos danos causados aos que sofrem com a falta de medicamentos do SUS.

Com deficiências nos serviços da saúde pública surgem inúmeras demandas no Judiciário, sobretudo quando se trata de pessoas necessitadas que não dispõem de recursos econômicos, que clamam pelo atendimento de suas necessidades. O Poder Judiciário ao fazer cumprir a Carta Magna vela pela justiça social, voltada para a redução das desigualdades, sendo aqui, em especial, no que se refere à proteção dos hipossuficientes nas questões da saúde.

Conclui-se que, por meio das prestações jurídicas, busca-se alcançar as prestações materiais dos direitos conferidos à população na Constituição Federal. Diante do exposto, o Poder Judiciário atua para fazer cumprir as normas constitucionais referentes à proteção da saúde, que visam resguardar a dignidade humana e a vida, valores superiores às demais questões, em qualquer tempo e em qualquer circunstância social, econômica e política, frente à limitação orçamentária e à reserva do possível.

É incontestável o direito à vida e à saúde. Assim sendo, cabe ao Estado propiciar o fornecimento de medicamentos, insumos terapêuticos e outros procedimentos necessários, para preservar a saúde de seus cidadãos para que se tenha uma condição existencial digna, base do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o foco deve ser a garantia do direito fundamental social à saúde, e juntos com ele, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, pois nada é de maior relevo do que a própria vida.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 fev. 2017.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 17 fev. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula n. 65. Relator: Desembargadora **Marianna Gonçalves**. Disponível em: <<http://portaltj.tj.rj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf?18>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula n. 180. Relator: Desembargadora **Leila Mariano**. Disponível em: <<http://portaltj.tj.rj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf?17>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E BANCO DE DADOS GENÉTICOS

Maria Clara dos Santos e Silva

Graduada pelas Faculdades Integradas
Vianna Júnior. Advogada.

Resumo – o banco de dados genéticos, instituído pela Lei n. 12.654/12, tem sido utilizado para identificação criminal, elucidação de crimes e identificação de pessoas desaparecidas. Entretanto, o seu uso para fins de investigação criminal merece uma análise mais detida. Existem garantias e princípios constitucionais que devem ser observados no inquérito penal e no processo penal. O uso do banco de dados genéticos faz com que surjam conflitos entre estes princípios e garantias. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo mostrar as inovações trazidas pela Lei n. 12.654/12, determinar se são eficazes e estabelecer se devem ser consideradas constitucionais.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Investigação criminal. Banco de dados genéticos. Constitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. (In)constitucionalidade da Lei n. 12.654/2012. 2. Da possibilidade jurídica do uso de material genético para instruir investigações criminais. 3. Do respeito à presunção de inocência e ao direito de não produzir prova contra si mesmo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade do uso de banco de dados genéticos para fins de identificação e investigação criminais. Procura-se demonstrar se o uso de perfil genético do investigado evita que haja condenações equivocadas, impedido que pessoas inocentes cumpram pena por crimes que não cometeram. Entretanto, questiona-se o possível desrespeito ao princípio constitucional da não autoincriminação.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudências acerca do tema de modo a discutir se o princípio ou garantia, ora em comento, é irrestrito ou poderá ser limitado quando em colisão com outros princípios.

A Constituição Federal estabelece que é direito do preso permanecer calado, desta forma, não se pode exigir que o acusado de forma ativa participe de qualquer procedimento probatório que o incrimine. Porém, o direito ao silêncio representa apenas uma parcela do direito

a não produzir provas contra si mesmo, o que torna controverso o tema em análise, surgindo então diversas correntes que tentam delimitar seu alcance.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar as garantias do acusado durante a investigação criminal, determinando quais meios de obtenção de provas são considerados ilícitos e quais são permitidos. Pretende-se, ainda, analisar se o uso de banco de perfil genético pode ser considerado meio idôneo para identificação do acusado, assim como fundamento para uma possível condenação. Ressalta-se, porém, que o referido material genético também poderá ser usado para absolver o réu, afastando uma sentença equivocada.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os princípios constitucionais que repercutem no Direito Penal e no Direito Processual Penal, examinando a aplicação de tais princípios na investigação criminal.

Segue-se refletindo, no segundo capítulo, os meios probatórios considerados lícitos e ilícitos, bem como as garantias do acusado durante a investigação criminal, examinando se tais garantias e princípios constitucionais poderão sofrer limitação aos serem ponderadas em eventuais colisões entre si.

O terceiro capítulo destina-se a examinar se poderá ser usado o banco de perfil genético com a finalidade de identificação criminal nas investigações policiais, bem como na fundamentação de sentenças. Determina-se, então, a constitucionalidade da coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, especificando como se dá a sua aplicação.

O estudo é desenvolvido por meio de análise da legislação pátria e de Direito Comparado, abordando correntes doutrinárias e jurisprudências sobre o tema, buscando fundamentar a presente pesquisa de forma contextualizada com a realidade do Brasil.

Desta forma, utiliza-se bibliografia atinente ao tema, assim como a legislação, para sustentar a tese aqui esposada.

1 – GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS AO INQUÉRITO PENAL E AO PROCESSO PENAL

O direito à liberdade consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação (ou determinar-se), conforme a sua própria consciência e livre arbítrio. Em outras palavras, tal direito consiste num poder de atuação em busca de sua realização

pessoal e felicidade. Entre nós este direito compreende: a) a liberdade de ação; b) a liberdade de locomoção; c) a liberdade de opinião (ou de pensamento); d) a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e) a liberdade de informação; f) a liberdade de consciência e de crença; g) a liberdade de reunião; h) a liberdade de associação e i) a liberdade de opção profissional¹.

Entre o Estado Democrático e o direito às liberdades existe uma relação de dependência mútua no sentido em que aquele viabiliza a existência deste, e vice-versa. Em apertada síntese, segundo preleciona Paulo Gustavo Gonetbranco², liberdade e igualdade são dois elementos essenciais da dignidade da pessoa, que por sua vez é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Portanto, um regime democrático mais fortalecido significa dizer que as liberdades estão mais asseguradas, ou vice-versa.

O professor José Afonso da Silva³ entende que “quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem e, conseqüentemente, mais liberdade conquista”.

O art. 5º, II, da Constituição⁴ afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Esse artigo traz em seu bojo de forma expressa o chamado Princípio da Legalidade, e também de uma maneira implícita o direito à liberdade de ação, de maneira relativizada por aquele. A relativização desse direito se torna necessária, haja vista que, se ele fosse um direito absoluto, permitiria a “sujeição dos mais fracos pelos mais fortes”⁵.

Dessa forma, o princípio da legalidade se mostra como o único instituto válido para restringir tal direito. Neste ponto, nas palavras de José Afonso da Silva⁶, “desde que a lei [...] provenha de um legislativo formado mediante consentimento popular e seja formado segundo

¹ CUNHA JÚNIOR, Dicley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 666.

² GONETBRANCO apud CARVALHO, Rayana Silva. *Liberalismo Constitucional: breves anotações*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/liberdades-constitucionais-breves-anotacoes,42324.html>>. Acesso em: 10 out 2016.

³ SILVA apud *Ibid*.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 out. 2016.

⁵ PINHO apud CARVALHO, Rayana Silva. *Liberalismo Constitucional: breves anotações*. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/liberdades-constitucionais-breves-anotacoes,42324.html>>. Acesso em: 10 out 2016.

⁶ SILVA, *op. cit.*, nota 3.

processo estabelecido em constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade jamais será prejudicada. Afinal, nesse caso, os limites a ela opostos pela lei são legítimos”.

Tal pensamento permite deduzir que a legalidade da restrição à liberdade só é válida quando parte de um poder legislativo constituído pela escolha do povo, por meio de um processo formal e material legislativo pré-estabelecido numa constituição derivada da soberania popular.

Contudo, Dirley da Cunha Júnior⁷ assinala quanto à interpretação do inciso supracitado no que tange ao termo “lei”, que esse deve ser entendido como as normas derivadas “de regular processo legislativo” previsto no art. 59 e incisos do mesmo diploma normativo.

Além disso, ele destaca o fato de que essas normas derivadas de um regular processo legislativo não possuem forças suficientes para restringir essa liberdade de ação ao “conteúdo mínimo ou essencial”, ou seja, não pode reduzir esse direito ao ponto de torná-lo incapaz de atingir seus fins.

Cumprе salientar também que a Constituição⁸ prevê, no artigo 5º, diversas garantias de segurança das liberdades públicas em matéria penal e processual penal: algumas estão expressas, outras somente implícitas. Dentre esse princípios e garantias, no tocante ao uso do banco de dados genéticos para fins de investigação criminal, destacam-se: liberdade, garantia ao contraditório e ampla defesa, garantia da inadmissibilidade de provas ilícitas, garantia ao silêncio ou a não incriminação.

As garantias do contraditório e da ampla defesa estão previstas no art. 5º, LV, da Constituição nos seguintes termos: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes⁹.

Tais garantias completam e dão sentido e conteúdo à garantia do devido processo legal, pois seria demasiado garantir a regular instauração formal de processo e não assegurar o contraditório e a ampla defesa àquele que poderá ter a sua liberdade ou o seu bem cercado; ademais, também não haveria qualquer indicio de razoabilidade e justiça numa decisão, quando

⁷ CUNHA JÚNIOR, opud CAVALHO, Rayana Silva. *Liberdades Constitucionais: breves anotações*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/liberdades-constitucionais-breves-anotacoes,42324.html>>. Acesso em: 10 out 2016.

⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 4.

⁹ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 704.



não se permitem ao indivíduo as mesmas garantias do contraditório e da ampla defesa. São, por conclusão, garantias que se catam numa união indissolúvel¹⁰.

O contraditório, numa acepção mais informal, é a garantia que assegura à pessoa sobre a qual pesa uma acusação o direito de ser ouvida antes de qualquer decisão a respeito. A ampla defesa, lado outro, é garantia que proporciona à pessoa contra quem se imputa uma acusação a possibilidade de se defender e provar o contrário¹¹.

É óbvio que para o sucesso dessas garantias é necessário que a pessoa tome conhecimento dos fatos que lhe atingem para poder, ouvida a respeito, deles se defender e apresentar as provas necessárias. Negar essa possibilidade é abuso manifesto, é arbitrariedade inequívoca, pois viola aciniosamente a Constituição e o Estado Democrático de Direito¹².

Mudando sua posição, o STF passou a entender que “a garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo”. (RE 388.359, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 28-3-07, DJ de 22-6-07)¹³.

No tocante à garantia da inadmissibilidade de provas ilícitas, segundo a Constituição¹⁴, são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). Cuida-se de uma garantia instituída para proteger basicamente o indivíduo da prepotência dos poderes responsáveis para repressão penal, obstaculizando a possibilidade de produzir provas ilícitas e clandestinas ou mesmo forjar elementos probatórios com intuito unicamente condenatório¹⁵.

Por derradeiro, a mais importante dessas garantias, no que tange ao tema do presente artigo, é a garantia do silêncio ou não autoincriminação.

Declara a Constituição em vigor que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de um advogado (art. 5º, LXIII)¹⁶.

O STF já decidiu a respeito, entendendo que “o privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que

¹⁰ *Ibid.*, p. 705.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 4.

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 709.

¹⁶ *Ibid.*, p. 710.

entende-lhe ser desfavorável". (HC 83.096, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 18-11-03, DJ de 12-12-03)¹⁷.

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio (ou a garantia contra a autoincriminação), não só permite que o acusado ou apenado permaneça em silêncio durante toda a investigação – e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto, a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse¹⁸.

A Lei n. 10.792/03, que alterou vários dispositivos do CPP, veio, enfim, consolidar o que já era uma realidade, aos menos em âmbito doutrinário: o tratamento do interrogatório como meio de defesa, assegurando-se ao acusado o direito de entrevistar-se com o seu advogado antes do referido ato processual (art. 185, §5º); o direito de permanecer calado e não responder a perguntas a ele endereçadas, sem que se possa extrair do silêncio qualquer valoração em prejuízo da defesa (art. 186, *caput*, e parágrafo único)¹⁹.

As alterações ora mencionadas foram depois incorporadas pelas leis subsequentes que cuidaram da matéria específica, incluindo as Leis n.º 11.719/08 e 11.900/09. Daí por que implicitamente revogado o art. 198, CPP²⁰.

A regra da não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária, ressalvadas hipóteses previstas em lei e não invasivas da integridade física e psíquica do agente, decorre, além do próprio sistema de garantias individuais instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa contida no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, promulgado em 22 de novembro de 1969 e integrado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, no que se refere explicitamente ao direito ao silêncio e à proteção contra ingerências atentatórias da dignidade da pessoa humana²¹.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ CHLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, p. 42.

2. CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Praticada a infração penal, nasce para o Estado a pretensão punitiva, consubstanciada no direito-dever de aplicar a sanção penal ao autor da conduta criminalmente proibida ou, mais tecnicamente, na exigência de subordinação do direito de liberdade ao direito de punir²².

Por força da indisponibilidade do direito de liberdade, o ordenamento jurídico brasileiro veda a imediata aplicação da sanção penal ao agente, submetendo a satisfação da pretensão punitiva a um prévio controle jurisdicional.

Segundo preceitua o art. 5º, LIV, da CRFB/88²³, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou seja, nenhuma pena pode ser imposta sem um processo titularizado por um juiz.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho²⁴, o Direito Processual tem um caráter instrumental, ou seja, é um meio, um instrumento para fazer atuar o Direito Penal, uma vez que este é desprovido de coação direta e o Estado autolimitou o seu *jus puniendi*. Logo, não se concebe a aplicação da pena sem processo. *Nulla poena sine iudicio; nulla poena sine iudicio* – nenhuma pena pode ser imposta sem processo; nenhuma pena pode ser imposta senão pelo juiz.

O processo trata-se de verdadeira garantia aos acusados, pois, para assegurar a defesa e tutelar o direito de liberdade, o Estado autolimitou o exercício do *jus puniendi*, condicionando a imposição da sanção penal a uma precedente apreciação jurisdicional acerca da procedência da pretensão punitiva estatal e sua conseqüente prevalência sobre o *jus libertatis* do agente²⁵.

O fato de a sanção penal somente poder ser aplicada processualmente impõe ao Estado a consecução de atividades destinadas a obter a aplicação da pena: a *persecutio criminis*, consubstanciada por duas fases: a investigação criminal e a ação penal²⁶.

A investigação criminal constitui atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo, cujo objetivo precípuo é fornecer ao órgão da acusação substrato para a

²² FULLER, Paulo Henrique Arruda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Angela C. Cargiama. *Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.

²⁴ TOURINHO FILHO apud DEMECH, Micheli. *Noções Preliminares de Direito Processual Penal*. Disponível em: <<http://michelidemech.jusbrasil.com.br/artigos/3340954829/nocoes-preliminares-de-direito-processual-penal>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

²⁵ FULLER, op. cit., p. 29.

²⁶ *Ibid.*, p. 30.

propositura da ação penal que, uma vez instaurada, enseja o desenvolvimento do devido processo legal²⁷.

A ação penal, para sua propositura e instauração, por implicar natural constrangimento ao *status libertatis* do indivíduo, exige a presença de justa causa (art. 395, III, do Código de Processo Penal²⁸), sob pena de a coação ser considerada ilegal, o que ensejaria a impetração de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal (art. 648, I, do CPP)²⁹.

A justa causa para a ação penal é caracterizada pela exigência de elementos de convicção que proporcionem suporte fático e demonstrem a viabilidade da acusação (indícios de autoria e prova da existência da infração penal), não bastando, para sustentar o constrangimento da ação penal, a imputação, na denúncia ou queixa, de um fato revestido de tipicidade³⁰.

Enquanto instrumento precípuo de investigação, o inquérito propicia a existência de justa causa para a propositura e a instauração da ação penal, atendendo assim, ao imperativo da segurança na ação da justiça e salvaguardando os indivíduos contra acusações levianas, temerárias ou desprovidas de qualquer lastro³¹.

Entretanto, cumpre destacar que o inquérito policial não é indispensável à propositura da ação penal, podendo a acusação formar o seu convencimento a partir de quaisquer outros elementos informativos³².

No que tange às características do inquérito, de acordo com a jurisprudência nacional, em regra, não há aplicação do contraditório e da ampla defesa no âmbito da investigação criminal, tratando-se de um procedimento inquisitivo.

Quanto a seu caráter sigiloso, ponto positivo é evitar o que o professor Aury Lopes Júnior³³ classifica como estigmatização social e jurídica. A identidade do sujeito é formada pelo seu convívio em sociedade e sua maneira de relacionar-se com os demais. As informações que a sociedade recebe a respeito de determinada pessoa, formam a identidade desta com aquela, numa espécie de banco de dados social que sem dúvida alguma, terá consequências para o sujeito.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11689Compilado.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.

²⁹ FULLER, op. cit., p. 30.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² OLIVEIRA, Rogério Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55.

³³ LOPES apud CAMPOS, Flávia. *O sigilo de investigação criminal como garantia constitucional do indivíduo*. Disponível em: <<http://flaviocampos10.jusbrasil.com.br/artigos/148854730/o-sigilo-da-investigacao-criminal-como-garantia-constitucional-do-individuo>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

Sendo assim, mais um motivo para o sigilo do inquérito policial.

A Lei 11.690 de 2008³⁴ acrescentou o parágrafo sexto ao artigo 201 do Código de Processo Penal, que estatui:

O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o sigilo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

Trata-se de especificação do que foi estabelecido no inciso X do artigo 5º da Constituição. É dever do Estado zelar pelo direito à intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, inclusive no processo penal. Indaga-se então se tais direitos fundamentais estão apenas à disposição do ofendido³⁵.

O inciso X do artigo 5º não faz distinção entre acusado e ofendido. Os mesmos esforços despendidos para preservar-se a imagem do ofendido devem existir em favor do acusado, o que deve ser observado não só na fase processual, mas na pré-processual, onde o juízo de admissibilidade nem sequer fora exercido³⁶.

Por tais razões, exige-se que o operador do direito penal pugne por um inquérito mais sigiloso, que garanta o respeito à imagem do indiciado e seja eficaz à elucidação dos fatos e busca da verdade real, seja ela para fundamentar a acusação ou o arquivamento³⁷.

Tal sigilo não alcança o membro do Ministério Público, por ser o responsável pela pelo exercício da ação penal e destinatário das provas colhidas em tais diligências. Outrossim, o sigilo não atingirá o defensor do indiciado, por disposição expressa presente no art. 7º, XIV da Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia)³⁸.

As provas produzidas na fase pré-processual destinam-se ao convencimento do Ministério Público, e não do juiz. Com a exigência do contraditório e da ampla defesa na fase processual, as provas colhidas na fase policial deverão ser repetidas durante a instrutória da ação penal. Daí, a previsão, expressa, do art. 155, caput do Código de Processo Penal, em redação dada pela Lei n. 11.690/08³⁹.

³⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11689.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.

³⁵ CAMPOS, op. cit., nota 33.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 412.

Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, inciso X da CRFB), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI da CRFB), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias⁴⁰.

Diante de tais considerações, surge uma questão: nulidades e ilicitudes presentes no inquérito contaminam o processo penal?

A investigação policial, a par de sua importância, costuma ser campo fértil para reducionismos e generalizações, especialmente quando a discussão envolve vícios ocorridos no inquérito policial e suas consequências⁴¹.

Não são incomuns as afirmações de que irregularidades verificadas no decorrer do inquérito policial não contaminam a ação penal. Esse raciocínio se baseia no fato de o inquérito policial consistir supostamente em procedimento apenas informativo, sem incidência dos postulados do contraditório e da ampla defesa. Prevalece o entendimento que os defeitos na investigação policial consistem em meras irregularidades que não afetam a substância do ato nem sequer atingem o processo penal subsequente⁴².

Todavia, mostra-se necessário investigar com mais atenção o regime aplicável aos vícios do inquérito policial, e conseqüentemente os efeitos de seu reconhecimento.

O inquérito policial, enquanto espécie de investigação preliminar, exige uma responsabilidade ética do Estado pela condução da investigação e posterior julgamento, devendo ser fiel às normas legais vigentes no país e conforme a sua Constituição⁴³.

O fato de o inquérito ter natureza administrativa não o blindava contra as garantias processuais e constitucionais, na medida em que o próprio artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal estende a sua incidência à fase de investigação. Ademais, o princípio do devido processo legal tem plena incidência em qualquer procedimento ou processo administrativo, ou seja, qualquer procedimento administrativo é pautado pela estrita legalidade dos atos da

⁴⁰ *Ibid.*, p. 345.

⁴¹ HOFFMAN, Henrique. *Inquérito policial se sujeita a nulidades que contaminam o processo penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-24/academia-justica-inquerito-policial-sujeita-nulidades-processo-penal>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

⁴² *Ibid.*

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Nulidades e ilicitudes do Inquérito não contaminam o Processo Penal?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-19/limite-penal-nulidades-ilicitudes-inquerito-nao-contaminam-processo-penal>>. Acesso em: 1 mar. 2017.



administração⁴⁴.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE BANCO DE DADOS COM MATERIAL GENÉTICO DE CONDENADOS

A Lei n. 12.654/2012, publicada em 29 de maio de 2012, alterou a Lei n. 12.037 de 01 de outubro de 2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado) e a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação⁴⁵.

Entretanto, a citada Lei n. 12.654/2012 somente entrou em vigor 180 dias após a sua publicação, ou seja, no dia 26 /11/2012⁴⁶.

Dentre as alterações promovidas pela Lei no 12.654/12 merece maior destaque a previsão legal para que, ainda na fase da instrução criminal, possa ser realizada a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético do investigado⁴⁷. O parágrafo único, incluído no art. 5º, da Lei n. 12.037/09⁴⁸, possui inequívoco caráter facultativo, pois “a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”, ficando a utilização de tal medida a critério e apreciação do magistrado.

Deste modo, a necessidade da referida coleta de material biológico deverá ser oportuna e criteriosamente avaliada, pois estar-se-á invadindo a intimidade do indivíduo.

Destaca-se, todavia, que o problema maior trazido pela nova lei são as alterações promovidas na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84). Segue a redação do artigo incluído⁴⁹:

Art. 5º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ BRASIL. Senado Federal. *Secretaria de Informação Legislativa*. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/Default.do?documento=act&id=265012>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

⁴⁶ BRASIL. Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12654.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

⁴⁷ PEREIRA, Gustavo Lázaro. A identificação criminal em face da nova Lei 12.654/12: Breves apontamentos.

Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito, Garça, SP, n. 2, 2012. Disponível em:

<http://www.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/vR49hgpbSNG7iKT_2013-12-4-17-43-58.pdf>.

Acesso em: 18 mar. 2017.

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12037.htm. Acesso em: 18 mar. 2017.

⁴⁹ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.



genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e inócuo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Lado outro, de uma rápida leitura do dispositivo é forçoso concluir que estão obrigados à extração de DNA para identificação de seu perfil genético os indivíduos já condenados por crime doloso que tiverem sido praticados com emprego de grave violência à pessoa, ou por crime hediondo ou equiparado.

A referida lei ainda dispõe que as informações genéticas serão armazenadas em banco de dados sigiloso, pretendendo o Estado esboçar o perfil genético e comportamental de criminosos³⁰.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal (STF) decidir se é constitucional, ou não, a referida coleta. Objeto do Recurso Extraordinário (RE) n. 973837, a discussão da matéria teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelo Plenário Virtual da Corte³¹.

Recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Minas Gerais, a defesa de um acusado sustenta que a medida em questão viola o princípio constitucional da não autoincriminação, além do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”³².

Relator do caso, o ministro Gilmar Mendes frisou em sua manifestação que são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, armazená-los em bancos de dados, traçar seu perfil genético e fazer uso dessas informações. Citou, inclusive, casos julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, segundo os quais as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada³³.

³⁰ PEREIRA, op. cit., nota 47.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados*. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/ctes/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>. Acesso em: 18 mar. 2017.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados*. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/ctes/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>. Acesso em: 18 mar. 2017.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados*. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/ctes/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>. Acesso em: 18 mar. 2017.



O ministro explicou ainda que, no caso brasileiro, a Lei 12.654/2012 introduziu a coleta de material biológico em duas situações distintas: na identificação na fase criminal e na execução penal dos crimes praticados com violência ou por crimes hediondos.

Na primeira hipótese, o juiz deve determinar a medida, após avaliar se ela é mesmo indispensável para as investigações, e os dados podem ser eliminados no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito cometido. Quanto aos dados dos condenados, esses devem ser coletados como consequência da condenação, sem previsão para a eliminação do perfil. Em ambos os casos os perfis são armazenados em bancos de dados e podem ser utilizados para identificação de pessoas desaparecidas e/ou para instruir investigações criminais.³⁴

Em razão do reconhecimento da repercussão geral, a decisão a ser tomada pelo STF quanto ao mérito do recurso deverá ser também aplicada aos casos análogos que, até o trâmite final do RE, permanecem sobrestados nas demais instâncias.³⁵

No que tange à finalidade dessa coleta e da formação do referido banco de dados, existem inúmeros crimes cuja execução deixa materiais genéticos como vestígios que se tornam provas decisivas para sua elucidação. É o caso, por exemplo, do sêmen do autor em crimes de estupro; as gotas de sangue do agressor na hipótese de um homicídio consumado em que a vítima tentou se defender, e os fios de cabelo do agente no caso de um crime de furto.

Vale ressaltar que em situações como essas será possível a comparação dos vestígios deixados com as informações constantes desse banco de dados para que se possa então descolocar o verdadeiro autor do crime.³⁶

Ressalta-se que a mencionada lei permitiu a coleta de material biológico da pessoa para obtenção de perfil genético durante as investigações para apurar a autoria de crime, assim como quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes por ela elencados.

Durante a instrução criminal quem determina a coleta é somente a autoridade judiciária. A lei prevê, no entanto, que esta decisão poderá ser tomada de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do MP ou mesmo da própria defesa, se for de fato essencial às investigações policiais.³⁷

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ DIREITO, Dizes a. *Comentários à Lei 12.654/2012 (coleta de material biológico do investigado ou condenado)*. Disponível em: <<http://www.dizendireito.com.br/2012/05/comentarios-lei-126542012-coleta-de.html>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

³⁷ *Ibid.*

A Lei n. 12.654 prevê que os dados coletados deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. As informações genéticas contidas nesses bancos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos³⁸.

Os materiais constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

Os resultados deverão constar em laudo pericial contendo as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos, firmado por perito oficial devidamente habilitado. No término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito ocorrerá a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados³⁹.

Destaca-se ainda que em 18 unidades da Federação que participam da Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos (RIBPG) já é realidade a identificação de criminosos, além do auxílio das investigações com o emprego de bancos de perfis genéticos.

Conclui-se que a sua principal finalidade é compartilhar informações, entre laboratórios de perícia sobre vestígios e suspeitos de praticar determinados crimes⁴⁰.

Em 2009 a mencionada Rede - e que já reúne cerca de 2.500 perfis genéticos, foi criada por uma iniciativa conjunta do Ministério da Justiça e Secretarias de Segurança dos estados. Encontram-se no Banco Nacional, dentre os dados de interesse criminal, 1.524 perfis genéticos de vestígios de crimes, 53 de criminosos condenados e mais de 26 identificações criminais. As amostras de referência são coletadas segundo a Lei de Execução Penal ou a Lei de Identificação Criminal, enquanto os vestígios são coletados pela perícia forense nos locais em que ocorreu o crime, ou mesmo no próprio corpo das vítimas⁴¹.

Além disso, uma outra finalidade do banco de perfis genéticos é a identificação de pessoas desaparecidas. Já foram recolhidos um total de 579 restos mortais, 305 amostras de familiares e uma referência direta de pessoa desaparecida. Após serem cruzadas, estas

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ BRASIL. Porto Brasil. *Banco de perfis genéticos reúne mais de 2.500 amostras*. Disponível em: <<http://www.brazil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amostras>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

⁴¹ *Ibid.*



informações já auxiliaram a identificação de uma pessoa desaparecida no Estado do Rio de Janeiro⁶³.

A identificação de pessoas desaparecidas ocorre por meio da alimentação sistemática dos perfis genéticos de quatro tipos diferentes de amostras biológicas: pessoas de identidade desconhecida, cadáveres e restos mortais não identificados, referências diretas de pessoas desaparecidas e familiares de pessoas desaparecidas⁶³.

Guilherme Jacques, perito criminal e coordenador do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, explica que a Rede depende não apenas da coleta adequada das amostras biológicas deixadas pelos infratores nos locais de crime ou no corpo das vítimas, mas também da coleta em criminosos já condenados e outros ainda suspeitos.⁶⁴

Jacques⁶³ explica que “os vestígios são confrontados entre si, o que já permite a detecção de crimes seriais. Mas sua identificação segura depende do confronto com o os perfis genéticos dos indivíduos condenados e os identificados criminalmente”.

CONCLUSÃO

No Brasil, quanto ao uso do banco de dados genéticos na instrução criminal, tendo em vista que a Lei n.12.654/2012 não prevê a coleta do material biológico do acusado durante o processo penal, ou seja, após as investigações em sede policial, não é possível que tal coleta seja realizada. Por se tratar de norma restritiva de direitos fundamentais do acusado, não pode ser interpretada de forma ampliativa. Entretanto, destaca-se que a coleta de perfil genético é permitida para que seja provada a inocência do réu.

Apesar de a lei não ter condicionado expressamente a coleta de material biológico ao trânsito em julgado, a exigência de que o réu já tenha sido condenado decorre do princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII.

Quanto aos crimes equiparados a hediondos, não é permitida a coleta de material biológico, pois sempre que a lei quis estabelecer tratamento uniforme entre os crimes hediondos e

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁴ JACQUES apud BRASIL. *Porta Brasil. Banco de perfis genéticos reúne mais de 2.500 amostras*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amostras>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

equiparados, ela o fez expressamente, como é o caso do art. 2º da Lei n.º 8.072/90.

A Lei n. 12.654/2012, apesar de extremamente relevante na elucidação de crimes e identificação de pessoas desaparecidas, trata-se, porém, de uma lei de reduzida efetividade, pois não há nenhuma consequência para o investigado ou condenado caso se negue a permitir a coleta do material biológico.

Toda pessoa tem o direito de não produzir prova contra si mesmo. Logo, o indivíduo que se nega a permitir a coleta de material biológico para se autodefender exerce um direito garantido constitucionalmente e, por tal razão, não pode ser responsabilizado criminal ou disciplinarmente por isso.

O Estado não poderá, sob pena de inconstitucionalidade, impor, costivamente, que a pessoa ceda material genético para a coleta, durante a fase de investigação criminal, ainda que mínimo, como a saliva.

A Lei n. 12.654/2012, portanto, prevê mera faculdade para o investigado ou condenado que, se assim quiser, poderá permitir a coleta de seu material biológico.

Forçoso concluir, então, que se trata de Lei de reduzida efetividade.

Vale mencionar que é pacífico o entendimento do STF de que, por conta do princípio da não autoincriminação, *nemo tenetur se detegere*, o acusado não é obrigado a fornecer padrão vocal ou padrão de escrita para que sejam realizadas perícias que possam prejudicá-lo. Ora, este mesmo raciocínio será, certamente, aplicado para o fornecimento de material biológico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 out. 2016.

_____. Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.



_____. Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12654.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. *Porta Brasil. Banco de perfis genéticos reúne mais de 2.500 amostras.* Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amostras>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Senado Federal. *Secretaria de informação legislativa.* Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/DefaultDocumento.action?fid=265012>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional.* Salvador: Juspodivm, 2010, p. 666.

DIREITO, Dizer o. *Comentários à Lei 12.654/2012 (coleta de material biológico do investigado ou condenado).* Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/comentarios-lei-126542012-coleta-de.html>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

FULLER, Paulo Henrique Arruda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Dimiz; MACHADO, Angela C. Cangiano. *Processo Penal.* 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONETBRANCO apud CARVALHO, Rayanna Silva. *Liberdades Constitucionais: breves anotações.* Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/liberdades-constitucionais-breves-notacoes,42324.html>>. Acesso em: 10 out 2016.

HOFFMAN, Henrique. *Inquirito policial se sujeita a nulidades que contaminam o processo penal.* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-24/academia-policial-inquerito-policial-sujeita-nulidades-processo-penal>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

JACQUES apud Porta Brasil. *Banco de perfis genéticos reúne mais de 2.500 amostras.* Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amostras>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

LOPES apud CAMPOS, Flávio. *O sigilo da investigação criminal como garantia constitucional do indiciado.* Disponível em: <<https://flaviocampos10.jusbrasil.com.br/artigos/148854730/o-sigilo-da-investigacao-criminal-como-garantia-constitucional-do-indiciado>>. Acesso em: 01 mar. 2017.



LOPES JÚNIOR, Aury. *Nullidades e ilicitudes do Inquirito não contaminam o Processo Penal?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-19/limite-penal-nullidades-ilicitudes-inquerito-nao-contaminam-processo-penal>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FEREIRA, Gustavo Lázaro. A identificação criminal em face da nova Lei 12.654/12: Breves apontamentos. *Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito, Garça, SP*, n. 2, 2012. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/vR49hgyhSNG7iKT_2013-12-4-17-43-58.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2017.

PINHO apud CARVALHO, Rayanna Silva. *Liberdades Constitucionais: breves anotações*. Disponível em: <http://www.contendojuridico.com.br/artigo_liberdades-constitucionais-breves-avotacoes_42324.html>. Acesso em: 10 out 2016.

SILVA apud CARVALHO, Rayanna Silva. *Liberdades Constitucionais: breves anotações*. Disponível em: <http://www.contendojuridico.com.br/artigo_liberdades-constitucionais-breves-avotacoes_42324.html>. Acesso em: 10 out 2016.

TOURINHO FILHO apud IMMICH, Micheli. *Noções Preliminares de Direito Processual Penal*. Disponível em: <<https://michellipimmich.jusbrasil.com.br/artigos/336954829/nocoes-preliminares-de-direito-processual-penal>>. Acesso em: 1 mar. 2017.



CONCURSO PÚBLICO – INVESTIGAÇÃO SOCIAL - CONTROVÉRSIAS

Maria Luiza Lopes Pinto

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Capitão da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Assistente-Jurídica do Comandante Geral da PMERJ.

Resumo – o concurso público é a forma mais justa de se ter acesso às melhores carreiras profissionais. Hoje são elas as carreiras públicas, que gozam com os melhores salários e estabilidade, algumas até contam com a vitaliciedade. O critério é o mais justo, pois seleciona aquele que está mais preparado, que estuda mais, que possui um maior vigor físico e cognitivo. No entanto, é também uma forma de retirar aqueles que não possuem perfil para ser um agente público. A pesquisa social faz isso perfeitamente. Esta pesquisa precisa ser realizada da forma mais equilibrada possível, porém é comum se ter dissenso na sua realização, agindo o Estado, muitas das vezes, de forma ditatorial e unilateral. Critérios objetivos de seleção podem minimizar conflitos e diminuir dificuldades diante de princípios fundamentais que devem ser observados.

Palavra chave – Direito Administrativo. Concurso Público. Princípio da Presunção da inocência. Princípio do Interesse Público.

Sumário – Introdução. 1. A pesquisa social de um concurso público e suas formas de selecionar ou discriminar um candidato. 2. Necessidade de a investigação social ter forma prescrita em lei específica e não se basear apenas no edital de um concurso. 3. Conflito aparente de princípios: interesse público x presunção da inocência.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a discutir as controvérsias trazidas pelo tema Concurso Público, principalmente, no que tange à área da investigação social. Procura-se mostrar a dificuldade na aplicação prática de conceitos e princípios constitucionais e legais que devem nortear a questão.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir a eficácia da investigação e sua correlação com a escolha de melhores profissionais no âmbito da Administração Pública.

O primeiro capítulo do trabalho versa sobre a necessidade de existência de Lei para regular de forma geral qualquer concurso público, com critérios objetivos de aprovação na pesquisa social. Traz um resumo geral sobre a Administração Pública e consequente correlação com o serviço público.



Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a possível inconstitucionalidade de alguns critérios de reprovação, analisando-se as controvérsias oriundas da necessidade de se observar a igualdade entre os candidatos, conforme o princípio da isonomia.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a dicotomia entre a aplicação dos princípios constitucionais do interesse público e o da presunção de inocência. Observa-se a existência ou não de um conflito de normas, e se esse é real ou aparente.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador busca se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A PESQUISA SOCIAL DE UM CONCURSO PÚBLICO E SUAS FORMAS DE SELECIONAR OU DISCRIMINAR UM CANDIDATO

Para selecionar melhor os candidatos para uma determinada função pública, é necessário se estabelecer critérios para uma melhor escolha. Esta escolha deve estar alicerçada com os objetivos e parâmetros determinantes para o bom exercício da função.

Primeiramente, é necessário se esclarecer que Administração Pública é a gestão da coisa pública de forma geral. O homem decide viver em sociedade e o Estado assim formado precisa de gestão. Objetivamente a Administração é formada por seus Órgãos e subjetivamente a Administração é formada por seus agentes.

Os agentes públicos não podem simplesmente ser escolhidos por seus gestores, pois esta escolha seria baseada em critérios pessoais, ferindo a igualdade que deve preponderar entre todos os membros da sociedade e também a transparência na escolha. Condutas como o nepotismo, clássicas em cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, seriam triviais. Assim entende o Supremo Tribunal Federal⁴:

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portalfunizprudencia/menusumaria.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 10 abr. 17.



A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Assim, é cediço que o concurso público é o melhor caminho para a Administração alcançar os princípios constitucionais previstos no caput, a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, visando à boa execução do serviço público. Atende também a igualdade que deve existir entre todos os indivíduos, filtrando os mais capacitados para representar a própria Administração e conseqüentemente o Estado.

De acordo com o art. 37, II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²:

a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Um dos critérios para a seleção é a pesquisa social, presente senão em todos, mas na maioria dos concursos existentes no país. A pesquisa nada mais é do que uma análise sobre a vida progressa do candidato, o seu perfil e conduta social o permitem desenvolver atividades inerentemente públicas, atendendo a população de uma maneira geral e representando diretamente a Administração. O funcionário na verdade não representa e sim é a própria Administração de forma subjetiva.

A Administração pode exigir a pesquisa, mas todo ato administrativo, que é um ato unilateral de vontade, deve ser motivado. Motivação é uma justificativa, ou seja, a fundamentação para a ação. É explicar, de maneira clara e consistente, os elementos que a convenceram a praticar determinado ato, informando-se os fatos e fundamentos jurídicos que foram levados em consideração.

É importante essa seleção, pois no seu lado subjetivo o servidor será a própria Administração Pública. Convém esclarecer que essa seleção é só para o servidor público concursado, já o servidor que possui cargo em comissão ou de confiança, não precisa ser selecionado. Como o próprio nome já diz, é aquele que trabalha em confiança. Não há

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituir%4C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017



qualquer tipo de controle sobre a moral e a vida progressiva desse funcionário. Na ciência doutrinária sobre esta questão, que não convém serem mencionadas na presente explanação.

De acordo com entendimento de Maria Sylvia Di Pietro³, servidor público, de forma geral, em sentido *lato sensu*, é:

espécie de agentes públicos onde se encontra o maior número de pessoas naturais exercendo as funções públicas, cargos públicos e empregos públicos nas administrações direta e indireta. São agentes administrativos que exercem uma atividade pública com vínculo e remuneração paga pelo erário público.

Nesta linha de raciocínio, de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa social, também denominada de investigação social, não é apenas uma verificação se o candidato cometeu ilícitos penais, mas busca analisar sua conduta moral e social, dentro de parâmetros médios da sociedade, ao longo de toda sua vida.

A investigação social exigida em edital de concurso público não se resume a verificar se o candidato cometeu infrações penais. Serve também para analisar a conduta moral e social ao longo da vida

Entende a jurisprudência do STJ⁴:

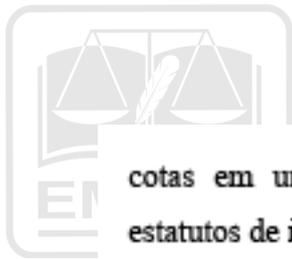
que a investigação social não se resume a analisar a vida progressiva do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado. Em precedente da 6ª Turma, a Corte decidia que deve ser analisada a conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir o padrão de comportamento diante das normas exigidas ao candidato da carreira policial, em razão das peculiaridades do cargo que exigem a retidão, lisura e probidade do agente público.

É inegável a necessidade de se delimitar objetivamente os critérios para esta seleção, pois de acordo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ninguém pode responder indefinitivamente por qualquer atitude errada ou danosa a terceiros. Um critério temporal deve ser fixado ou se estará em contradição com todo o sistema jurídico brasileiro, que presa pela ressocialização, regeneração e readaptação de pessoas que possuam condutas que vão de encontro com as normas estabelecidas na sociedade.

Crerios objetivos também dificultam que a investigação seja uma forma de discriminar pessoas e não as selecionar. O Brasil é um país que possui um histórico de segregação e diferenciação de indivíduos que não se adequam a padrões previamente estabelecidos como certos ou normais, criando várias formas de se diminuir as diferenças com

³ PIETRO, Maria Sylvia Zanello Di. *Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 353.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. RMS 24.287/RO, Rel. Min. Aletires Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJPB), julgado em 04/12/2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/78908423/vjxc-12-09-2014-pg-84>>. Acesso em: 10 abr. 17.



cotas em universidades, inclusão social de pessoas de comunidade, inclusão regional, estatutos de idosos, deficientes, rede de proteção a mulher, entre outros.

Sendo assim, o concurso deve respeitar os princípios constitucionais da igualdade e da isonomia, que são as bases de sustentação do Estado democrático de direito⁵:

o conceito de justiça ligado intimamente ao princípio da igualdade dentro da vertente de suas principais virtudes deve inculcar no intérprete do direito não uma mecânica de inserção automática dos casos concretos a letra nua das normas escritas, a exemplo do que pretendem alguns, mas sim concentrar essencialmente as virtudes da equidade, da dinâmica, da justiça de distribuição de méritos e deméritos.

A igualdade entre os participantes do concurso, sem nenhuma forma de discriminação entre pessoas, deve ser um dos pilares da pesquisa social, sendo justa e equânime. Sua função é de impedir que o incapaz de representar a Administração seja selecionado e não uma forma de aumentar a desigualdade social.

2. NECESSIDADE DE A INVESTIGAÇÃO SOCIAL TER FORMA PRESCRITA EM LEI ESPECÍFICA E NÃO SE BASEAR APENAS NO EDITAL DE UM CONCURSO

É crescente discussão em torno dos requisitos de reprovação com base na investigação social, tendo em vista que a aprovação em concurso público passou a ser uma das principais metas de qualquer estudante brasileiro. Alegando que esses critérios estão baseados na busca da efetivação do princípio da moralidade administrativa, muitas das vezes se tem uma análise rasa e subjetiva de um padrão estabelecido de forma preconceituosa ou discriminatória, como tratado no capítulo anterior.

Para haver uma restrição, é indispensável que a conduta esteja pautada na lei. A Administração se diferencia do particular, pois só pode fazer aquilo que a lei permite; já o particular possui a liberdade de fazer qualquer coisa, desde que não haja proibição legal. Essa diferença é enorme, principalmente porque confere a Administração a força de ente superior ao particular podendo selecionar e dirimir conflitos entre particulares.

A legalidade deve ser sempre observada. É o alicerce do Estado Democrático de Direito. Se a Administração dela se afastar, ter-se-á como consequência a invalidade do ato

⁵NDNBS, Cláudio Pedrosa. Monografia apresentada no Curso de Mestrado em Direito DFPE/IESP. Disponível em: < http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf >. Acesso em: 10 abr. 17.



administrativo. A conduta disforme será como uma mera conduta de particular. Do princípio da legalidade e do seu desdobramento, que é o da reserva legal, decorrem todos os demais princípios.

Um dos princípios decorrentes é o da moralidade administrativa. De acordo com o entendimento do professor Guilherme Peñas⁶, é o dever de a Administração agir eticamente com observância as normas e princípios que lhe regem, visando não só sua aplicação formal, mas ao efetivo cumprimento do espírito das leis que esta se submete, de forma imparcial.

Assim é necessário que as regras definidoras da investigação tenham amparo legal, não podendo apenas estar presentes no edital do concurso. Um mero edital não é a clara manifestação da vontade popular, podendo ter sido conduzido por uma Resolução, determinar os critérios de aprovação ou não, independente do cargo almejado.

Como exemplo, tem-se o edital, nº 2 – TRT 5ª REGIÃO – Juiz do Trabalho Substituto, de 21 de dezembro de 2012, também elenca no tópico 9.2.6 os casos de desabono moral, que são dentre outras as seguintes:

São fatos que afetam o procedimento irrepreensível e a idoneidade moral do candidato: a) habitualidade em descumprir obrigações legítimas; b) relacionamento ou exibição em público com pessoas de notórios e desabonados antecedentes criminais, (...) e) prostituição; f) prática de ato atentatório à moral e aos bons costumes; (...) h) estar respondendo ou ter sido indiciado em inquérito policial ainda em curso, estar envolvido como autor em termo circunstanciado de ocorrência, ou estar respondendo a ação ou a procedimento administrativo-disciplinar [...].

Observa-se que as determinações contidas no edital acima não possuem amparo legal, demonstrando ser a nítida vontade do Agente Público responsável pela execução daquela prova. Vontade baseada na parcialidade, ou seja, sua vontade e não de acordo com a legislação vigente.

Assim, toda restrição à igualdade existente entre os candidatos deve estar prevista em lei e de acordo com o princípio da legalidade, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁷. Está reservado à lei a imposição de condições que restrinjam o acesso às funções públicas, sob pena de ferir a Constituição.

O edital está abaixo da classificação do que venha a ser lei, trata-se de ato infra legal. É ato da autoridade responsável pelo concurso. O agente público que inclui nos editais exigências não decorrentes da lei acaba por usurpar uma competência que é do Legislativo,

⁶ MORAES, Guilherme Peñas de. *Curso de Direito Constitucional*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.110.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017, art. 5, II.



ferindo o princípio da separação dos poderes. O correto é que os editais sejam confeccionados com base na norma pré-estabelecida.

As restrições contidas no edital do concurso vão literalmente impedir o acesso do cidadão que não se adequar a determinação. Então, essa restrição não pode dispor nem mais nem menos do que a lei determinar. A conduta estará plenamente vinculada.

Assim as restrições sofrem limitações temporais. A lei, por exemplo, dá ao cidadão do direito ao esquecimento de uma má-conduta já devidamente sancionada pelo Estado, por exemplo. Todos têm o direito de recomeçar e escrever uma nova história, devendo a Sociedade lhe dar chances para continuar. Restrições ocorrerão, mas essas precisam também ocorrer dentro de um prazo razoável a partir da conduta. O direito de se cobrar por más condutas e sancioná-las também está sujeito a prazos decadenciais e prescricionais. Ressalte-se que a reprovação em um concurso é uma forma de sanção.

Neste sentido, o art. 5º, inciso XLVII⁶ – “não haverá penas: de caráter perpétuo”. Sendo assim, ninguém pode ficar respondendo indefinitivamente por uma má-conduta, ainda mais se o emprego público é uma forma de recomeço, uma habilitação para uma vida regada e pautada nos pilares integridade.

Ainda dentro da temporariedade, o modelo de execução penal brasileiro a busca proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, caso seja menor de 18 anos. Tais objetivos visam a integrar o apenado a sociedade, para que apesar da punição pelo ato praticado, também tenha possibilidade de recuperação, visando ao seu regresso ao convívio social e que não volte a delinquir. O regresso ao convívio social é o objetivo posterior a punição, então o apenado não pode ser sancionado com reprovações em pesquisas sociais de concurso eternamente.

Outro tipo de limitação é a material, ou seja, referente à matéria da pesquisa social. Um dos objetivos fundamentais do nosso ordenamento é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outros. Qualquer forma de discriminação e diferenciação não é tolerada. A diferenciação só pode existir calcada na lei, como por exemplo, a necessidade de que policiais e juizes não tenham antecedentes criminais.

Desta maneira, conclui-se que o edital deve estar em consonância com a lei, não podendo manifestar apenas uma vontade ditatorial e desigual, mesmo que o concurso seja de

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017, art. 5, II.



atividades estritamente públicas, como as que vão desencadear o poder de polícia, fazendo prevalecer o interesse da coletividade em detrimento do interesse individual, como as atividades policiais, fiscalizatórias, judiciais, entre outras.

Os critérios de reprovação devem ser totalmente objetivos, pautados na lei e amparados pelos princípios constitucionais protetores dos direitos fundamentais, como da dignidade da pessoa humana, legalidade, moralidade, igualdade e publicidade.

3. CONFLITO APARENTE DE PRINCÍPIOS: INTERESSE PÚBLICO X PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Para que sejam definidos os parâmetros para a pesquisa social de um concurso público, conforme visto nos capítulos anteriores, há de se observar a aplicação e preponderância entre os princípios do interesse público e também o princípio da presunção de inocência.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, interesse público é⁹:

As normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que deu muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia do homem com fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos tem supremacia sobre os individuais.

Apesar de ainda não se tratar de uma decisão definitiva, um simples procedimento apuratório sobre a conduta de uma pessoa pode não impedir, mas certamente pode limitar o acesso a determinados cargos e funções durante um lapso temporal. Imagine-se um candidato a exercer a função de juiz estadual que responde a inquérito policial por homicídio triplamente qualificado. Não há qualquer condenação penal, mas há um inquérito, onde o indiciado é o candidato. Em tese, pelo princípio da presunção da inocência, que será posteriormente explicado, não pode haver qualquer restrição a aprovação deste candidato. Argui-se a legitimidade de tal conduta. Há interesse público na restrição do acesso deste candidato ao cargo.

⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 183.



Na mesma linha, Hely Lopes Meirelles¹⁰ defende a observância obrigatória do princípio da supremacia do interesse público na interpretação do direito administrativo. Sustenta que o princípio se manifesta especialmente na posição de superioridade do poder público nas relações jurídicas mantidas com os particulares, superioridade esta justificada pela prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais. Para o autor supramencionado, o interesse coletivo, quando conflitante com o interesse do indivíduo, deve prevalecer.

Assim, diante do concurso é necessário se observar o interesse preponderante da Administração Pública, pois, na verdade, essa busca completar seus quadros de funcionários que irão a representar. Não se trata de qualquer emprego, mas sim de uma função pública, em que o funcionário é a Administração subjetivamente, e esta prima pela probidade e pela moralidade.

Da mesma forma entendem os Tribunais Superiores, conforme decisão abaixo transcrita. Trata-se de candidato que somente responde por ação penal. Não há condenação transitada em julgado.

nesse no Cargo de Delegado de Polícia de alguém que responde ação penal pela prática dos crimes de formação de quadrilha e de corrupção ativa compromete uma das mais importantes instituições do Estado, e não pode ser tolerado¹¹.

Deveria ser indiscutível a possibilidade de a Administração analisar o que é melhor para a coletividade e a escolha de seu funcionalismo, entretanto o mérito Administrativo não pode se afastar da lei, da motivação de seus atos. O princípio da supremacia do interesse público não é absoluto.

O princípio da presunção da inocência é outro princípio que deve ser observado na investigação social. Trata-se de uma das principais garantias constitucionais do cidadão brasileiro, estabelecendo que todo e qualquer acusado deve ser considerado inocente até a decisão final, contra a qual não caiba mais recurso, independente da acusação que lhe for imputada. A ausência do trânsito em julgado não gera nem reincidência penal¹².

Também versa sobre o assunto a Constituição Federal¹³ em seu art. 5º, LVII prediz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Se o candidato não pode ser considerado culpado, é claro que também não

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 53.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. RMS 43.172/MT. Relator: Min. Ari Pazendão. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stj-impede-candidato-seja-eliminada.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹² Art. 63 do Código Penal: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”.

¹³ _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao%20CF%20A7ao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.



pode ser reprovado em pesquisa social de concurso público. A reprovação não guardaria paridade e adequação com a Carta Magna.

O doutrinador Guilherme Peñas de Moraes¹⁴ traz as seguintes divagações em referência ao princípio:

Princípio da presunção de inocência: norma de prova e norma de tratamento, uma vez que o ônus de demonstrar a real ocorrência dos fatos constitutivos do delito de punir do Estado cabe integralmente à acusação, sob pena de absolvição, assim como o acusado não pode ser tratado como culpado, sendo manifesta a direção entre indiciado (pessoa contra a qual foi instaurado o inquérito policial), acusado (pessoa contra a qual foi deduzida pretensão positiva em juízo ou tribunal), condenado (pessoa contra a qual foi proferida sentença penal condenatória revestida pela coisa julgada material), respectivamente. Em suma, a presunção de inocência encerra duas ocasiões: uma é correlativa ao ônus da prova, de forma que o ônus de demonstrar os fatos imputados na denúncia ou queixa é imposto ao Ministério Público ou querelante, enquanto a outra é correlata à prisão provisória, de modo que a restrição da liberdade de locomoção do imputado, durante a persecução criminal, é medida excepcional.

Injusto seria se realizar a etapa da investigação social sem o imperioso detalhamento do princípio da presunção da inocência, que impede o prejulgamento do candidato que ainda não foi julgado com sentença transitada em julgado. Sem o transitado o candidato é, a princípio, inocente e capaz.

Várias são as decisões dos Tribunais Superiores que reafirmam esta ideia:

Viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responde a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória.¹⁵

Não pode haver exclusão do certame, pois a fase do inquérito é inquisitiva, não havendo contraditório e nem ampla defesa. O mesmo ocorre durante a ação penal. Ainda não há sentença. Até que se prove o contrário, o réu é inocente. Insta salientar que o ônus da prova cabe à acusação.

Outra decisão importante é a abaixo descrita:

CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO NO EXAME DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL FALTA DE RAZOABILIDADE DO ATO DE REPROVAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DO EDITAL. ANULAÇÃO DO ATO. As exigências contidas no edital do concurso para ingresso na carreira de policial militar, quanto ao comportamento social e familiar do candidato, são plenamente válidas, legais e constitucionais. A exigência relativa à pesquisa do ambiente social e familiar do candidato é legítima, pois tem por finalidade selecionar candidatos com condições para ingresso na Corporação, eliminando aqueles cujo comportamento é incompatível com a função a ser exercida.
[...]

¹⁴ MORAES, Guilherme Peñas de. Curso de Direito Constitucional. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 215.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma. Agr. 829186. Relator: Min. Dias Toffi. Disponível em: <<http://www.jstfscf.com.br/diarios/97121168/stf-04-08-2015-pg-143>>. Acesso em 10 abr. 2017.



Assim, considerar o fato de o candidato já ter feito uma transação penal como justificativa para a sua exclusão do concurso para a polícia militar violaria o princípio da proporcionalidade, bem como o princípio da presunção de inocência, na medida em que a transação penal não presume aceitação de culpa¹⁶.

Porém, é importante frisar que a Administração não está vinculada aos precedentes judiciais¹⁷. Não há impossibilidade de impedimento de aprovação de candidatos que apenas respondem por algum determinado delito, no entanto essa conduta administrativa deve estar muito bem delineada, havendo conexão com a razoabilidade para a função exercida e o tipo de delito respondido.

Deve ser feita a ponderação entre os princípios constitucionais na presunção da inocência e da supremacia do interesse público. Nenhum princípio constitucional é absoluto, há limitação, que corresponde exatamente a aplicação de outro princípio constitucional. Não há qualquer hierarquia entre eles.

De acordo com Wilson Antônio Steinmetz¹⁸:

Ponderar é atribuir peso. Portanto, o operador atribuirá pesos aos princípios conflitantes, de sorte que prevalecerá aquele a que for conferido o maior peso. Pode-se definir a ponderação de interesses como o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.

Importante se salientar, ainda, que todo conflito de princípios constitucionais é aparente. Não há colisão dos direitos fundamentais estabelecidos ou qualquer tensão constitucional, nomenclaturas também utilizadas. No entanto, qualquer princípio pode ser afastado em razão da sua ponderação com outros princípios. Observa-se que ponderar significa avaliar qual será mais importante dentro do caso concreto analisado. Deve ser feito um juízo de adequabilidade. Sendo assim possível que um princípio constitucional seja restringido e não aplicado. Prestigiando-se a aplicação de outro, que é mais pertinente ao caso analisado.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. RE 559135-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/97121168/stf-04-08-2015-pg-143>>. Acesso em: 10 abr. 2017

¹⁷ Precedente judicial é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

¹⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 140.



Por conseguinte, é perfeitamente possível a aplicação do princípio do interesse público em detrimento do princípio da presunção da inocência. Assim como a contrapartida também é verdadeira. Tudo dependerá do caso concreto analisado.

CONCLUSÃO

O concurso público no Brasil é a forma de muitas pessoas alcançarem seus sonhos, objetivos, estabilidade, uma melhoria financeira e salarial. As disputas cada vez mais acirradas precisam estar bem delimitadas e esclarecidas, para que o concurso seja justo. Critérios pré-estabelecidos não alijam candidatos, que antes se preparam e lançam suas ambições de acordo com as normas impostas.

A pesquisa social é também uma forma de qualificar o candidato, que não pode ser qualquer um, e sim pessoa idônea, capaz de sustentar o título de funcionário público. Ele é a Administração Pública em sua forma subjetiva. Sua conduta progressiva demonstra sua história e seu perfil de conduta.

De acordo com o princípio da presunção da inocência, qualquer conduta que não esteja plenamente provada, sendo apenas indiciária, não pode ensejar uma reprovação. De acordo com o princípio do *no bis in idem*, reprovar alguém por uma conduta que já foi anteriormente comprovada e sancionada, pode trazer uma nova pena para a questão. A análise dessas questões suscita questionamentos aos limites da pesquisa social.

Não há de se olvidar que critérios devem ser objetivamente estabelecidos. O interesse público deve nortear a questão de forma a selecionar o melhor para a imagem pública. Análise do tipo de serviço executado é imprescindível também. Esses critérios devem ser estabelecidos previamente por lei, não apenas no edital do concurso. A lei dá publicidade ao ato, o tornando universal e do conhecimento de todos.

Além disso, princípios constitucionais não podem ser inacessíveis. A ocorrência do conflito entre princípios constitucionais gera a necessidade de interpretação, de ponderação. Os princípios devem coexistir harmonicamente, de forma que a preponderância de um, não impeça terminantemente a utilização de outro.

Indícios mínimos de autoria e materialidade, apesar de ainda não terem sido devidamente processados e comprovados, podem sim ser motivos determinantes para a reprovação de um candidato, dependendo do cargo almejado. Há interesse público, que é



coletivo e geral, de se impedir que naquele momento, aquele candidato não esteja apto para ocupar aquela vaga, de acordo com a lei.

Sendo assim, o serviço público só tem a melhorar com o estabelecimento de critérios firmes de seleção e controle de ingresso originário dos mais diversos cargos e empregos públicos existentes no país. Conseqüentemente, a sociedade ganhará com uma melhor prestação do serviço. Afinal, a missão primordial do servidor é servir a comunidade da qual estará inserido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. RMS 43.172/MT. Relator: Min. Ari Pargendler. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stj-impede-candidato-seja-eliminado.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma. Agr. 829186. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/97121168/stf-04-08-2015-pg-143>>. Acesso em 10 abr. 2017

_____. Superior Tribunal Federal. RE 559135-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/97121168/stf-04-08-2015-pg-143>>. Acesso em: 10 abr. 2017

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Guilherme Peñã de. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2106.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.



STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



PRESENÇA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Mariana Boechat da Costa

**Graduada pela Universidade Cândido
Mendes Advogada.**

Resumo – Em observância à complexidade dos princípios constitucionais processuais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica, imperativos no Estado Democrático de Direito, e à sistemática que compõe o Processo Administrativo Disciplinar, é indispensável a defesa técnica por advogado ou defensor dativo em todas as suas etapas. No entanto, a Súmula Vinculante n. 05/2008 do Supremo Tribunal Federal desobriga este tipo de defesa, contrariando a Constituição Federal, art. 5º, LV e o art. 133. Por outro lado, a Súmula n. 343/2007 do Superior Tribunal de Justiça aponta que a ausência da defesa técnica caracteriza nulidade relativa em qualquer fase do Processo Administrativo Disciplinar. Diante de tais fatos, esse trabalho busca analisar, de acordo com um referencial bibliográfico e fundamentos legais, a importância do advogado no PAD e as consequências ocasionadas pela sua ausência.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Devido Processo Legal. Processo Administrativo Disciplinar. Defesa Técnica.

Sumário – Introdução. 1. O Processo Administrativo Disciplinar: consequências e reflexos no Estado Democrático de Direito. 2. Elementos do Processo Administrativo Disciplinar: implicações e desdobramentos na aplicação da norma jurídica. 3. Ausência do advogado no Processo Administrativo Disciplinar: aspectos controversos e consequências práticas de tal aplicação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho que visa a discutir a presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar é de grande importância para o direito brasileiro, pois se relaciona diretamente aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sendo assim, de suma utilidade para a correta forma de condução dos processos administrativos.

Dessa forma, pretende-se demonstrar se há ou não a necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar. A discussão desse tema tem como objetivo principal a aplicação concreta do direito administrativo disciplinar, penalizando de forma correta e justa as condutas que desabonem o regular exercício da função administrativa.

Nesse contexto, o presente artigo analisará as seguintes problemáticas: é obrigatória a defesa técnica no Processo Administrativo Disciplinar? Houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa pela Súmula Vinculante n. 5/2008? Qual a consequência da ausência do advogado no PAD?



Visando a alcançar a meta proposta, o tema será estudado em três capítulos. Primeiramente, serão abordados os conceitos de poder disciplinar, Processo Administrativo Disciplinar e os princípios constitucionais e específicos aplicáveis ao PAD.

O segundo capítulo destacará os elementos do Processo Administrativo Disciplinar indicando os sujeitos do PAD, suas fases, as sanções disciplinares e os institutos da revisão.

O terceiro capítulo discorrerá sobre os aspectos controversos do tema com as disposições legais, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Será enfocada ao desenvolver da discussão acerca da obrigatoriedade ou não da presença do advogado no âmbito disciplinar administrativo, observando-se todos os critérios indispensáveis ao estudo da problemática apresentada.

Em relação aos aspectos metodológicos, o estudo será baseado na pesquisa bibliográfica. O método empregado é o dedutivo, pois haverá a análise geral de leis e súmulas. A abordagem do problema é qualitativa, ao apreciar o tema sob o ponto de vista legal confrontando-o com as decisões judiciais, bem como quantitativa pela pesquisa de fatos e dados objetivos dos julgados.

Diante de tais fatos, o enfoque deste estudo será analisar, de acordo com um referencial bibliográfico, o conflito ocasionado pela ausência de necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar e o seu reflexo no Estado Democrático de Direito.

1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: CONSEQUÊNCIAS E REFLEXOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Processo Administrativo Disciplinar é um instrumento de fundamental importância para que a Administração Pública possa garantir a normalidade de suas atividades, visto que possibilita a apuração e punição de condutas irregulares de seus agentes e demais pessoas sujeitas à disciplina da Administração Pública, visando à responsabilização desses indivíduos.

Para garantir o desenvolvimento regular do serviço público, o Estado utiliza normas disciplinares para assegurar o cumprimento dos deveres funcionais. Assim, se um agente público descumprir seu dever, ou praticar um ato proibido, caso isso seja comprovado, esse será responsabilizado disciplinarmente, vindo a sofrer uma punição estatal.

O poder disciplinar adveio do poder hierárquico, entretanto, ambos não se confundem. O poder hierárquico é mais amplo e o poder disciplinar mais restrito, sendo, este, um atributo

do superior hierárquico.

Atualmente, o poder disciplinar é conceituado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ da seguinte forma: “Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso dos estudantes de uma escola pública”.

A hierarquia é a relação de coordenação e subordinação existente entre os diversos órgãos e agentes do poder executivo, não existindo esta relação no tocante aos Poderes Legislativo e Judiciário quando estão exercendo suas funções próprias, haja vista ela ser privativa da função executiva da Administração.

Faz-se necessário lembrar que o poder disciplinar também não deve ser confundido com o poder punitivo do Estado. O primeiro é exercido como forma de punição interna dos servidores pela administração, abrangendo apenas infrações relacionadas ao serviço público. Já o segundo é exercido como forma de controle social, visando à repressão de crimes previstos nas leis penais, sendo realizado pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, constata-se que o poder disciplinar, conferido à Administração Pública, é o fundamento que autoriza o Estado a punir seus agentes no caso de existirem infrações cometidas no exercício das funções públicas através do processo administrativo disciplinar, sendo obrigatória a punição do funcionário caso venha a se comprovar a infração, ressalvados os casos em que haja uma lesividade ínfima.

As normas disciplinares possuem efeitos preventivos e repressivos, visto que existem para evitar que infrações funcionais sejam cometidas e para garantir a punição de no caso da infração ser efetivamente cometida.

Assim, verifica-se que as normas disciplinares são de fundamental importância para que o serviço público se desenvolva de forma regular e estas normas vêm adquirindo a cada dia um maior destaque na ciência do Direito.

No tocante aos princípios norteadores do processo administrativo, destaca-se o princípio do contraditório e da ampla defesa. Exprime a garantia de que ninguém pode sofrer os efeitos de uma sentença sem ter tido a possibilidade de ser parte do processo do qual esta provém, ou seja, sem ter tido a possibilidade de uma efetiva participação na formação da decisão judicial. Encontra-se previsto expressamente no art. 5º, LV da Constituição Federal²

¹ DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 86.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.



que dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O Contraditório assegura a relação de dualidade no âmbito processual, ou seja, cada vez que um lado se manifesta o outro também terá direito de se manifestar. Assim, quando o acusador se manifesta em um processo, a defesa também terá igual direito e vice-versa. Já a ampla defesa assegura à parte o direito de apresentar no processo todos os meios de provas admitidos em direito bem como os recursos cabíveis quando lhe couber falar nos autos.

Verifica-se, pois, que o contraditório é um instrumento necessário a ampla defesa. Entende-se, que a obrigatoriedade da presença de advogado é essencial no Estado Democrático de Direito, posto ser esse o profissional qualificado para a defesa do acusado no processo disciplinar e, só com sua atuação, ter-se-á verificada a observância e o respeito ao princípio consagrado na carta magna.

Outro princípio fundamental no processo disciplinar é o devido processo legal. Tal princípio é proveniente do direito anglo-saxão, no qual algum ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em lei. Em se tratando da seara disciplinar, o princípio em tela determina que para haver uma punição disciplinar que restrinja a liberdade de servidores, e para haver imposição de pena pecuniária, há a necessidade de essas medidas serem tomadas por meio de um regular processo disciplinar.

O processo disciplinar possui algumas características que o relacionam com o direito e com o processo penal, visto que encontra fundamento no poder punitivo do Estado. Possui também relação com vários outros ramos do direito. Entretanto, sua principal relação ocorre com o direito administrativo. Logo, classifica-se o processo disciplinar como sendo um tipo de processo administrativo, tendo em vista que suas características predominantes estão intimamente ligadas a este tipo de processo.

Destarte, verifica-se que existe entre o processo administrativo e o processo disciplinar uma relação de gênero e espécie, respectivamente. Desse modo, constata-se que todo processo disciplinar é um processo administrativo, mas nem todo processo administrativo é um processo disciplinar.

Segundo Hely Lopes Meirelles³, o processo disciplinar é conceituado como:

O processo administrativo disciplinar é o meio de apuração e punição de fatos graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da administração. Tal processo baseia-se na

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 666.



supremacia especial que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vinculam aos seus serviços ou atividades, definitiva ou transitoriamente, submetendo-se à sua disciplina.

O processo disciplinar pode ser conceituado como sendo um instrumento formal utilizado pelo Estado para apurar possíveis infrações justificadas por servidores públicos no exercício de suas atribuições que, se comprovadas, sujeitarão estes servidores a punições previstas em regimentos disciplinares. Verifica-se, portanto, que o processo disciplinar tem como objeto a apuração das supostas infrações cometidas e a consequente aplicação da pena cabível, em caso de confirmação da infração. E, ainda, que tem como finalidade o controle da atividade de seus agentes, visando garantir a regularidade dos serviços públicos.

Assim, para efeitos didáticos, o processo disciplinar divide-se em duas categorias distintas, quais sejam: sindicância e o processo administrativo disciplinar. A sindicância será qualquer procedimento utilizado para apurar faltas disciplinares menos graves, sendo consideradas aquelas que não ensejem a pena de demissão. Já o processo administrativo disciplinar será qualquer instrumento utilizado para apurar faltas disciplinares mais graves, como aquelas que autorizam a pena de demissão.

A sindicância pode ainda ser dividida em três categorias: sindicância inquisitorial, a qual se destina a reunir elementos que legitimem a deflagração de um processo (conectivos pré-processuais), não possuindo contraditório e ampla defesa, haja vista não possuir caráter punitivo; sindicância conectiva, a qual resulta na deflagração de um processo disciplinar e, portanto, observa os princípios do contraditório e ampla defesa; e a sindicância autônoma, a qual resulta na aplicação de uma sanção disciplinar diversa da demissão e, por ter caráter punitivo, deve observar também os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Impende destacar que, em que pese não exista a obrigatoriedade da participação da defesa em relação à sindicância inquisitorial, é bastante importante que seja permitida sua participação, tendo em vista que a função da defesa no processo é, acima de tudo, probatória e, assim, poderá contribuir para a formação das provas dos autos e, em alguns casos, poderá, inclusive, ajudar a solucionar os problemas antes mesmo que seja desencadeado algum processo.

Dessa forma, o processo administrativo disciplinar traz consequências e reflexos para o Estado Democrático de Direito, pois influi nas aplicações das sanções previstas em lei aos servidores que cometem faltas graves, com o escopo de assegurar um bom desempenho do serviço público de acordo com os ditames constitucionais.



2. ELEMENTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: IMPLICAÇÕES E DESDOBRAMENTOS NA APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

O Processo Administrativo Disciplinar é uma sucessão de atos realizados com o intuito de se averiguar a necessidade de aplicação de uma pena disciplinar. Possui diversos elementos que o caracterizam, diferenciando-o dos outros tipos de processo. A seguir, serão apresentados alguns de seus aspectos.

No processo judicial, civil e criminal fazem parte três elementos, quais sejam: o autor, que propõe a ação; o réu, parte adversa da ação; e o juízo, que é o órgão julgador. Entretanto, na relação processual disciplinar, por se tratar de uma relação administrativa, apresentam-se, apenas, dois sujeitos: a Administração Pública, que acumula as funções de parte interessada, o órgão julgador e o agente público ao qual é imputada a conduta infracional e tem a função de réu.

A Administração Pública se faz representar pela autoridade competente e pelos membros da comissão processante. Em relação ao servidor público, deve-se conceituá-lo como a parte passiva do Processo Administrativo Disciplinar, o qual durante o processo poderá ser chamado de acusado ou indiciado.

Em sua instauração, o Processo Administrativo Disciplinar é precedido por uma sindicância que é o processo administrativo preliminar que visa apurar a existência de indícios quanto à infração funcional e à respectiva autoria.

A sindicância pode ser dividida em duas espécies. A primeira é a sindicância inquisitorial, normalmente composta, que não tem por objetivo principal a aplicação de sanção ao agente, mas apenas busca elementos que servirão de fundamento para abertura do futuro processo disciplinar. É o meio de que se utiliza a Administração para proceder à apuração e confirmação de ocorrências anômalas no serviço público.

A segunda espécie é a sindicância como processo sumário, com aplicação de sanções leves aos agentes, exigindo-se, nesse caso, respeito às garantias da ampla defesa e do contraditório. Independentemente da nomenclatura utilizada, sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar, quando houver a previsão normativa de aplicação de sanção ao investigado, a autoridade competente deverá respeitar a ampla defesa e o contraditório para juridicidade da sanção aplicada.

Passada a fase da sindicância na qual se identificam todas as irregularidades funcionais, sendo considerada mero expediente investigatório, seguirão as fases do Processo Administrativo Disciplinar propriamente ditas.



Inicialmente, salienta-se que não existe consenso entre os doutrinadores sobre quais são as fases do Processo Administrativo Disciplinar. Portanto, adotar-se-á o posicionamento contido no art. 151 da Lei n. 8.112/1990⁴, que menciona o desenvolvimento do processo disciplinar nas seguintes fases: instauração, inquérito administrativo que se subdivide em instrução, defesa e relatório e, por fim, o julgamento, explicitando-as de acordo com o seguinte regramento legal:

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:
I- instauração, com a publicação da ata que constitui a comissão;
II- inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;
III- julgamento.

A primeira interação das fases do Processo Administrativo Disciplinar é favorecer a denominada instauração. Faz-se necessário, para a instauração de um processo disciplinar, que existam, nas denúncias, razoáveis indícios de autoria e de materialidade do fato que configurem uma justa causa.

As denúncias sobre irregularidades funcionais só poderão ser apuradas, uma vez que incluam a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito com a confirmação de autenticidade. Nos casos em que o fato narrado não caracterizar infração disciplinar, a denúncia será arquivada, por ausência de objeto.

A jurisprudência brasileira vem admitindo a possibilidade de se apurar uma denúncia anônima, desde que os fatos sejam apresentados de forma objetiva. Nesse sentido, o STJ considera a denúncia anônima como instrumento hábil para instauração de Processo Administrativo Disciplinar. Assim, colhe-se o seguinte julgado, RMS n. 19224/MT do Superior Tribunal de Justiça⁵:

Administrativo. Servidor Público. Militar. Demissão. Processo Administrativo Disciplinar. Carta Anônima. Licitude. Dilação Probatória. Writ. Via Imdequada.

I- A carta anônima é meio hábil para a instauração de processo administrativo disciplinar, cabendo à Administração a apuração dos fatos narrados na denúncia, ainda que apócrifa.

II- Questões cuja solução demandaria, necessariamente, revisão do material fático apurado no processo disciplinar, ou a incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, não podem ser apreciadas em sede de mandamus.

⁴BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112comp.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁵Idem. Superior Tribunal de Justiça. RMS. n. 19224/MT. Relator: Ministro Celso Limongi. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2919582/recurso-extraordinario-re-434059-df>>. Acesso em: 23 mar. 2017.



Verifica-se, pois, que os Tribunais vêm abrandando a exigência de maior rigor na formulação da denúncia para apuração de ilícitos de servidores públicos, permitindo, assim, a formulação, inclusive de denúncia anônima, em virtude do interesse público à fiel observância dos deveres funcionais pelos administrados.

O inquérito administrativo, também conhecido como procedimento jurídico de abertura de representação administrativa, é a segunda fase de grande relevância do Processo Administrativo Disciplinar que se subdivide em três subfases distintas: instrução, defesa e relatório.

Chama-se “fase do julgamento” aquele momento referente ao da decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo, que geralmente se baseia nas conclusões do relatório e as acata. Entretanto, o julgador designado poderá ter outra interpretação dos fatos incorrendo numa aplicação diferenciada da lei, nos casos em que for contrário à prova dos autos. Desta forma, tal autoridade poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Findo o julgamento do Processo Administrativo Disciplinar pela autoridade competente e sendo determinada a aplicação de uma sanção ao agente processado, surge para o Estado a obrigação de punir o infrator.

Diógenes Gasparini⁶ assevera que sanção disciplinar e pena disciplinar são expressões dotadas do mesmo significado e que possuem o seguinte conceito: “Sanção disciplinar é a pena imposta ao servidor público pelo cometimento de falta funcional ou pela prática de atos privados cuja repercussão leve desprestígio à Administração Pública e que pertence o servidor”.

As sanções disciplinares aplicáveis aos servidores públicos estão previstas na Lei n. 8.112/1990, em seu artigo 117⁷ quais sejam: advertência, suspensão, destituição de cargo em comissão ou função comissionada, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e demissão.

Urge ainda mencionar que a aplicação das penas deverá ser equilibrada, conforme a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos acarretados ao serviço público, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais do servidor.

Vale destacar que, no Processo Administrativo Disciplinar, as sanções disciplinares possuem função semelhante à das penas no processo penal, porquanto qualquer sanção disciplinar somente poderá ser aplicada após a comprovação da prática da infração funcional

⁶GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 812.

⁷BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEI112cons.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.



por meio de um devido processo legal, respeitados os direitos aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O direito ao recurso tem fundamento na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV⁸, conforme disposto: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Contudo, não foram estabelecidas na Lei n. 8.112/1990 as regras expostas para interposição de recurso no Processo Administrativo Disciplinar.

Contra a decisão administrativa caberá recurso, no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir de sua ciência ou divulgação oficial, em face de razões de ilegalidade e de mérito. Nesse caso, deverá ser dirigido à autoridade que profere a decisão, sendo possível o juízo de retratação pela mesma no prazo de 5 (cinco) dias ou então, encaminhado à autoridade superior. O trâmite se dará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal em sentido contrário.

Quanto à revisão do Processo Administrativo Disciplinar já encerrado, cumpre informar que a Lei n. 8.112/1990, artigos 174 a 182⁹ contém dispositivo que prevê a sua revisão, ou reexame. Significa a instauração de um novo processo, a ser apensado ao processo originário que se quer rever e a ser conduzido por outra comissão que terá 60 (sessenta dias) para concluir os trabalhos. A revisão do processo não poderá resultar agravamento da penalidade do servidor.

O fato novo não significa, necessariamente, fato recente, mas sim algo de que não se tinha conhecimento quando do processo originário. O fato até pode ser antigo, mas considerado novo como instrumento de prova no Processo Administrativo Disciplinar. Ressalte-se que a mera alegação de injustiça da penalidade não constitui fundamento para a revisão.

Cabe salientar que a possibilidade de revisão do processo, quando da descoberta de fatos novos, está ligada ao fato de não haver preclusão no âmbito do processo disciplinar, homenageando o princípio da verdade real, o qual determina que a Administração deve investigar as provas em busca de apurar aquilo que mais se aproxime da verdade.

Caso se entenda que inexistem os pressupostos de admissibilidade da revisão, o pedido será indeferido e arquivado em apenso aos autos do processo administrativo originário, uma vez que compõe a sua história, significando a última etapa ocorrida. Se julgada procedente,

⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 24 fev. 2017.

⁹Idem. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm> Acesso em: 24 fev. 2017.



será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor.

3. AUSÊNCIA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: ASPECTOS CONTROVERSOS E CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DE TAL APLICAÇÃO

Inicialmente, cabe destacar que a Lei n. 8.112/1990, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos, prevendo expressamente a garantia aos princípios do contraditório e ampla defesa ao acusado em Processo Administrativo Disciplinar, conforme preceitua o seu art. 153¹⁰: “O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito”.

Nota-se que este instrumento reproduz quase que literalmente a regra do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal¹¹: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Deste modo, não resta imprecisão de que o artigo supracitado atende à garantia constitucional.

Entretanto, a Lei n. 8.112/1990, art. 156¹², no tocante à necessidade ou não da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar assevera de forma expressa que: “É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”.

De igual modo, a Lei n. 9.784/1999, no seu art. 2º¹³, também assegurou o direito à observância aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, conforme exposto a seguir: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Isso significa que o processo disciplinar deve observar as leis, normas e os princípios regentes do Direito, dentre eles o do contraditório e o da ampla defesa, sob pena de violação em seu procedimento. Para a plena observância e aplicação desses dois princípios, é

¹⁰BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

¹¹Idem. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

¹²Vide nota 10.

¹³BRASIL. Lei Federal n. 9784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.



imprescindível a participação do advogado, tendo em vista que este é o profissional tecnicamente qualificado para realizar a defesa do acusado.

Por essa vertente, compreende-se que a não participação do advogado no processo disciplinar acarretará prejuízo à defesa e a consequente nulidade do processo em virtude da violação aos preceitos de Direito.

Por outro lado, voltando-se, especificamente, à questão da necessidade ou não da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar, a Lei n. 9.784/1999, em seu art.3º, inciso IV¹⁴, determina que:

O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:
IV- fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força da lei;

Constata-se que a referida lei, igualmente à Lei n. 8.112/1990¹⁵, assegurou a facultatividade da presença do advogado para fins de processo administrativo, ressalvado os casos em que a norma jurídica exija a presença de um procurador.

A facultatividade da presença do advogado no PAD vai de encontro ao princípio constitucional da ampla defesa. Apenas a participação essencial de um especialista registrado na Ordem dos Advogados do Brasil poderá assegurar a defesa ampla ao indivíduo autuado.

Nessa esteira, pode-se citar Diógenes Gasparini¹⁶ acerca da necessidade da presença de advogado:

Nessa linha, o STJ concedeu mandado de segurança preventivo em favor de servidor federal para obstar a prática de ato de demissão, já que durante a instrução de processo disciplinar não contara com a presença obrigatória de advogado constituído ou dativo. Veja a Súmula 343 do STJ, que preconiza a obrigatoriedade da presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Em sentido contrário prescreve a Súmula Vinculante n. 5, editada pelo STF.

De forma contrária, Carvalho Filho¹⁷ compreende que: “por não haver o formalismo dos processos judiciais, o servidor pode comparecer sozinho ou representado por advogado munido do instrumento de procuração”.

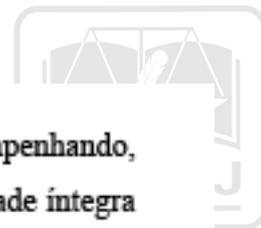
De um lado, defende-se que a presença do advogado no Processo Administrativo

¹⁴BRASIL. Lei Federal n. 9784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

¹⁵Idem. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

¹⁶ GASPARI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 284.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 180.



Disciplinar origina equilíbrio jurídico, tendo o defensor *mínus público*, desempenhando, deste modo, um cargo fundamental à Administração da Justiça, garantindo a atividade íntegra do direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como, possibilitando um menor índice de nulidades durante o procedimento.

Por outro lado, pode-se entender que o réu tem a faculdade de agir por si mesmo, formando a sua defesa e escoltando o procedimento, ou, facultativamente, fazendo-se representar por um defensor adequadamente qualificado para a referente delegação.

Embora o Processo Administrativo Disciplinar seja um instrumento usado pela Administração Pública para apuração de infração cometida por seus agentes, diversos de seus atos podem incorrer em arbitrariedades refletindo em seus administrados. Desta forma, diante das penalidades aplicadas pela Administração Pública, muitos de seus agentes, baseados no princípio da inafastabilidade da jurisdição, recorrem ao Poder Judiciário visando à anulação de suas penalidades sob alegações de irregularidades e vícios cometidos no PAD.

Nesse caminho, perante tantas nulidades processuais por vícios de ilegalidades e ineficácia na condução do processo disciplinar, foi editada a Súmula n. 343/2007¹⁸ do Superior Tribunal de Justiça sob o argumento de que não se podia vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença obrigatória da defesa técnica, a fim de garantir ao acusado uma justa representação perante todas as etapas pertinentes ao Processo Administrativo Disciplinar.

Mais adiante, com a edição da Súmula Vinculante n. 5/2008¹⁹ do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário passou a não mais visualizar a obrigatoriedade da participação de defensor como papel fundamental à Administração da Justiça.

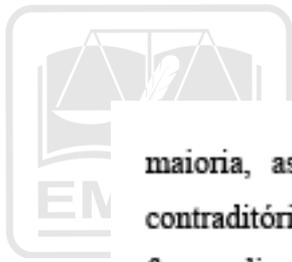
Com a publicação da Súmula n. 343, do Superior Tribunal de Justiça, em 12 de setembro de 2007, foi concretizado o entendimento no sentido da indispensabilidade da presença de advogado no Processo Administrativo Disciplinar.

A edição da referida súmula foi originada após diversos precedentes em que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou pela declaração de nulidade dos Processos Administrativos Disciplinares, nos quais os acusados se defendiam pessoalmente, sem representação de advogado ou defensor dativo.

Nesses casos, há de se enfatizar que as diversas nulidades do PAD eram, em sua

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 343 de 12 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portaf/jurisprudencia/tema5/sumariosumulas>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

¹⁹ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 5. Disponível em: <<http://www.stfj.us.br>>. Acesso em: 4 mar. 2017.



maioria, as que confrontavam os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, uma vez que não havia observância de diversos aspectos. Dessa forma, diversas decisões contrárias às pretensões administrativas foram constituídas.

Ademais, como bem assevera Sebastião José Lessa²⁰, “a Carta Magna não fez distinção entre os processos administrativos e os judiciais, tendo, tanto o servidor público acusado, como o réu, as mesmas garantias fundamentais”. Assim, o Superior Tribunal de Justiça formou seu julgamento em analogia às normas processuais penais, pois os processos administrativos são muito similares aos criminais.

A aludida súmula atribuía máxima efetividade aos direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois a imprescindibilidade de uma defesa técnica na esfera do PAD decorria da própria Carta Constitucional. Saliente-se, contudo, que alguns meses depois, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 5/2008, com enunciado totalmente antagônico ao da Súmula n. 343/2007 do STJ, anunciando aos doutrinadores que houve perda da sua eficácia.

A Súmula Vinculante n. 5 foi editada pelo STF, após provimento ao Recurso Extraordinário n. 434.059-3/DF²¹, o qual foi interposto sob a alegação de que houve atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa e de prescindibilidade da presença de advogado, baseando-se no art. 156²², da Lei n. 8.112/1990, que dispõe que:

É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

É certo que a súmula em destaque não proíbe a presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar facultando a sua participação. Entretanto, depreende-se que a ausência de um profissional habilitado poderá resultar em enorme prejuízo à defesa da parte, nos casos de questões complexas em que não possua capacidade técnica para se defender, o que pode ocasionar uma possível nulidade do processo.

²⁰LESSA, Sebastião José. *Processo Administrativo Disciplinar*. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, v. 8, n. 84, p. 7-9, fev. 2011.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 434059, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2919562/recurso-extraordinario-re-434059-df>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

²²Idem. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.



CONCLUSÃO

Quanto à Súmula Vinculante n. 5/2008 do Supremo Tribunal Federal, chamada à discussão neste artigo científico, desperta uma gama de indagações em torno da análise de existir ou não a necessidade da presença do advogado no Processo Administrativo Disciplinar.

A Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, inciso LV, prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Observa-se que a Constituição não mitigou a aplicação destes princípios no âmbito do processo administrativo, ao contrário, deu-lhe garantia, como no processo judicial. Muniu o cidadão não de qualquer argumento, mas de uma “defesa ampla”, sendo o adjetivo revelador de uma opção que contempla a imprescindibilidade de auxílio técnico.

No entanto, o art. 156, da Lei n. 8.112/90, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis Federais e o art. 3º, da Lei n. 9.784/99 facultaram a presença do advogado no processo disciplinar, sem que houvesse a preocupação com a evidente desarmonia com os preceitos contidos na Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, adotando uma posição mais eficaz quanto aos direitos do cidadão, decidiu asseverar ao servidor a segurança de defender-se mediante advogado, com o escopo de possibilitar o pleno exercício do princípio da ampla defesa e a menor incidência de eventuais nulidades processuais em razão de vícios de ilegalidade. Desse modo, a Corte Superior determinou que, nos casos em que o agente público estivesse destituído de advogado, a Administração lhe nomearia um defensor dativo, legalmente habilitado.

Com o desígnio de consolidar seu parecer, o STJ publicou, em setembro de 2007, a Súmula n. 343, estabelecendo a obrigatoriedade da presença de advogado em todas as fases do Processo Administrativo Disciplinar.

O entendimento postulado pelo STJ prevaleceu até maio de 2008, quando o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 5. Com esse dispositivo legal, firmou-se o posicionamento de que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Pode-se afirmar que houve negligência ao ser violado o art. 5º, LV, da Constituição que reconhece o advogado como único profissional habilitado a oferecer uma defesa, de fato, ampla em prol do acusado. Mesmo em situações simples, há de se considerar uma vasta gama de fundamentos jurídicos passíveis de serem utilizados em seu favor os quais somente serão empregados por estes especialistas habilitados.



Depreende-se, por conseguinte, que a Súmula Vinculante n. 5 trouxe desencontros na apreciação e aplicação do contexto constitucional, em face do que dispunha a Súmula n. 343 do STJ, restando ao jurisdicionado arcar com os ônus desta decisão. Muito embora caiba à Corte Suprema a interpretação da Carta Magna não significa que não cometa erros ou enverede pelo caminho mais fácil, qual seja, a interpretação política de um texto a ser julgado.

Diante do exposto, infere-se que apenas com a presença do advogado ou defensor dativo estará assegurada a igualdade entre as partes no Processo Administrativo Disciplinar. Segundo o ordenamento constitucional brasileiro, a defesa técnica exercida pela atuação profissional de um advogado é necessária, indeclinável, plena e efetiva, único subsídio capaz de promover uma solução justa nas demandas de administrados.

Após a análise de todo o material exposto, conclui-se que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante n. 5, dispondo que é facultativa a presença do advogado no processo administrativo disciplinar, resultou no enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, porquanto limitou o exercício das garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. Lei Federal n. 9784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS. n. 19224/MT. Relator: Ministro Celso Limongi. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/81853/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-19224-mt-2004-0162925-0/moiteiro-teor-12970614>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 434059. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2919562/recurso-extraordinario-re-434059-df>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 343 de 12 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumariosumulas>>. Acesso em: 1 mar. 2017.



_____. **Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 5. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 mar. 2017.**

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LESSA, Sebastião José. *Direito Administrativo Disciplinar*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.



EQUIPARAÇÃO DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À DO CÔNJUGE: ANÁLISE CRÍTICA DAS TESES DE REPERCUSSÃO GERAL 498 E 809

Maurício de Andrade Travassos Neto

Graduado pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado.

Resumo – O presente artigo busca analisar as teses de repercussão geral 498 e 809, de igual teor e fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos recursos extraordinários 878694, respectivamente, em que o Tribunal equiparou o regime sucessório do companheiro ao do cônjuge. Para isso, é feita uma análise da evolução do tratamento da matéria, apontando-se as críticas feitas ao Código Civil de 2002 quanto ao tema. Assim, ao final, é possível ponderar acerca da postura adotada pelo Poder Judiciário: sua adequação, correção e possíveis alternativas a ela.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito das Sucessões. Sucessão legítima. União Estável. Supremo Tribunal Federal.

Sumário – Introdução. 1. A união estável e as contradições verificadas na evolução do tratamento da sucessão do companheiro à luz dos princípios regentes da matéria. 2. Controvérsias acerca dos principais aspectos diferenciadores das sucessões do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002. 3. Teses 498 e 809 de repercussão geral: correção, adequação e possíveis alternativas à decisão do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em julgamento realizado no primeiro semestre do ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal decidiu de forma incidental pela inconstitucionalidade das regras do Código Civil que regem a sucessão do companheiro, fixando suas teses número 498 e 809 de repercussão geral, de idêntico conteúdo.

De acordo com o entendimento firmado por maioria no Tribunal, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado o regramento referente aos cônjuges a ambos os casos.

Tratam-se de decisões proferidas em sede de repercussão geral que buscou dar fim a uma longa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. E por se tratar de tema de grande ressonância no meio social, merece o julgamento ser objeto de estudo, tratando de sua correção e de eventuais alternativas que poderiam ter sido adotadas.

Para isso, no presente trabalho, busca-se a construção do conhecimento da união estável e de todo o panorama que envolve a opção legislativa a respeito de seu regime



sucessório. Obtido esse substrato, será possível, ao final, a reflexão acerca da situação do Poder Judiciário no caso.

No primeiro capítulo, será feita uma breve exposição do surgimento e da evolução do instituto da união estável, bem como do regimento referente à sucessão legítima dos conviventes. Com o auxílio de princípios regentes do direito civil e mesmo de princípios constitucionais, obter-se-á elementos para a apreciação do modo como a questão é tratada atualmente.

Com isso, chega-se ao segundo capítulo, em que serão comparados os regimes sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, da forma como previstos no Código Civil de 2002. Para que se possa compreender e analisar o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, é fundamental que se conheça a maneira como a questão era tratada, bem como as controvérsias geradas na doutrina e na jurisprudência que levaram o assunto a debate no Poder Judiciário.

O terceiro capítulo, por sua vez, centra-se na análise das teses 498 e 809. Nesse ponto, já com o conhecimento da evolução do tratamento do tema e dos princípios a ele atinentes, verificar-se-á a adequação do julgamento e da situação do Poder Judiciário, bem como a existência de formas mais adequadas de se tratar a questão.

Não se pretende neste breve artigo uma análise aprofundada todas as repercussões práticas da decisão. Busca-se apontar os principais aspectos do antigo e do novo tratamento dado à sucessão do companheiro, em uma reflexão crítica acerca do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

É importante ressaltar, ainda, que não se presta este trabalho apenas a concluir pela correção ou não da sucessão do companheiro da maneira como prevista no Código Civil de 2002. É assente no trato doutrinário da matéria o equívoco da lei civil ao regular a questão. O que se busca, então, é refletir a respeito da forma pela qual o Supremo Tribunal Federal lidou com a questão, propondo outras possíveis formas de se reparar a previsão legal que, embora recente, já se mostrava antiquada.

Para tanto, a pesquisa será eminentemente doutrinária, de caráter dedutivo, em que se buscará a análise de questões controversadas. Para o atingimento dos objetivos, as fontes serão notadamente bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais.



1. A UNIÃO ESTÁVEL E AS CONTRADIÇÕES VERIFICADAS NA EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS REGENTES DA MATÉRIA

O conceito de família passou por diversas transformações ao longo do último século, notadamente após o advento da Constituição Federal de 1988¹. A nova e atual ordem constitucional traz como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e, no âmbito do direito das famílias, conferiu centralidade à afetividade.

É como ensina Luciana de Paula Assis Ferriani²:

Dessa forma, diversos temas de Direito Civil foram tratados pela atual Constituição Federal. Ela dedicou um capítulo exclusivo à família, fixando ideias de igualdade entre os cônjuges e entre os filhos e modificando o que estava previsto no Código Civil, que era absolutamente incompatível com a nova realidade social, já que, desde a entrada em vigor do Código Civil de 1916 até a promulgação da Constituição Federal, mais de setenta anos se haviam passado.

O atual Código Civil³, apesar de publicado em 2002, teve seu anteprojeto elaborado antes mesmo da promulgação da nova Constituição. Com isso, muitos de seus institutos devem ser relidos sob a égide das normas e princípios trazidos pelo texto constitucional. Trata-se da chamada constitucionalização do direito, mais especificamente do direito civil, fenômeno de extrema importância para o estudo de temas tormentosos, como é o caso da sucessão do companheiro.

Passando ao estudo da união estável propriamente, tem-se que o instituto não foi previsto pela antiga codificação civil. Da mesma forma, portanto, inexistia regulamentação do regime sucessório dos companheiros.

A União estável hoje é regulada entre os artigos 1.723 e 1.727 do Código Civil⁴. Consiste ela na relação de convivência pública, contínua e duradoura, presente o objetivo de constituir família.

Flávio Tartuce⁵ explica os elementos caracterizadores da união estável:

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 18 ago. 2017.

² FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *Sucessão do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 ago. 2017.

⁴ *Ibid.*

⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 10. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 199.



Os requisitos, nesse contexto, são que a união seja pública (no sentido de notoriedade, não podendo ser oculta, clandestina), contínua (sem que haja interrupções, sem o fimoso “dar um tempo” que é tão comum no mundo) e duradoura, além do objetivo de os companheiros ou conviventes de estabelecerem uma verdadeira família (*veritas familiaris*). Para a configuração dessa intenção de família, entram em cena o tratamento dos companheiros (*tracatus*), bem como o reconhecimento social de seu estado (*reputatio*). Nota-se, assim, a utilização dos clássicos critérios para a configuração da posse de estado de casados também para a união estável.

Devido à importância dada à afetividade pela nova ordem constitucional, o texto da Constituição⁶ reconhece, em seu artigo 226, parágrafo 3º, a união estável, determinando a facilitação de sua conversão em casamento.

Por se tratar de conversão, e não de equiparação, pode-se notar que se tratam de institutos diversos e, portanto, com regras próprias. Isso, porém, não quer dizer que haja hierarquia entre eles. Trata-se de opção dada ao casal, no uso de sua autonomia da vontade, para escolher o instituto que melhor lhe sirva a seus propósitos, conforme as consequências físicas e sucessórias esperadas. Isso se coaduna com o princípio da intervenção mínima, muito presente no direito de família, em que o Estado deve limitar suas interferências ao estritamente essencial.

Com relação ao regime sucessório da união estável no ordenamento jurídico pátrio, tem-se que a primeira previsão a respeito do tema veio com a lei 8.971/94⁷. Entre suas previsões, é possível verificar que o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança se inexistissem descendentes e ascendentes sucessíveis.

Trata-se, portanto, de regra diversa da previsão atual, conforme será verificado no capítulo seguinte. E é de tal fato que decorre a contradição existente na evolução do trato da matéria. O Código Civil de 2002⁸, mesmo que promulgado após a implementação da nova ordem principiológica e valorativa pelo texto constitucional, configurou retrocesso quanto à regulação dos direitos sucessórios dos companheiros.

Isso contribuiu para atrair a aplicação do princípio da proibição do retrocesso, que foi, ao lado da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, um dos fundamentos para a declaração incidental da inconstitucionalidade da normativa atual, por parte do Supremo Tribunal Federal.

⁶ Vide nota 1.

⁷ BRASIL. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 18 ago. 2017.

⁸ Vide nota 3.



Feitas essas explicações e chegando-se ao momento atual da regulação da união estável em sua perspectiva sucessória, é necessária a análise de outras questões que firmaram o pano de fundo para a decisão que se pretende analisar.

Para tanto, serão vistos os aspectos controversos envolvendo a diferenciação entre os direitos sucessórios conferidos ao cônjuge e ao companheiro. Muitos deles, inclusive, ensejaram a reação por parte do Poder Judiciário, como está visto no terceiro capítulo, no sentido de adequar a legislação infraconstitucional aos ditames da Constituição Federal de 1988⁹.

2. CONTROVÉRSIAS ACERCA DOS PRINCIPAIS ASPECTOS DIFERENCIADORES DAS SUCESSÕES DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Para que se conclua a respeito da adequação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, é necessário entender como o Código Civil de 2002 tratou a questão. Assim, serão apresentadas as diferenças essenciais entre os regimes sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, para que seja possível compreender as razões de se defender a sua inconstitucionalidade.

O regime sucessório dos companheiros é tratado no artigo 1.790 do Código Civil¹⁰, no capítulo referente às disposições gerais do direito das sucessões. A sucessão do cônjuge, por sua vez, é regida pelo artigo 1.829 do mesmo código¹¹, inserido em capítulo próprio do título que regula a sucessão legítima.

A doutrina já inicia as críticas com relação à diferença na localização topográfica dos institutos. É como expõe Flávio Tartuce¹²:

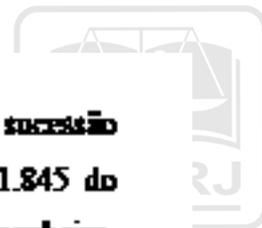
De início, constata-se que a norma sempre esteve mal colocada, introduzida entre as disposições gerais do Direito das Sucessões. Isso se deu pelo fato de o tratamento relativo à união estável ter sido incluído no Código Civil de 2002 nos últimos momentos de sua elaboração. Pelo mesmo fato, o companheiro não consta expressamente da ordem de vocação hereditária, sendo tratado, no sistema anterior, como um herdeiro especial. De qualquer modo, sempre entendemos ser o companheiro um sucessor legítimo, o que justifica o seu tratamento neste capítulo.

⁹ Vide nota 1.

¹⁰ Vide nota 3.

¹¹ *Ibid.*

¹² TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 10. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 158.



Antes de analisar a posição de cada um na ordem de vocação hereditária da sucessão legítima, é preciso destacar mais um ponto gerador de controvérsias. O artigo 1.845 do Código Civil¹³, ao tratar dos herdeiros necessários, não incluem em seu rol o companheiro. Dessa forma, são herdeiros necessários apenas os ascendentes, os descendentes e o cônjuge.

Quanto à previsão, surgem na doutrina vozes defendendo a sua incorreção. É o caso de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁴:

Trabalva, entendemos que se o cônjuge é tratado como herdeiro necessário, o companheiro também deve ser compreendido como tal, por força da proteção constitucional dedicada à união estável (CF, art. 226, § 3º). Não vislumbramos, com absoluta honestidade e observação social, qualquer argumento para colocar o companheiro supérstite em posição inferior ao cônjuge. Até mesmo porque, conforme dados oficiais do Governo brasileiro, disponíveis na internet, a maioria das famílias do País está formada pela união estável, e não pelo casamento.

As demais diferenças entre os regimes dizem respeito à ordem de vocação hereditária propriamente dita. Embora haja certa especificidade na concorrência com descendentes, a depender do regime de bens adotado no casamento, o cônjuge supérstite via de regra poderá herdar quaisquer dos bens de propriedade do *de cuius*. Com relação ao companheiro, por outro lado, há limitação expressa da herança aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Tal limitação causa certa estranheza, sobretudo quando se pensa na situação em que não há parentes na linha sucessória do falecido, mas apenas o companheiro. Em casos como esse, bens adquiridos onerosamente em momento anterior à união estável ou mesmo bem adquiridos de forma gratuita a qualquer tempo não poderão ser herdados pelo companheiro. O legislador, nessas hipóteses, considerou mais adequado que tais bens fossem transferidos ao Poder Público do que ao convivente, o que traduz patente equívoco.

Embora permaneçam as críticas quanto à limitação em relação às hipóteses de concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes, ascendentes e outros parentes do *de cuius*, é possível encontrar solução para o caso apontado acima. Não havendo parentes a suceder, pode-se pleitear que os bens não adquiridos onerosamente na vigência da união estável não sejam transferidos ao Estado. Isso porque o artigo 1.844 do Código Civil¹⁵ traz como requisito da devolução da herança ao Poder Público a inexistência de companheiro sobrevivente.

¹³ Vide nota 3.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Cursos de direito civil*. V. 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26.

¹⁵ Vide nota 3.



Superada a questão, os demais aspectos relevantes a serem tratados acerca dos regimes dizem respeito às hipóteses de concorrência do cônjuge ou companheiro com outros parentes do *de cuius*. Com relação à concorrência com os descendentes, o cônjuge tem regras variáveis a depender do regime de bens, o que não ocorre quando se trata de companheiro.

Na sucessão do companheiro, é feita uma diferenciação entre a concorrência com filhos comuns, caso em que receberá a mesma cota dos filhos, e com demais descendentes, caso em que herdará cota equivalente à metade da dos demais. Não há tal previsão no âmbito da sucessão do cônjuge.

Ainda com relação aos descendentes, existe uma especificidade da sucessão do cônjuge, ausente na do companheiro: a quota mínima de um quarto da herança em casos de concorrência com descendentes comuns. É a previsão do artigo 1.832 do Código Civil¹⁶, explicada por Ana Luiza Maia Nevarres¹⁷:

Segundo o dispositivo em referência, a quota do cônjuge não poderá ser inferior à quarta parte da herança se o cônjuge for ascendente dos herdeiros com que concorrer. Assim, se o falecido deixou até três descendentes comuns, a partilha se faz por cabeça entre o cônjuge e três sucessores, dividindo-se a herança em partes iguais. Se houver quatro descendentes, ou mais, a herança será dividida por quatro, ficando $\frac{1}{4}$ para o cônjuge e os outros $\frac{3}{4}$ para serem divididos entre os descendentes.

No que concerne à concorrência com ascendentes, o cônjuge possui regras bem definidas, sendo-lhe garantido ora metade, ora um terço da herança. Vale dizer: apenas herdará um terço se concorrer com ambos os ascendentes de primeiro grau do falecido. Nas demais hipóteses, ser-lhe-á garantida metade da herança.

A concorrência do companheiro com ascendentes, por sua vez, não conta com regra específica. Não sendo o caso de descendentes, concorrendo com quaisquer outros parentes sucessíveis do *de cuius*, terá ele direito a um terço da herança.

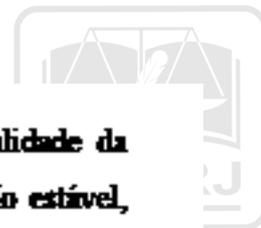
Tal distinção também não está immune a críticas. Assim escreve Inácio de Carvalho Neto¹⁸:

Trata-se de mais uma injustificável discriminação do companheiro em relação ao cônjuge e, mais ainda, uma injustificável redução no direito hereditário do companheiro. Com efeito, neste inciso, o companheiro é tratado inclusive pelos colaterais, o que é um grande absurdo. Ademais, se o companheiro ou a companheira concorrer só com o pai ou só com a mãe do *de cuius* ou com ascendente de maior grau (avós, bisavós etc.), recebe apenas um terço, enquanto, se casado fosse, receberia metade da herança.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ NEVARRES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 106.

¹⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. *Direito sucessório do cônjuge e do companheiro*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 189.



Verifica-se, então, que é mais difícil que o companheiro receba a totalidade da herança, nesse caso limitada aos bens adquiridos onerosamente no curso da união estável, quando comparada sua normativa com a do cônjuge. Para que este tenha direito à integralidade da massa, basta que não haja descendentes nem ascendentes sucessíveis. Já para que o companheiro receba todo o monte que lhe é permitido, não pode haver qualquer parente até o quarto grau que com ele concorra.

Embora não sejam as únicas, são essas as principais diferenças quanto aos regimes sucessórios postos em comparação neste capítulo. Vistas as regras, bem como as críticas doutrinárias a elas direcionadas, é possível passar à análise central do trabalho, verificando se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi a mais correta e adequada a atender os anseios não apenas dos doutrinadores, mas também da própria sociedade.

3. TESES 498 E 809 DE REPERCUSSÃO GERAL: CORREÇÃO, ADEQUAÇÃO E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Analisadas as principais controvérsias a respeito dos diferentes regimes sucessórios trazidos pela legislação civilista, chega-se à decisão recentemente proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme noticiado em seu informativo de jurisprudência 864¹⁹, ao julgar os Recursos Extraordinários 646721/RS e 878694/MG, cujos acórdãos ainda não se encontravam disponíveis quando do término deste trabalho, firmou-se a seguinte tese de repercussão geral: é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado a estes as disposições referentes à sucessão daqueles.

É inegável que a matéria, da forma como regulada pelo Código Civil de 2002²⁰, merecia reparos. O companheiro sobrevivente era deixado, muitas vezes, sem a devida tutela de seus direitos sucessórios e de sua dignidade. Não raro, grande parte ou todos os bens da herança poderiam ser conferidos a parentes com pouca ou nenhuma relação de afeto com o *de cuius*, em detrimento de seu companheiro, ao lado de quem passou grande parte de sua vida.

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo de jurisprudência 864. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

²⁰ Vide nota 3.



Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os recursos extraordinários que deram origem às teses de repercussão geral 498 e 809, simplesmente equiparou o regime de sucessão do companheiro ao do cônjuge, declarando inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil²¹. Não se nega que a decisão, na prática, trará ao companheiro supérstite maior proteção. No entanto, é necessário ponderar a respeito do papel do Poder Judiciário na organização dos Poderes diante de casos como o apresentado.

Cabe essencialmente ao Poder Legislativo regular a sucessão do companheiro e o ideal seria que os reparos às previsões antiquadas já expostas fossem por ele promovidos. Como houve inércia do legislador quanto ao tema, é normal que a sociedade recorra ao Poder Judiciário para buscar a proteção de determinados direitos, não conferida pelos demais poderes.

Tal cenário não apenas é legítimo, como frequente no Brasil, em que o Poder Judiciário vem adotando posturas cada vez mais ativas, funcionando como verdadeiro legislador diante de demandas que lhe são propostas. Acontece que, por se tratar de situação excepcional, deve ela também ser contida e limitada ao estritamente necessário à tutela de direitos violados ou ameaçados.

Sobre a postura ativa do poder Judiciário, alerta o Desembargador Federal Néviton Guedes²²:

Quando órgãos judiciais, contudo, passam a atender (expressa ou veladamente), com regularidade, expectativas sociais não selecionadas normativamente pelo direito, como são o caso de exigências essencialmente políticas, econômicas ou morais, estar-se-á esgarçando a diferenciação funcional do direito, que permitiu às democracias ocidentais uma de suas mais importantes conquistas: a previsibilidade na ação do Estado e da própria sociedade. A previsibilidade de suas decisões, além de virtude que legitima o ofício judiciário, é um de seus principais escopos. Se bem observarmos, toda a estrutura e a conformação do agir judiciário (vinculação substancial e formal do juiz à lei e à jurisprudência, a eficácia preclusiva da coisa julgada e o dever de fundamentação) voltam-se precipuamente à garantia de previsibilidade de suas decisões.

É certo que o controle de constitucionalidade cabe ao Poder Judiciário e, em última análise, ao Supremo Tribunal Federal. No entanto, deve-se ter em mente que tal atuação, de maneira desmedida ou drástica, pode ensejar profundas alterações nas relações sociais, que conseguiriam ser mais adequadamente regradas por outros mecanismos.

²¹ *Ibid.*

²² GUEDES, Néviton. *O juiz entre o ativismo judicial e o autocontenção*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

Como exemplo, o Poder Judiciário poderia sinalizar ao Poder Legislativo a incorreção da legislação atual de modo a adequá-la aos preceitos constitucionais. Outra técnica que poderia ser aplicada é a adequação de determinadas previsões defasadas, por meio do reconhecimento incidental de sua inconstitucionalidade, e a manutenção de outras, preservando-se na maior medida a vontade do legislador.

Previsões como a impossibilidade de o companheiro herdar todos os bens adquiridos onerosamente na vigência da união caso exista algum colateral sucedível claramente violam a dignidade da pessoa humana do companheiro e a proteção a ele conferida pela Constituição Federal²³. No entanto, isso não quer dizer que todo o seu regime sucessório deveria ser equiparado ao do cônjuge.

Não se nega aqui a inconstitucionalidade de algumas das previsões envolvendo a sucessão no âmbito da união estável. Também não se pretende apontar erros de julgamento na decisão do Supremo Tribunal Federal. A análise volta-se apenas a possíveis alternativas que poderiam ter sido consideradas no processo decisório.

Isso porque existem até mesmo situações em que o regime sucessório do companheiro mostra-se mais favorável que o do cônjuge. A hipótese é explicada por Maria Berenice Dias²⁴:

A mais insólita situação é quando nenhum dos dois tem filhos nem bens antes de se unirem. Quando da morte de um deles, diferente será a divisão de bens se optarem pelo casamento ou por simplesmente viverem juntos. Se casarem sem fazer pacto antenuptial, o regime é o da comunhão parcial. Assim, se tiverem dois filhos e adquirirem bens, quando do falecimento de um, o outro receberá somente a sua meação (50% dos bens que foram adquiridos). O restante, que compõe a herança do falecido, é dividido entre os filhos, uma vez que eles são herdeiros necessários e primeiros figurantes da ordem de vocação hereditária. No entanto, se viverem em união estável, além da meação, o companheiro sobrevivente faz jus a um terço da herança a título de concorrência sucessória, ficando o restante para os dois filhos, um terço para cada um.

É de se conseguir também a possibilidade de regulação da matéria pela via testamentária. Embora ainda pouco utilizado no Brasil, o testamento configura uma via alternativa aos conviventes que desejam delimitar a distribuição de sua herança.

Eventuais diferenciações no direito sucessório que não violem frontalmente a dignidade da pessoa humana não indicam necessariamente que exista hierarquia entre casamento e união estável. Tanto é que questões existenciais como a possibilidade de dissolução, a igualdade da filiação ou mesmo a possibilidade de adoção conjunta por

²³ Vide nota 1.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual dos Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 159.



companheiros devem ser e são tratadas de maneira igualitária, independentemente da maneira pela qual a relação é constituída.

Nesse sentido, manifestou-se o Procurador Geral da República²³ no recurso extraordinário objeto desta análise:

Pensar que a Constituição pudesse criar diferentes graus hierárquicos de família afronta os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e contraria um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF). Não obstante a inexistência de distinção hierárquica e a certeza de que ambos os institutos devem ter especial proteção estatal, não houve, é necessário dizer, equiparação entre os dois tipos de família em estudo. A Constituição, aliás, determina à lei que facilite a conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º) – talvez em virtude da maior segurança jurídica deste, cuja formalidade e publicidade tornam inequívoco o liame estabelecido entre os cônjuges – de forma que os institutos fossem tratados de maneira diferente pelo próprio legislador constituinte, decretando a assimetria, portanto, do próprio texto constitucional.

É possível, então, que em casos pontuais, que digam respeito a questões meramente patrimoniais, seja preservada a autonomia da vontade dos conviventes. O limite para tanto deve ser a preservação da relação de afetividade entre os companheiros, que deve ser tida como digna de maior proteção que a existente entre o *de cujus* e certos parentes distantes.

Ainda, deve haver limitação pelo princípio da proteção deficiente, no que concerne ao companheiro supérstite. É importante ressaltar, porém, que impedir que a proteção do companheiro seja deficiente não se confunde, necessariamente e em qualquer caso, com a necessidade da equiparação total de seu regime sucessório ao do cônjuge sobrevivente.

A propositura de como deveria ser o tratamento legal da matéria foge ao escopo deste trabalho. No entanto, é necessário consignar a possibilidade de, futuramente, haver nova regulação do tema, de maneira diferente da decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Isto porque as decisões em sede de repercussão geral não engessam a atividade legislativa. Desse modo, embora nada impeça que eventuais novas leis sejam também consideradas inconstitucionais pelo Judiciário, deverá este analisar atentamente a nova intenção do legislador.

A matéria, portanto, não deixará de ensejar discussões apenas em razão da fixação das teses de repercussão geral. Por se tratar de tema recorrente na sociedade brasileira, marcada pela existência de grande número de uniões estáveis, é necessário que se observe ao

²³ BRASIL. Procuradoria Geral da República. *Parecer 179011/2015*. Disponível em: <[696 | Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro](https://www.google.com.br/url?sa=t&url=j&sq=&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwidiIKqFqJ3WABUGFSAKHUXEDKIQFggMMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fprocesso%2FverProcessoPeca.asp%3Fid%3D307752065%2FtipoApp%3D.pdf&as_g=AFQjCNGSSYpRP1KxHmiOD1-zCJINNoLHxA>. Acesso em: 20 ago. 2017.</p></div><div data-bbox=)

longo dos próximos anos a maneira pela qual os jurisdicionados, a doutrina e os Tribunais reagirão à decisão.

CONCLUSÃO

O regime sucessório regulado por lei tem por finalidade garantir aos familiares com vínculos mais estreitos com o *de cuius* maiores recursos. Com isto, assegura-se maior proteção a esses indivíduos, na busca pela preservação do nível de vida que lhe era conferido antes do falecimento.

Essa deve ser uma diretriz essencial para qualquer reflexão a respeito de temas que envolvam o direito das sucessões. E sua incidência quanto à sucessão do companheiro é evidenciada nos moldes tratados acima. Em que pese a possibilidade aqui defendida de diferenciação de regimes, algumas previsões de fato mostram-se inconstitucionais, por não conferir bens da herança de maneira proporcional à intensidade dos vínculos de afetividade entre sucessores e sucedido.

Os regimes diferentes privilegiam os princípios da autonomia da vontade e da intervenção mínima. Os indivíduos, ao formarem vínculos afetivos, terão à sua disposição, em regra, as vias do casamento e da união estável. Regras bem definidas para cada um deles permitem uma decisão bem informada, assim como a orientação da escolha por parte dos profissionais do direito.

As teses de repercussão geral 498 e 809, fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, embora sujeitas às ponderações expostas neste trabalho, devem ser encaradas também como algo benéfico. Isso porque a jurisprudência até então era vacilante no trato da questão, o que gerava grande insegurança jurídica para os jurisdicionados.

Certo é que o Poder Legislativo não se encontra vinculado pelas teses em suas atuações futuras. Assim, sem prejuízo de eventual alteração legislativa, ou mesmo jurisprudencial, no futuro, ao menos a questão foi pacificada, o que permite até mesmo que as demandas envolvendo tais direitos tenham fim mais célere, haja vista ser de conhecimento dos jurisdicionados e de seus patronos a forma pela qual a pretensão será julgada, caso levada ao Supremo Tribunal Federal.

Temas de direito sucessório são sensíveis e envolvem jurisdicionados em estado psicológico muitas vezes já abalado. Por isto, é de extrema importância que as regras e os



entendimentos estejam bem delimitados, de modo a evitar a instabilidade e a demoradas decisões.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo de jurisprudência 864. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documentos/informativo864.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Procuradoria Geral da República. Parecer 179011/2015. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&ict=j&eq=&ecrc=&source=web&cd=1&cad=rja&uact=&ved=0ahUKEwid&KqFqJ3WAhUGF5AKHUX8DKUQFggMMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fprocesso%2FverProcessoPeca.asp%3Fid%3D307752065%2FtipoApp%3D.pdf&usq=AFQjCNGS5YpRP1XxHmiOD1-zC1NNolFhxA>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CARVALHO NETO, Imacio de. *Direito sucessório do cônjuge e do companheiro*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

DIAS, Maria Benedita. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. V. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *Sucessão do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 10. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2017

_____. *Direito civil*. 10. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE CONSENTIMENTO DE USO DE BEM PÚBLICO

Nathalia Moreira de Abreu Machado

Graduada pela Universidade Salgado de Oliveira. Pós-graduada em Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho. Advogada.

Resumo – o presente artigo possui a finalidade de demonstrar, em linhas gerais, os principais instrumentos jurídicos para uso privativo de bem público e a possibilidade de seus controles pelo Poder Judiciário. Com o conceito indeterminado do interesse público, é possível demonstrar a necessidade da atuação judicial diante da zona de certeza positiva e negativa. O juiz é imprescindível intérprete da legalidade, como firma de restringir o Administrador Público quando esse fere a moralidade administrativa com discricionariedade a ele concedida, sem macular a Separação dos Poderes. Poder Judiciário, portanto, é autorizado a realizar o controle judicial dos atos administrativos.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Bens Públicos. Uso de bem público. Interesse Público. Legalidade Administrativa. Moralidade Administrativa. Separação dos Poderes.

Síntese – Introdução. 1. Os atos de consentimento de uso de bem público: discussão sobre a discricionariedade de sua concessão e a necessidade de licitação. 2. A questão da análise judicial do dever de indenizar: aspectos da extinção do ato de uso de bem público diante de sua precariedade. 3. A identificação do alcance do interesse público pelo Poder Judiciário e a discussão da análise do mérito administrativo perante a moralidade administrativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa demonstra que o Poder Judiciário está autorizado pela própria Constituição a realizar o controle da moralidade administrativa, por esta estar intimamente ligada à própria legalidade, assim este trabalho a tem a finalidade de refletir sobre como o Poder Judiciário pode analisar as decisões administrativas que autorizam o uso de bem público, por meio do Interesse Público, tomando possível a verificação da legalidade nos atos de consentimento do uso de bens desta natureza.

Os conceitos dos principais institutos de atos do consentimento do bem público são esclarecidos: autorização, permissão, concessão, licença, cessão e a divergência doutrinária quanto à locação de bem público, se essa trata de um ato de consentimento de uso de natureza pública ou, por sua natureza bilateral, é apenas um contrato privado.



Diante da discricionariedade do atos de consentimento estaria a licitação dispensada?

A análise da extinção precoce do ato administrativo e em que situações são admitidas a indenização ao particular, devido à precariedade que permeia os institutos.

Nesse ponto, inicia-se análise judicial dos atos administrativos. A discussão do tema é delimitada quanto ao investimento realizado no bem, mas pouco explorada quanto aos lucros cessantes do uso.

De outro lado, o princípio da separação dos poderes não autoriza o Poder Judiciário, na análise da legalidade, se fazer substituir da vontade do administrador público, quando a lei assim o autorizar.

Entretanto, o poder constituinte criou mecanismos, por meio de ações constitucionais para tutelar o interesse público. A análise desse interesse público é feita pela tutela jurisdicional.

São citadas as ações que possuem o interesse de combater e penalizar o administrador público que age fora dos limites da moralidade administrativa que é intimamente ligada a discricionariedade que a lei por vezes concede.

Importante o recorte que, no momento atual do país, com o desenvolvimento do ativismo judicial e maior fiscalização da atividade administrativa, devem ser analisados como os princípios do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil: legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e a moral podem ser valoradas judicialmente.

A justificativa do Interesse Público como conceito indeterminado para intervenção judicial pela Teoria da Zona de Certeza Positiva e Negativa manteria intacta a separação dos poderes?

Objetiva-se discutir como o Poder Judiciário pode analisar a legalidade dos atos de consentimento de uso de bem público sem ofender o princípio da separação dos poderes e o limite do mérito administrativo autorizado pela lei.

Demonstra-se que o Judiciário como o interpretador final das leis, tem permissão, diante de um ato que não respeite a legalidade, anulá-lo, desde que devidamente provocado para tanto.

O presente trabalho demonstra como o Judiciário pode analisar o mérito administrativo para verificar se foram respeitados os princípios constitucionais que devem nortear a administração pública nos atos de consentimento do uso de bem público e isso é autorizado com apenas um viés: o Interesse Público.

A pesquisa jurídica será qualitativa, com análise de bibliografia do tema, decisões judiciais do caso concreto como forma de defender a tese proposta.

A intenção do presente artigo não é pacificar matéria, mas defender a visão que o Judiciário pode controlar os atos administrativos sem que isso ofenda a Constituição Federal.

1. OS ATOS DE CONSENTIMENTO DE USO DE BEM PÚBLICO: DISCUSSÃO SOBRE A DISCRICIONARIEDADE DE SUA CONCESSÃO E A NECESSIDADE DE LICITAÇÃO

A autorização de uso, permissão de uso, concessão, cessão e locação de bem público são atos de consentimento mais comuns do uso privativo do bem público.

Nas modalidades de uso privativo do bem, o Estado permanece com a sua titularidade e concede a possibilidade de o particular explorar este bem para seu próprio benefício, benefício apenas da coletividade ou benefício de ambos.

A locação de bem público possui divergência doutrinária quanto a sua natureza: se ela é pública ou privada. Para autores, como José dos Santos Carvalho Filho¹ que entende não se tratar de ato de consentimento da Administração Pública e sim contrato bilateral de direito privado.

O que há em comum entre esses atos é a discricionariedade que a Administração Pública possui para consentir o uso privativo do bem público por particular e o interesse público que deve ser, no mínimo, compatível com o uso que é dado ao bem.

A discricionariedade encontra limitação na vinculação quando admite que outros particulares façam parte daquela outorga, não sendo possível negá-la se todos preencherem os mesmos critérios objetivos, de forma a impedir tratamento desigual aos interessados².

Tal fato, no entanto, não define que os critérios discricionários não podem sofrer alteração, podendo o poder público revê-los, diante de oportunidade e conveniência

¹ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo* 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p.273

² MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.378.



A discricionariedade, encontrada em todas as modalidades de uso, não determina qualquer critério objetivo específico para que seja dada a autorização, aqui escrita no sentido *lato sensu*, e não como nomenclatura do instituto.

Essa discricionariedade deve ter seu viés pautado na moralidade e no interesse público de forma primordial, já que é pautada a conveniência e oportunidade do poder público.

Nesses institutos, o caráter do ato é precário, podendo ser revogado a qualquer tempo pela Administração, mesmo com prazo definido, não sendo obrigatória a indenização.

A outorga do direito de uso deve ser precária, mesmo que a ela tenha sido dado prazo, como em modalidades qualificadas de uso, sob pena de haver pelo simples uso, uma estabilidade que seria definida como uma alienação do bem, como cita Floriano Marques².

A concessão possui um trato diverso; é um contrato administrativo, e não um ato unilateral, simples, que já o afasta da precariedade que existe nos demais atos.

Resalta-se que, embora não precária, tal forma de uso pode ser revogada após atender determinados requisitos, ou seja, a concessão de uso não possui estabilidade absoluta.

A cessão de uso não possui interesse particular. Trata-se de forma de cessão entre órgãos da própria Administração visando ao interesse público e coletivo que se beneficiará com o uso do bem cedido.

Por conta disso, a limitação para esse tipo de ato é que ele não pode ser com viés lucrativo, ou seja, não cabe ao órgão cedente uma contraprestação pecuniária pelo uso do bem.

No entanto, permite-se que seja possível alguma exigência do órgão cedente, desde que não seja de caráter de lucro.

Para que a administração pública possa se utilizar do uso de bem público, com intuito de lucro, existe o instituto de locação de bem público.

O uso de bem público por meio da locação é considerado para José dos Santos Carvalho Filho³ ato de direito privado que guarda respeito não às normas administrativas, mas ao Código Civil.

² CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo* 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1479.



Os doutrinadores⁴ como Diógenes Gasparini e Hely Lopes Meirelles, que não aceitam a locação de bem público com o regime de direito privado entendem que não é uma locação o uso de bem público por particular com contraprestação pecuniária, e sim concessão de uso remunerada, espécie de contrato administrativo, sendo, portanto, contrato administrativo.

Nesta modalidade de ato de consentimento de uso de bem público, para que prevaleça do interesse público, o art. 2º da Lei n. 8.666/93⁵ exige licitação. Ressalta-se, porém, que há exceções contempladas na mesma Lei, em seu art. 17, I, “f” e “h”⁶ em que há dispensa no caso de locação para de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; bem como para locação de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

A exceção prevista na Lei n. 8.666/93⁷ demonstra que nesses casos o interesse público já foi contemplado, não sendo necessária licitação para demonstração que a coletividade será beneficiada.

O fator de preocupação na análise dos institutos, independente da exigência ou não da licitação, se dá quanto à discricionariedade do administrador público em determinar o uso, bem como, na maioria dos atos citados, a precariedade quanto a revogação do ato.

As leis de licitação e as leis que tratam esses atos de consentimento não definem critérios objetivos para a escolha do administrador para que o uso do bem público seja feito, por isso essa discricionariedade ampla dificulta a anulação de um ato que seja evadido do vício da legalidade e moralidade por falta de critérios.

O único entendimento pacificado em que torna obrigatória a licitação, afastando a discricionariedade em absoluto, é na hipótese que havendo prazo, que limitaria o uso do bem público da coletividade ou eventual disputa entre interessados, é necessária a licitação⁸.

⁴ GASPARINI e MEIRELLES apud CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo* 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1479

⁵ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

⁶ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

⁷ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017



O legislador na Lei de Licitações na Lei n. 8.666/93⁹ não se preocupou em limitar esta discricionariedade para evitar que prevaleça interesses escusos nos atos de consentimento de uso de bem público.

Devido a isso, cabe ao Judiciário analisar a concessão dos atos e suas implicações sem que o mérito administrativo seja maculado, em nome da separação dos poderes e os princípios que devem reger a administração pública previsto na Constituição Federal de 1988.

2. A QUESTÃO DA ANÁLISE JUDICIAL DO DEVER DE INDENIZAR: ASPECTOS DA EXTINÇÃO DO ATO DO USO DE BEM PÚBLICO DIANTE DE SUA PRECARIEDADE

Os instrumentos jurídicos para o uso privativo dos bens públicos possuem como regra geral a precariedade que não confere estabilidade ao vínculo entre o particular e a Administração Pública.

Isso se verifica pela própria característica do ato, que é tolerância do uso do bem público pelo particular, não sendo possível que tal fato seja perene.

Entende a doutrina, por meio de Floriano Marques Neto¹⁰, que mesmo diante de prazo estipulado para o uso do bem, pode haver a extinção do vínculo, unilateralmente, sem que isso gere, por si só o dever de indenizar o particular.

Nota-se que isso é possível se verificado desvio de finalidade para extinção do ato, sem que haja efetiva conveniência e oportunidade.

Cabe destacar que na modalidade de concessão, devido à prestação de serviço público, sendo o uso do bem público acessória a tal concessão, existem garantias maiores ao particular devido ao investimento realizado para prestação e sua importância perante a coletividade.

Tal fato não significa que não poderá haver a extinção de contrato de concessão, mas

⁹ MEDAUAR apud MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.345

¹⁰ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.343



exigem-se requisitos mais qualificados, diante da sua própria natureza contratual.

Por essa vertente, deve prevalecer o interesse público, observados os princípios da Administração presentes no art. 37 da Constituição¹¹: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Quando há vício no ato da administração, que cause danos ao particular, o fato administrativo é judicializado, e se faz necessário que o Judiciário, como intérprete da lei, analise se o mérito administrativo pode ser questionado no ato extintivo.

Por vezes, não há necessidade de vício para análise judicial. Basta o particular sentir-se lesado com a extinção.

Com isso, o Judiciário não restabelece o ato, que pode ser legal e preencher os princípios da administração, mas pode determinar a indenização do particular.

É o que ocorre nos contratos em que a precariedade é reconhecida, bem como legítimo o ato do administrador público, entretanto, o particular faz jus a indenização pelo tipo de uso finalístico do bem público.

A jurisprudência brasileira, representada pelo Superior Tribunal de Justiça, vem admitindo a possibilidade de indenizar o particular mesmo com instrumentos de jurídicos de uso privativos que não se revestem de qualquer estabilidade, como no caso da permissão.

Neste sentido, o STJ considera possível indenização ao particular para extinção da permissão, mesmo considerando sua precariedade, conforme decisão veiculada em seu informativo n. 0485. Assim, colhe-se o seguinte julgado, REsp n. 1.021.113-RJ, do Superior Tribunal de Justiça¹²:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SERVIÇOS LOTÉRICOS. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. NATUREZA JURÍDICA. RESCISÃO UNILATERAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO PELOS GASTOS DE INSTALAÇÃO DA CASA LOTÉRICA. EXISTÊNCIA DE INVESTIMENTO VULTOSO PARA CONCRETIZAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DANOS MATERIAIS. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM RAZÃO DE LAUDO PERICIAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.021.113-RJ. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?origemPesquisa=informativo&tipo=non_profvalor=REsp1021113>. Acesso em: 24 mai. 2017



RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO.

Na concessão, como já descrito, os requisitos têm forma mais consistente, pois a estabilidade do contrato de concessão exige esse tipo de prerrogativa.

Nesta esteira pode-se citar Carvalho Filho¹³:

Diferentemente se passa com a hipótese de rescisão por razões de interesse público. Como no caso não há culpa do contratado, tem este direito à reparação dos prejuízos que a rescisão ocasiona. A não ser assim, haveria verdadeiro enriquecimento sem causa por parte da Administração, o que não é tolerável pelo Direito.

Isso significa que, na outorga da concessão, enquanto ela estiver vigente, o poder concedente não poderá impedir que o particular faça o uso privativo do bem.

Nesse caminho, infere-se que as formas de extinção antecipada da concessão por caducidade ou encampação, será precedida de lei, quando ela foi necessária para realização do contrato de concessão e prévia indenização ao particular.

De outro lado, será obrigatória a autorização judicial quando a rescisão se der pelo particular unilateralmente, que sem haja o interesse do poder público em pôr fim ao contrato.

Essa exigência se faz necessária pelo princípio administrativo de continuidade do serviço público, em que o particular não pode alegar a exceção de contrato não cumprido, que rege os contratos de direito privado.

Neste aspecto, o interesse público se impõe ao particular e o Judiciário deve equalizar a questão para que o serviço público, especialmente especial, não seja paralisado.

Tal exigência pode ser entendida pelo próprio princípio da legalidade administrativa, em que no Direito Administrativo apenas é autorizado o que consta em lei, e o art. 79 da Lei n. 8.666/93¹⁴ apenas concede ao poder público a possibilidade de rescisão unilateral:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

- I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;
- II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
- III - judicial, nos termos da legislação;

Constata-se, portanto que o legislador quis garantir a supremacia do interesse público, para que a coletividade não restasse prejudicada pelo interesse particular.

¹³ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo* 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p.280

¹⁴BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

Ademais, não se pode olvidar que, mesmo o presente trabalho tratando dos instrumentos de conferência de uso, o serviço público delegado por concessão, com a acessoriedade o uso de bem público, pode ser interrompido ao usuário final, diante do inadimplemento desde que haja simples notificação e não haja prejuízo à saúde do usuário, situação que diverge do que está sendo tratado nesse capítulo.

Destaca-se que o presente artigo cuida do tratamento do particular frente ao poder público concedente diretamente.

Entretanto, mesmo na concessão, esta autorização judicial é prescindível se não for caracterizada pela prestação de serviço público, o que autorizaria o particular, diante do seu desinteresse superveniente, rescindir o contrato, mediante condições das cláusulas dos próprios contratos firmados, ou suspender sua execução, como ditado pelo art. 78 incisos XV e XVI da Lei n. 8.666/93¹³

Por essa vertente, verifica-se que a cláusula de precariedade é capaz de gerar direito à indenização ao particular, no entanto, o fato é judicializado para que se analise no caso concreto se a extinção precoce gera tal direito.

É certo que não há discussão quanto à permissão da interferência judicial para adentrar neste aspecto de natureza da indenização ao particular, pois a análise se dá apenas quanto ao aspecto contratual da relação.

Pode-se afirmar que a análise judicial da retribuição pecuniária pelo fim do contrato público antes da data estipulada seria um fato público com aspecto privado. Não há alusão ao mérito administrativo e sim uma análise legal de direito a uma indenização ao particular por ver frustrada sua relação jurídica com o ente público.

¹³BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LE8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017



3. A IDENTIFICAÇÃO DO ALCANCE DO INTERESSE PÚBLICO PELO PODER JUDICIÁRIO E A DISCUSSÃO DA ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PERANTE A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Inicialmente, cabe destacar o interesse público, como um conceito jurídico indeterminado¹⁶, depende da análise no concreto com necessário uso da razoabilidade.

Diante desse condicionamento de interpretação a outros princípios e ao caso concreto, para parte da doutrina, como Maria Zanella de Pietro¹⁷, o instituto é considerado como inexistente. Para ela por não se possível sua análise em abstrato, bem como depender de outros princípios para sua aplicação, embora com reconhecida importância, ele é quimérico.

Observa-se, porém que tal afirmação não deve prevalecer. O interesse público parece mencionado em toda legislação do Direito Administrativo, permeando toda matéria da Administração Pública.

Quando o instituto do interesse público não é expressamente mencionado, ele é implícito, por se tratar de um princípio reconhecido na matéria administrativa como norteadoras de todos os atos públicos.

A Lei n. 9784/99¹⁸, em seu artigo 2º, traz o princípio como observância obrigatória para Administração Pública Federal e em seus incisos II e III determina faces desse interesse público:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

A indeterminação do aludido princípio não pode impedir sua aplicação, devendo ser interpretado para possibilitar que a legalidade do instituto seja cumprida.

Embora indeterminado, Hely Lopes Meirelles¹⁹ entende a primazia do interesse

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.229

¹⁷ *Ibid.*, p. 230

¹⁸ BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LS9784.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.113



público como algo da coletividade, mas não do aparato estatal:

A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado. Esse interesse público prevalente é extraído da ordem jurídica em cada caso concreto; daí a dificuldade que os autores enfrentam para a sua definição.

O conceito de interesse público ainda é dividido em primário e secundário, enquanto o primeiro visa ao atendimento à sociedade, à coletividade; o segundo é o instrumento, o ato realizado, para que seja possível essa prestação estatal.

Nesse ponto, delimita-se para esse artigo, como exemplo, que o serviço público prestado é o interesse primário e a concessão de uso para a realização desse serviço por um particular é o interesse público secundário.

Com a intenção de tornar possível a qualificação, no caso concreto, de um conceito jurídico indeterminado, foi criada a chamada Teoria da Zona de Certeza Positiva e Negativa.

Trata-se de uma teoria alemã criada por *Karl Engisch* e bem adequado ao direito brasileiro por Gustavo Binbenojm²⁰ que autoriza a apreciação judicial para proteção do interesse público como conceito indeterminado:

Quando é possível identificar os fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (zona de certeza positiva) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (zona de certeza negativa), o controle jurisdicional é pleno. Entretanto, na zona de penumbra ou incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas, sobre as quais não há certeza sobre se se ajustam à hipótese abstrata, somente se admite controle jurisdicional parcial

Sabe-se que o Judiciário é o interprete das leis e por isso fiscal extraordinário da legalidade administrativa, que trata a limitação da lei perante a Administração Pública.

O exame do Poder Judiciário foi ampliado e possibilitou, após a Teoria dos Motivos Determinantes, que fosse examinado por ele a legalidade dos motivos que autorizaram a decisão do administrador público. Após ampliado pelo conceito indeterminado do interesse público, na atualidade, o Estado Juiz pode analisar a proporcionalidade dos atos administrativos.

Toda essa amplitude limitou a discricionariedade da Administração Pública, possibilitando que fosse observado por outro poder se a moralidade administrativa prevista no art. 37, da CRFB²¹ foi cumprida.

²⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.220.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017



O mérito administrativo continua intacto, após tal modificações pragmáticas, mas é de se observar que o Poder Constituinte desejava em sua essência que os atos administrativos pudessem ser fiscalizados pelo Poder Judiciário.

Para tanto, a Constituição²² traz em seu art. 5º, no rol de Direitos fundamentais as ações que protegem o interesse público. São elas: ação popular, mandado de segurança e ação civil pública.

A Carta Magna, em seu art. 37, §4º, ainda determina sanções para atos de improbidade administrativa, que possuem seus atos descritos na Lei n. 8.429/92, que para sua averiguação também necessitam do devido processo legal chancelado pelo Judiciário.

Pelo Constituinte ainda foi criado o mecanismo do mandado de segurança, no art. 5º, LXIX da Constituição²³ que interfere diretamente da discricionariedade do administrador público, quando se utiliza do abuso de poder para concedê-lo apenas a quem desejar, infringindo a moralidade.

Todas essas ações têm análise e julgamento destinado à tutela jurisdicional.

Diante disso, o interesse público pode ser protegido pelo Poder Judiciário, por meio de ações autônomas e até individuais, momento em que seria possível a análise de como o administrador público agiu e se seus motivos observaram a moralidade.

O ato que traga lesão à moralidade administrativa é inválido, pois ilegal. A moralidade é o princípio explícito retirado do art. 37, da CRFB²⁴.

Importante, portanto, a análise dos institutos de consentimento de uso público e sua ampla discricionariedade, diante da pouca exigência de legal de processo licitatório.

Ao Poder Judiciário seria possível a análise da moralidade no consentimento, que sobre o amparo da legalidade verificará se houve desvio de finalidade que traria vício insanável e por isso a anulação do ato.

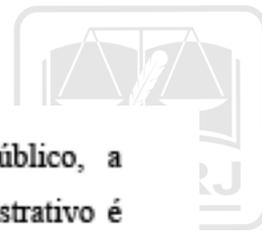
Essa anulação do ato administrativo após análise do princípio constitucional da moralidade é autorizada e conforme citação por Di Pietro²⁵ advém do direito francês,

²²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017

²³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017

²⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017

²⁵ DI PIETRO, op. cit., p.258



incorporado ao direito brasileiro: “quando a pretexto de atingir interesse público, a Administração atua para proteger e beneficiar pessoas determinadas, o ato administrativo é nulo e passível de controle judicial.”.

No Brasil, há vários sujeitos ativos capazes de proteger o interesse público, e por isso pode haver um conflito de interesses da mesma natureza pública e o Judiciário é órgão capaz de decidir e ponderar qual interesse deve prevalecer.

O Poder Judiciário possui a autorização implícita e capacidade de analisar os atos de consentimento de uso de bem público quando maculada a moralidade administrativa, visto que pelo ponto de vista da legalidade, pouco poderia ser analisado: o administrador possui poucas limitações ao seu mérito administrativo quando a lei não exige a licitação para realização do ato.

Verifica-se, ainda, que o poder legislativo também pode fiscalizar os atos por meio do Tribunal de Contas, como determina o art. 70 da Constituição²⁶, em que pode ser analisar por esse tribunal a legitimidade de economicidade do ato administrativo, ou seja, a moralidade traduzida na finalidade do ato que consentiu o uso ao particular.

O controle judicial dos atos de consentimento de uso de bem público, abertos à discricionariedade do administrador público, não merece ser reconhecido como ação de ativismo judicial.

O reconhecimento desse controle como ativismo expõe uma conotação diminuída em seu termo, concedendo à palavra ativismo dá sentido que algo está mais ativo que deveria, o que não ocorre na questão.

Inicialmente não há ativismo, porquanto o controle judicial carece de provocação, não se instalando sem ação judicial para tanto.

Aliás, pertence ao próprio Poder Judiciário a função de julgar atos ilegais.

Se a discricionariedade dada ao administrador público para realização de seus atos públicos, concedida para economicidade de recursos públicos, apresentar ofensa à moralidade administrativa, é em sua essência ilegal, conseqüentemente exposto ao controle jurisdicional sem que isso resulte em uma intervenção desproporcional.

²⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017



CONCLUSÃO

Como se pode depreender, o estudo faz análise dos atos de consentimento de uso de bem público são, em sua maioria, registrados pela discricionariedade do administrador público em escolher a quem concedê-los, com exceção dos atos em que a lei determina explicitamente a realização de licitação.

No entanto, considerou-se que todo ato administrativo deve corresponder aos princípios administrativos presentes na Constituição da República, sendo a moralidade administrativa o princípio que permeia a própria legalidade do ato.

A discricionariedade do administrador público não deve ser limitada pelo Poder Judiciário, mas sua legalidade pode ser analisada. A separação de poderes também determina que os poderes se fiscalizem entre si, não havendo limitação pelo mérito administrativo quando esse se encontra eivado de vício que afronta sua legalidade.

O interesse público tem observância obrigatória nos atos da Administração Pública, no entanto, seu conceito jurídico é indeterminado, e para o Poder Judiciário se imiscuir em sua análise, deve ser verificada a Teoria de Zona da Certeza Positiva e Negativa, por meio da qual poderá ser verificado que ao interpretar a lei na aplicação do ato, pode esclarecer o conceito totalmente ou parcialmente em decisão judicial.

Verificou-se que o Poder Judiciário também tem a função de ponderar os interesses públicos, que podem envolver interesses distintos, que se anulem entre si: ex.: Estado e Ente Federal, por isso possuem diversos titulares ativos diferentes: Ministério Público Estadual ou da União, Associações entre outros.

Deve o Poder Judiciário, no entanto, ser provocado para revisão do ato administrativo, por meio das ações autônomas constitucionais e individuais e, portanto, o mérito administrativo pode ser analisado, e se eivado de vício pode ser anulado pelo Poder Judiciário sem que isso implique em Ativismo Judicial, ou afronta ao princípio da Separação dos Poderes.

A discricionariedade administrativa não pode servir de meio a afrontar, sem sanção, os princípios administrativos constitucionais.



Inferese-se, portanto, que a análise da discricionariedade e do mérito administrativo não macula a autonomia administrativa, pois após a análise de toda a exposição, concluiu-se que o Poder Judiciário pode realizar análise judicial dos atos administrativos de consentimento de uso privativo de bem público, quando provocado, seja por meio de ações constitucionais, ação de improbidade administrativa ou por meio de uma ação individual visando resguardar um interesse particular.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.021.113-RJ Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?origemPesquisa=informativo&tipo=num_juro&valor=REsp1021113>. Acesso em: 24 mai. 2017.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos *Manual de direito administrativo* 30. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.



MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.



RELEITURA DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL SOB PRISMA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Nathália Teixeira Lavoukas

Graduada pela Fundação Getúlio Vargas
Advogada

Resumo – Existe na doutrina um forte questionamento a respeito da constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal, à luz do sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988. Apesar de se tratar de questão polêmica na doutrina, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, adotando postura extremamente legalista, firmaram-se no sentido de ser possível a prolação de sentença condenatória ainda que haja pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, desconsiderando qualquer debate sobre a compatibilidade entre a aplicação do artigo 385 do CPP, com o sistema processual penal homenageado pela Constituição de 1988. A questão, na prática, já está bem definida, mas por ser ponto dissonante entre a doutrina e a jurisprudência, analisar-se-á de forma crítica a aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal, sob a perspectiva principiológica constitucionalmente prevista. De um lado, buscar-se-á enfrentar o impacto resultante da condenação judicial, discordando da posição ministerial sobre a absolvição, no direito acusatório moderno e, de outro, refletir sobre a legitimidade das decisões judiciais dentro de um Estado Democrático de Direito.

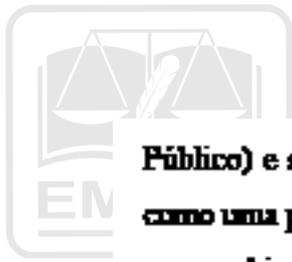
Palavras-chave – Direito Processual Penal. Decisões judiciais. Garantias processuais. Princípios Constitucionais. Sistema Acusatório. Livre convencimento motivado. Independência Funcional.

Sumário – Introdução. 1. Sistemas Processuais Penais: as peculiaridades dos sistemas inquisitivo, acusatório e misto. 2. Sistema Processual Penal Brasileiro: análise à luz da principiológica da Constituição Federal de 1988. 3. A aplicação do artigo 385, do Código de Processo Penal pelos Tribunais Superiores e a sua (in)compatibilidade com preceitos processuais penais que compõem o texto constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é refletir a respeito da constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal à luz do art. 5º, LIV e LV e do art. 129, I, todos da Constituição Federal, levando em consideração o sistema processual adotado pelo nosso ordenamento.

O artigo 385, do Código de Processo Penal autoriza ao juiz, nos crimes de ação pública, proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha se manifestado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. Ocorre que tal possibilidade, na operacionalização da persecução criminal, deve ser confrontada com a sistemática acusatória, de forma a analisar se cabe ao juiz proferir sentença condenatória em desconformidade com pleito do titular da ação pública penal (Ministério



Público) e se isto teria o condão de afetar a imparcialidade jurisdicional, caracterizando—se como uma postura anômala no sistema processual penal consagrado pelo nosso ordenamento.

Ainda que a condenação proferida pelo juiz, mesmo ante a manifestação do Ministério Público pela absolvição do réu, seja aceita pela jurisprudência fundamentando-se na dicção expressa constante no Código Processual Penal, tal preceito é alvo de severas críticas doutrinárias, sobretudo no que diz respeito à sua constitucionalidade. Sustentam, em síntese, que o art. 385 do Código Processual Penal põe em risco a imparcialidade jurisdicional ao transformar o juiz no próprio órgão acusador, bem como rompe a exigência de correlação entre a acusação e a sentença.

Em que pese a doutrina majoritária¹ ir de encontro a esta hipótese legalmente prevista, rechaçando-a, a jurisprudência aplica o dispositivo sem maiores questionamentos, adotando uma postura estritamente legalista. Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, entendem que a tese de inconstitucionalidade do art. 385 do Código de Processo Penal não merece prosperar em razão do princípio do livre convencimento motivado e pela independência funcional do magistrado. Para os Tribunais Superiores, o fato do Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu, seja em alegações finais, seja em contrarrazões de apelação, não vincula o julgador. Este possui total liberdade de decidir de acordo com o seu livre convencimento, a teor do disposto no artigo 385 do Código de Processo Penal, que permanece em vigência.

É diante desta tensão que se desenvolve o tema da pesquisa.

Propõe-se, por meio do presente artigo, expor as principais características dos sistemas processuais penais. Far-se-ão, deste modo, algumas breves digressões, pautando-se, contudo, na análise do aspecto jurídico, que é o foco do trabalho. Expostas as peculiaridades dos sistemas inquisitivo, acusatório e misto, discorrer-se-á sobre o modelo adotado pelo Direito Brasileiro, tecendo-se, ao final, crítica a aplicação do artigo 385, do Código de Processo Penal pelos Tribunais Superiores.

É de grande relevância reiterar que o tema é objeto de frequentes questionamentos na Suprema Corte, como se fosse o recurso último para anular sentenças condenatórias e, com isso, proporcionar a absolvição de determinados réus. Não faltam, ademais, debates doutrinários discutindo se o artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal, uma vez que este deve ser interpretado com ênfase nos princípios

¹ Aryr Lopes Jr., Rogério Pacelli Oliveira, Paulo Rangel, Guilherme de Souza Nucci, entre outros.



constitucionais, sendo esta o vetor que influenciará os termos e limites da interpretação das normas infraconstitucionais que integram todo arcabouço jurídico.

Partindo dessas considerações, o presente artigo pretende, de um lado, enfrentar o impacto resultante da condenação judicial, discordando da posição ministerial sobre a absolvição, no direito acusatório moderno, e, de outro, refletir sobre a análise do papel constitucional do Judiciário e do Ministério Público traçados na Constituição Federal de 1988, à luz do sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico, qual seja: o sistema do acusatório.

Sendo assim, no primeiro capítulo, pretende-se compreender, por meio da abordagem doutrinária, os sistemas processuais existentes e suas principais características.

No segundo capítulo, partindo para uma análise principiológica, defender o sistema acusatório como sendo aquele prestigiado pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988.

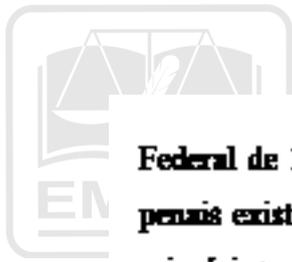
Por fim, no último capítulo, será feita uma análise crítica do posicionamento dos Tribunais Superiores no que diz respeito à aplicação do artigo 385 do Código Processual Penal, com foco na questão norteadora do presente trabalho, qual seja, a incompatibilidade da coexistência do dispositivo em questão com os princípios constitucionais que devem ser tomados como nortes orientadores de toda persecução criminal.

Tratando dos procedimentos metodológicos, será feita uma abordagem qualitativa do objeto da pesquisa (artigo 385 do CPP), pretendendo-se mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar os argumentos que melhor se condusam com a posição adotada no presente artigo.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAL: AS PECULIARIDADES DOS SISTEMAS INQUISITIVO, ACUSATÓRIO E MISTO

Os princípios constitucionais são os alicerces do ordenamento jurídico, definindo sua essência, servindo como norte interpretativo para sua compreensão. São os princípios que informam o conteúdo das normas positivadas de acordo com os valores considerados fundamentais para a sociedade em geral.

Para que se possa realizar uma análise a respeito da constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal à luz do art. 5º, LIV e LV e o art. 129, I, ambos da Constituição



Federal de 1988², faz-se necessário, *a priori*, compreender os tipos de sistemas processuais penais existentes, sobretudo daquele adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a luz dos princípios considerados fundamentais pelo texto constitucional.

Um sistema (do grego σύστημα *systema*, através do latim *systema*), é um conjunto de elementos interdependentes de modo a formar um todo organizado. É uma definição que significa "combinar", "ajustar", "formar um conjunto" e sempre será empregada para designar um conjunto organizado para atingir um objetivo geral a ser atingido.

Trazendo o termo para a ciência jurídica, utiliza-se a palavra "sistema" sempre quando se referir a um conjunto de normas, intimamente relacionadas em sua essência, funcionando de forma estruturalmente organizada dentro do ordenamento jurídico. Na visão de Paulo Rangel³, sistema seria "o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelecem as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito no caso concreto [...]".

Conclui-se, assim, que cada Estado estrutura seu sistema processual lastreando-se na conjuntura político-social em que se encontra. Dessa forma, nos Estados totalitários, a moldura da legalidade se estende, aumentando o espaço para a discricionariedade e para o campo de atuação do Estado-juiz. Já nos Estados democráticos, a atuação do juiz é mais restrita, encontrando seu limite nos direitos individuais e fundamentais.

No que toca especificamente ao processo penal, é certo que a estruturação das regras e garantias processuais penais estão intrinsecamente correlacionadas ao tipo de sistema persecutório penal adotado por determinado Estado. O direito é dinâmico e, conseqüentemente, o sistema processual penal adotado por cada ordenamento jurídico é um reflexo da resposta do Estado frente às exigências das transformação sociais e, principalmente, políticas de cada época.

Em virtude dessa intrínseca ligação entre o sistema processual penal e a estrutura político-social de cada Estado, verifica-se a possibilidade de se adotar três tipos de sistemas processuais penais: (i) sistema inquisitivo; (ii) sistema acusatório; e (iii) sistema misto.

O primeiro deles é o sistema processual penal inquisitivo (ou inquisitorial), originado nos regimes monárquicos, consistindo em um sistema jurídico em que o tribunal ou uma parte do tribunal está ativamente envolvida na investigação dos fatos do caso.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constitucao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.



É o sistema que adota a concepção do “juiz inquisidor”, tendo como característica principal o fato de as funções de acusar e julgar estarem concentradas nas mãos do órgão jurisdicional. O juiz é um verdadeiro gestor das provas, podendo, inclusive, agir de ofício, diante da informação do cometimento de algum delito, sem a necessidade de provocação das partes. Essa concentração de poderes interfere diretamente na imparcialidade do magistrado, envolvendo-se de forma subjetiva com o resultado do processo, com ampla iniciativa probatória.

Ademais, como gestor das provas, o juiz poderá valorá-las como bem entender, bem como produzi-las de acordo com a ideia pré-concebida que tenha da demanda. Em outras palavras, ao produzir provas, poderá o fazer tão somente para confirmar o que pensa (alto grau de subjetivismo judicial).

No que diz respeito a figura do acusado, este é tratado como mero objeto do processo penal e não como sujeito de direitos, não lhe sendo conferido qualquer garantia. Como tal, e na busca pela verdade real, as regras processuais típicas de um sistema inquisitório estruturam uma persecução criminal secreta, sem contraditório, admitindo, inclusive, a tortura do réu como meio de alcançar a verdade dos fatos.

Ante as peculiaridades deste sistema, o sistema inquisitivo é normalmente adotado pelo Estado em que há um poder central absoluto concentrado nas mãos de uma única pessoa, típico de regimes políticos absolutistas. No Brasil, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema inquisitório estava presente na apuração das contravenções penais e dos crimes de homicídio e de lesão corporal culposa, já que o juiz podia dar início à ação penal mediante portaria. Denominava-se de “processo judicialiforme”, no qual uma mesma pessoa acusava e julgava, o que fazia o direito da defesa nem sempre ser garantido em sua plenitude.

Contudo, os dispositivos que autorizavam essa forma de condução da ação penal pelo juiz para tais crimes mencionados não foram recepcionados pelo texto constitucional, principalmente em face do art. 129, I, da Constituição Federal⁴, que conferiu expressamente ao Ministério Público, como uma de suas funções institucionais, promover, privativamente, a ação penal pública.

Ante todo exposto, é forçoso concluir que o sistema inquisitório não é compatível com um Estado Democrático de Direito, por violar flagrantemente os direitos fundamentais

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.



do acusado, afastando de forma peremptória as mínimas garantias constitucionais em desapreço à dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, esclarece Renato Brasileiro de Lima⁵:

[...] fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, da que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº1)

O segundo sistema processual é o sistema acusatório. Este, ao contrário do sistema inquisitivo, pressupõe a separação completa entre os órgãos incumbidos de realizar a acusação e o julgamento, não podendo – em nenhuma hipótese – se fundirem, garantindo, por conseguinte, a imparcialidade do julgador da causa e o tratamento igualitário entre as partes.

Em virtude desta clara divisão de tarefas dos sujeitos processuais, a atividade probatória fica a encargo das partes, isto é, pelo órgão acusador e pela defesa do acusado. O juiz ocupa posição de terceiro imparcial, alheio a iniciativa de investigação e à coleta da prova, sendo apenas um receptor destas, não interferindo em sua produção. Em linhas gerais, leciona Renato Brasileiro de Lima⁶:

[...] portanto, sob ponto de vista probatório, assiste-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. Com o objetivo de preservar sua imparcialidade, o magistrado deve deixar a atividade probatória para as partes. Ainda que se admita que o juiz tenha poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária da atuação das partes.

É um sistema persecutório que possui como características típicas, além do efetivo contraditório (paridade de armas entre as partes), a oralidade e a publicidade, tendo sido estruturado à luz da presunção de inocência do acusado. Considerando essas características, autor e réu, durante toda persecução criminal, devem permanecer em pé de igualdade, com as mesmas condições e oportunidades para influenciar o convencimento do magistrado em relação aos fatos discutidos na ação penal, devendo este se posicionar como órgão jurisdicional imparcial de aplicação da lei.

Importa ressaltar que a principal diferença do sistema acusatório e do sistema inquisitório é a figura do juiz gestor de provas e a paridade de armas conferida aos sujeitos processuais. Vale dizer, assim, que no sistema acusatório, considerando que a gestão da prova

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 4 ed.rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 39.

⁶ *Ibid.*, p. 39.



está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto, adotando uma postura de mero espectador.

Por fim, a doutrina defende a existência de um terceiro sistema⁷, qual seja, o sistema misto ou sistema inquisitivo-acusatório, que consiste na fusão das características dos dois sistemas supracitados.

A estrutura do sistema misto foi pensada como um meio termo entre os sistemas inquisitivo e acusatório, buscando uma solução intermediária ao unir a eficiência inquisitória na investigação dos delitos na fase pré-processual com as garantias e direitos garantidos no sistema acusatório, aplicados à fase processual.

Neste dispositivo, é um modelo que se caracteriza por ser dividido em duas fases, uma investigatória e outra persecutória. A fase investigatória é uma fase pré-processual, que vigora a sistemática do sistema inquisitivo, sendo admitido práticas inquisitórias – tais como procedimento sigiloso, escrito, sem contraditório e a ampla defesa –, desde que respeitado a dignidade da pessoa investigada. Já na fase persecutória, consistente na própria fase processual, vigora a sistemática acusatória, sendo assegurado ao acusado todos os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, aos quais se destacam as garantias da ampla defesa e do contraditório, principalmente no que diz respeito à paridade de armas conferida às partes pela clara separação das funções de acusar, defender e julgar.

2. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE SOB À LUZ PRINCIPOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É importante desde logo destacar que não há posição unânime quanto ao sistema adotado pelo Brasil. Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, defende que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema processual misto, argumentando que o inquérito policial, como fase preliminar, se desenvolve de forma essencialmente inquisitiva e que, depois de deflagrada a persecução criminal, a ação penal irá prosseguir observando os preceitos do sistema acusatório. Nesse sentido, sustenta o autor⁸:

[...] os princípios norteadores do sistema, derivados da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência etc.). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pela Código

⁷ Hélio Tornaghi, Edilson Bonfim e Guilherme de Souza Nucci;

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28-29.



de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia fiverse, instruído feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla desses regimes, emergindo daí o sistema misto.

Geraldo Prado⁹, por seu turno, defende que o sistema processual penal brasileiro, na verdade, adota uma teoria da aparência acusatória, explicando que:

[...] se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal [...] e assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluam as jurisdições de exceção, são elementos do princípio do acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adota-o. [...] Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que, pelas relações jurídicas entrelaçadas e sucessivas, entrelaçam a todos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não exclusivamente no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório são implementados todo dia.

Em linhas gerais, resta evidente que a doutrina¹⁰ se utiliza do procedimento do inquérito policial para sustentar a adoção de um sistema misto, uma vez que o inquérito policial se desenvolve de forma essencialmente inquisitória. Impõe-se, todavia, discordar desta posição. O fato do inquérito policial, em sua maioria, lastrear a denúncia e seguir anexado na ação penal, não o faz ser parte do processo em si.

Primeiramente, importa considerar que o inquérito policial é um procedimento administrativo e pode ser dispensado nos casos em que é desnecessária sua instauração para colheita de indícios suficientes de autoria e materialidade da suposta infração penal, nos casos em que o Ministério Público, órgão responsável pela acusação (Ministério Público), valeu-se de outros meios para embasar a denúncia.

Com efeito, o Código de Processo Penal prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.). Contudo, trata-se de procedimento eminentemente administrativo, não podendo ser confundido com o processo em si.

⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 171.

¹⁰ Hélio Tornaghi, Edilson Bonfim e Guilherme de Souza Nucci;



O processo penal propriamente dito somente ocorre depois de oferecida a denúncia e tendo sido esta recebida pelo juiz. Assim, para se definir qual sistema processual adotado pelo ordenamento, deve-se tomar como perspectiva as regras que orientam o processo em si e não as que guiam o procedimento administrativo anterior ao oferecimento da denúncia, que destinam-se exclusivamente ao órgão da acusação para obter indícios de autoria e materialidade.

Desta forma, certo é que o inquérito policial não tem natureza jurídica de processo e, por conseguinte, misto não é o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação.

E mais: o inquérito, ainda que, na maioria das vezes, acompanhe a denúncia, não é suficiente, por si só, para fundamentar uma sentença condenatória. Exige-se que toda decisão judicial seja fundamentada e ao julgador é vedado motivar o seu entendimento apenas nos indícios de provas apresentados no inquérito policial, se sob o crivo do contraditório, outras provas não forem produzidas em harmonia com as colhidas e produzidas no inquérito.

Assim, por certo impõe concluir que o modelo brasileiro, na verdade, adotou o sistema acusatório¹¹, principalmente com a promulgação da Constituição da República Federal de 1988, e em especial por dois argumentos: (i) pelos princípios e garantias constitucionais vigentes¹²; e (ii) pela expressa previsão constitucional, contida no artigo 129, inciso I¹³, em conferir privativamente ao Ministério Público a atividade de promover a ação penal pública, afastando qualquer possibilidade de persecução pelo órgão julgador. Nas palavras do ilustre autor Eugênio Pacelli¹⁴, “[...] de todo modo, e sobretudo, não vemos como não se reconhecer, ou não vemos porque abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional.”

Em termos gerais, o que se tem que fixar atualmente é que, independentemente da teoria adotada, torna-se necessário sempre interpretar e aplicar qualquer dispositivo do Código de Processo Penal partindo-se na Constituição Federal de 1988 e em todas as garantias e princípios fundamentais extraídos do texto constitucional.

¹¹ Importa chamar atenção que o ordenamento jurídico brasileiro não adota um sistema acusatório puro, pois admite-se exceções em que o próprio juiz, no curso da ação penal, pode determinar de ofício a produção de prova suplementar. Contudo, a regra geral continua sendo que as partes devem produzir as provas, deixando claro a natureza acusatória, harmonizando a separação entre a função acusatória e a jurisdicional.

¹² Como exemplo, pode-se elencar os seguintes princípios e garantias constitucionais: a tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV); do devido processo legal (art. 5º, LIV); da garantia de acesso à justiça (art. 5º, LXXIV); da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I); da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII); da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII);

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitua%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 12. ed. ver. ampl. e atual. de acordo com as Leis nºs 12.830, 12.850 e 12.878, ambas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16-17.



Desta forma, em busca da concretização de um sistema acusatório processual que funcione harmonicamente com os valores constitucionais, deve-se procurar meios para que eventuais situações do juiz, tanto na fase pré-processual como na processual, não venham a contaminar o julgamento da causa e todo processo, principalmente, no que diz respeito a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar e, conseqüentemente, a imparcialidade do magistrado, assegurando todos os direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, sobretudo no que diz respeito ao acusado.

3. A APLICAÇÃO DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DA POSSÍVEL (IN)COMPATIBILIDADE PRINCIPOLÓGICA COM O ORDENAMENTO JURIDICO CONSTITUCIONAL

O artigo 385 do Código de Processo Penal autoriza o juiz, nos crimes de ação pública, a proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição do réu, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Primeiramente, cabe observar que tal dispositivo só tem aplicação – como deixa claro expressamente em sua redação – à ação penal pública. Tratando-se de ação penal privada, o Código de Processo Penal dispõe de regra própria, no inciso III do artigo 60, considerando perempta a ação “quando o querelante deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais”. Neste caso, o juiz deve proferir sentença extinguindo a punibilidade do réu (art. 109, IV, do CP).

Segunda observação é que a discussão acerca da inconstitucionalidade, o artigo 385, do CPP limita-se – pelo menos até hoje – ao âmbito doutrinário. Isso porque a jurisprudência firme dos Tribunais Superiores aplicam o artigo 385 sem maiores indagações.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça entende que não há óbice a aplicação do artigo 385 do CPP, no âmbito do atual modelo processual penal, já que vigora o princípio da indisponibilidade ação penal pública, não estando o juiz obrigado a acolher eventual pedido de absolvição formulado na denúncia ou em sede de alegações finais. Para o Tribunal, o fato do Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu não vincula o julgador, por força do livre convencimento motivado. A posição consolidada do STJ fica evidente pela leitura da



ementa do Habeas Corpus n. 197068 SP 2011/0029384-6, de relatoria do Ministro Jorge Mussi¹⁵.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL. CARÍVEL. IMPOSSIBILIDADE RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. 1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico. 2. Tendo em vista que a impetração aponta como seu coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depura-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento (...) 2. Não há ilegalidade no procedimento adotado pelo magistrado de origem, que condenou os pacientes pelo crime de roubo consumado, já que, nos exatos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, o Juiz pode atribuir definição jurídica diversa aos fatos contidos na inicial, desde que não os modifique, ainda que, por consequência, tenha que aplicar pena mais grave. 3. O artigo 385 do Código de Processo Penal, que prevê que "nos crimes de ação penal pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição", jamais teve a sua inconstitucionalidade reconhecida pelos Tribunais Superiores, sendo reiteradamente aplicado por este Superior Tribunal. Precedentes. 4. Não há ilegalidade na condenação dos pacientes pelo crime de roubo consumado, quando o Ministério Público oferece denúncia e sustenta nas alegações finais que o delito teria sido praticado na forma tentada. (...) 3. Habeas corpus não conhecido.

O Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões¹⁶, adotou raciocínio jurídico similar, reputando válido e recepcionado o artigo 385 do Código de Processo Penal, reconhecendo a possibilidade do juiz não conhecer do pedido de absolvição pelo Ministério Público, condenando o réu, bem como reconhecer agravante não arguidas.

Em síntese, a Suprema Corte, aplicou a *ratio* do artigo 28 do Código de Processo Penal, para sustentar que a manifestação do MP, em alegações finais, não vincula o julgador. Assim, se o Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial, é permitido ao juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fazer remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, da mesma forma poderá o juiz não concordar com o que posto pelo MP na ocasião das alegações finais. Extrai-se, portanto, que desde de antes da instrução criminal, o juiz não está adstrito e estritamente vinculado as manifestações do Parquet.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 197068 SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. 24 de abril de 2013. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23318722/habeas-corpus-hc-197068-sp-2011-0029384-6-stj?ref=juris-tstj> >. Acesso em: 13 mai. 2017

¹⁶ Nesse sentido, consultar também: HC 69.957/RJ (2ª Turma, rel. min. Néri da Silveira, j. 09/03/1993); HC 960-45/ES (1ª Turma, rel. min. Cármen Lúcia, j. em 4/11/2008); HC 93.211/DF, rel. min. Rosalvo Góes.



Mais pertinente, nesse debate, é o fato de que tanto o STF, como STJ, aplicam o artigo 385 do CPP sem fazer qualquer análise mais profunda sobre o dispositivo, desconsiderando qualquer debate sobre a compatibilidade entre a aplicação do artigo 385 do CPP com o sistema processual penal homenageado pela Constituição de 1988, adotando postura extremamente legalista.

A crítica que se pode fazer em relação a esta posição legalista é que, primeiramente, é uma posição substancialmente superficial, podendo se afirmar, logo em uma primeira análise, que ignora o dever do juiz de observar o princípio da correlação entre a sentença e o pedido. Ao final da instrução criminal, se ausente o pedido de condenação, não há como aceitar a possibilidade do juiz condenar o acusado, sem que isto não transfira o juiz em acusador. O juiz somente deve proferir decreto condenatório quando houver fundamentos essenciais e provas robustas para tanto, de maneira que possa formar sua convicção acerca dos fatos narrados na inicial acusatória e comprovados pelo órgão acusador. Caso contrário, violará os princípios e garantias contempladas constitucionalmente.

Sobre a aplicação do artigo em questão, Nicolitt¹⁷, em sua obra, identifica três correntes distintas: (i) o art. 385 do CPP permanece integralmente em vigor diante da constituição de 1988, não estando o juiz vinculado à opinião do Ministério Público, podendo inclusive aplicar agravantes sem que conste na denúncia; (ii) o juiz não está vinculado à opinião do Ministério Público, pois assim se estaria transferindo ao parquet o julgamento do mérito ou admitindo a disposição da ação. Todavia, a parte final, que autoriza o juiz a reconhecer agravantes que não constem na denúncia, não se sustenta diante do sistema acusatório e do princípio da inércia da jurisdição; e (iii) o art. 385 do CPP é inconstitucional em sua totalidade, por não subsistir diante do art. 129, I, da CRFB e da estrutura acusatória de processo criada pela Constituição de 1988¹⁸.

Convém destacar que, prestigiando o sistema acusatório e a concepção de um juiz imparcial, a terceira posição é a que melhor se coaduna com o atual modelo constitucional. Por certo, apenas deve ser ressaltado que não há que se falar em controle de constitucionalidade, já que o artigo 385, do Código de Processo Penal é anterior a Constituição Federal de 1988.

O artigo 385 do Código de Processo Penal foi fruto de uma legislação originada no Estado Novo, em que vigorava uma persecução criminal inquisitiva. O juiz exercia verdadeiro

¹⁷ NICOLLITT apud SADOVSKI, Edesaldo de Oliveira. *A (in) constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://monografias.brazilscola.net.com.br/id_institua-in-constitucionalidade-artigo-385-codigo-processo-penal-brasilero.html#fbcomments793ps>. Acesso em: 18 abr. 2017.



papel de ator no processo, influenciando diretamente na persecução criminal e na colheita de provas, o que já não ocorre mais. Atualmente, repudia-se qualquer meio que vicie a atuação jurisdicional, principalmente no que diz respeito a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar e, conseqüentemente, sua imparcialidade.

Com efeito, a imparcialidade do magistrado, o princípio do contraditório e, principalmente, as funções de acusar e julgar concentradas em órgãos distintos, como já exposto, são as características fundamentais do sistema acusatório consagrado pelo texto constitucional. Portanto, o vício que o artigo 385 do CPP parece diz respeito a sua compatibilidade com novo sistema constitucional e, portanto, sua recepção. Chega-se, assim, a conclusão que este dispositivo não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Importa-se, neste ponto, ressaltar que negar a aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal não é o mesmo que afirmar que a manifestação do Ministério Público tem o condão de vincular a atuação jurisdicional. O juiz goza de independência funcional, prerrogativa inerente ao Estado Democrático de Direito e, inclusive, à própria sistemática acusatória. O que não é aceitável, todavia, é o acolhimento da pretensão condenatória quando o júri *Parquet* a reconhece infundada ou não provada, já que isso seria adentrar na seara do titular da ação penal.

Assim, ausente o pedido de condenação expresso pelo órgão responsável pela acusação, não há como ser proferida decisão condenatória, sem que isso coloque em cheque a imparcialidade do juiz. Se o Estado, representado pelo órgão acusador, abandonar fundamentadamente a pretensão punitiva, não pode esse mesmo Estado, representado pelo órgão jurisdicional, condená-lo.

Neste sentido, Aury Lopes Jr.¹⁸ explica que o direito do Estado-acusador (Ministério Público) é diferente do poder de punir do Estado-juíz. Aquele, é um direito de ação, um direito ao processo, já o segundo, é um poder-dever de analisar a situação de fato que lhe é submetida e exercer o poder de punir, condicionado ao exercício integral e procedente da acusação. Assim, o Estado-acusador e o Estado-juíz estão concentrados em dois órgãos distintos, com funções distintas, justamente para homenagear a *ratio* do sistema acusatório. Nesse sentido, esclarece o autor:

[...] O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP pelo exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder

¹⁸ LCPRS II, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 257



contra alguém [...] Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo.

O juiz, terceiro imparcial, ainda que se convença internamente da responsabilidade do acusado, por ter como papel apenas analisar as provas produzidas pelas partes em contraditório, deve permanecer isento, estando objetivamente vinculado ao pedido de absolvição. O juiz que condena mesmo diante de eventual pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório.

Sendo assim, não há como não discordar da posição do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, já que o artigo 385 do Código de Processo Penal, introduzido em uma época em que vigorava um processo penal marcadamente inquisitivo, parece de respaldo constitucional. Cabe exclusivamente ao Estado-acusador, no caso de ação penal pública, exercer o direito de acusar, afirmando a existência de um delito e, consequentemente, arcando com o ônus probatório de tal pretensão. Ao juiz, em reação, cabe apenas exercer seu poder de condenar o acusado e executar a pena, se for o caso. Assim, se o Estado-acusador deixar de exercer sua pretensão acusatória, requerendo a absolvição do condenado, o juiz deverá se ater ao pleito ministerial, sobretudo em prol do princípio da correlação entre o pedido e a sentença que norteia o sistema processual brasileiro.

CONCLUSÃO

Como se pôde observar ao longo deste estudo, o sistema processual penal brasileiro, em sua essência, foi estruturado adotando os preceitos do sistema acusatório e, como tal, a postura legalista adotada pelos Tribunais Superiores na aplicação irrestrita do artigo 385, do Código de Processo Penal afronta diretamente os princípios basilares do modelo acusatório constitucionalmente eleito.

Dessa feita, se depois de deflagrada toda instrução probatória, o Ministério Público, pelas provas compulsada aos autos, requer a absolvição do réu, a atitude do magistrado em, dada as circunstâncias, proferir sentença condenatória, coloca em cheque a própria imparcialidade jurisdicional. O juiz passa a assumir os próprios rumos da acusação, proferindo decreto condenatório sem pedido, ou, pelo menos, completamente fora deste. Se o Ministério Público, na condição de legítimo titular da ação penal e órgão acusatório, expressamente entende não ser caso de condenação, não há como o juiz proferir pleito



condenatório sem que se coloque automaticamente na condição de parte no processo penal, ferindo de morte o sistema acusatório.

Por todo o exposto, dando importância à hierarquia de normas e a supremacia da Constituição, todos os dispositivos do Código de Processo Penal (para fins do presente estudo, o art. 385) que sejam de natureza inquisitória, após a Constituição Federal de 1988, que consagrou o Sistema Acusatório e o Postulado do Devido Processo Legal, não foram recepcionados pela nova ordem constitucional e, portanto, insuscetíveis de aplicação.

É possível concluir, assim, que a matéria deve ser rediscutida de forma adequada, impondo que seja feita uma interpretação evolutiva do artigo 385 pelos Tribunais Superiores, para que se caminhe para uma leitura constitucional do Código de Processo Penal, afastando a possibilidade do juiz, na hipótese do Ministério Público requerer a absolvição do acusado, se colocar na condição do órgão acusatório, proferindo decreto condenatório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3689 de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 01 mai. 17

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 197068 SP 2011/0029384-6. Relator: Ministro Jorge Mussi. 24 de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ca&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201100293846>. Acesso em: 01 mai. 2017.

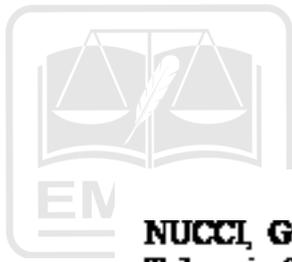
_____. Supremo Tribunal Federal. HC 96049 RS. Relatora: Ministra Carmem Lucia. 4 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=96049&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 1 mai. 2017.

LOPES JR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SADOVSKI, Edsonaldo de Oliveira. *A (in) constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: <<http://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/a-in-constitucionalidade-artigo-385-codigo-processo-penal-brasileiro.htm#adfootnote79sym>> Acesso em: 18 abr. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis n^{os} 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: v. único. Salvador: JusPodivm, 2016.

O ATIVISMO JUDICIAL E AS IMPLICAÇÕES DA FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nathassia Lima Ramos Pinho da Silva

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada.

Resumo – a partir de uma breve passagem sobre o federalismo no Brasil, levanta-se a discussão sobre o sistema representativo responsável pela edição das leis. Dessa reflexão surgem questões relevantes sobre a discrepância das realidades sociais brasileiras e a uniformidade das leis e do ordenamento jurídico. Verifica-se assim uma das causas do fortalecimento do ativismo judicial. Constatado tal fenômeno, são feitas considerações sobre a necessidade de frear a discricionariedade jurisdicional em respeito aos princípios da segurança jurídica e da isonomia. A partir desse ponto, parte-se para uma abordagem processual do tema ao verificar a função do Novo Código de Processo Civil - NCPC de garantia de tais princípios. Por fim aborda-se o liame entre o ativismo judicial e a consolidação da força normativa da Constituição passando-se pela instrumentalidade do NCPC como garantidor de uma isonômica aplicação das normas constitucionais.

Palavras Chave – Direito Constitucional. Eficácia das normas constitucionais. Ativismo Judicial. Valorização dos Precedentes judiciais.

Sumário – Introdução. 1. A Inevitabilidade do Ativismo Judicial no Brasil frente às diversidades sociais e a violação da separação dos poderes. 2. O CPC de 2015 como freio ao decisionismo e aceleração da concretização dos direitos fundamentais. 3. O Sistema de Valorização dos Precedentes Judiciais e o fortalecimento da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute se o ativismo judicial tem sido uma forma garantir eficácia máxima das normas definidoras de direitos fundamentais e, se o Novo Código de Processo Civil faz com que não só se atribua eficácia máxima, mas que também se concretize o direito de forma célere e uniforme.

Para tanto busca-se demonstrar a partir de uma reflexão sobre a tendência da Suprema Corte Brasileira que a previsão legal tem sido insuficiente para garantir que direitos fundamentais possuam eficácia máxima, não só pela ineficiência das medidas implementadas pelo Poder Executivo, mas também pela dinâmica social frente à inexorável obsolescência das leis.

O primeiro capítulo busca constatar que, especificamente, em decisões judiciais que buscam garantir direitos fundamentais, o ativismo judicial, na sua vertente do ativismo



constitucional, não se torna uma afronta à Separação de Poderes, mas constitui atividade típica do Poder Judiciário, qual seja, a interpretação da lei e garantia de que esta seja aplicada.

No segundo capítulo, aborda-se a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, que positiva o sistema e valorização do precedente. Sob a ótica de que a aplicação de precedentes possibilita a duração mais razoável do processo e a igualdade de tratamento de casos análogos, busca-se demonstrar que o novo diploma concorre para que sejam garantidos direitos fundamentais por meio de decisões judiciais.

O terceiro capítulo é destinado a defender que os direitos fundamentais, por se aplicarem de forma diversa, a depender das minúcias do caso, sofrem modificações em seu conteúdo de acordo com a dinâmica realidade social, necessitam por vezes de uma visão mais atenciosa e de uma interpretação mais precisa, que só pode ser promovida pelo Poder Judiciário em razão da maior estatuticidade e burocracia que compõem os demais Poderes, justificando uma atuação ativista dos Tribunais Brasileiros para garantir os direitos fundamentais.

A pesquisa é concebida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que é baseada em proposições hipotéticas, as quais se apresentam como verossímeis e adequadas para o estudo do tema abordado e para consubstanciar as teses propostas ou rejeitá-las diante do processo argumentativo desenvolvido.

Para tanto, a abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer de bibliografia pertinente à temática em foco, mas fazer uso principalmente das decisões da Suprema Corte Brasileira, para produzir uma argumentação em defesa de sua tese.

1. A INEVITABILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL FRENTE AS DIVERSIDADES SOCIAIS E A VIOLAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para começar a se falar de ativismo no Brasil faz-se necessário abordar um tema levemente distante, mas que justifica um pouco desse mecanismo tão discutido nos dias atuais. O Brasil, ou República Federativa do Brasil, como já intitulado, é uma federação. Federação esta que se firma pelo modo centrífugo. Isto é, decorrente de uma descentralização de competências emanadas originalmente de um ente central.

A Federação Brasileira nasce com estes desprovidos de autonomia, passando a adquiri-la ao logo do tempo, a medida que vão se distribuindo as competências administrativas, legislativas e especificamente as competências tributárias. Tais competências foram distribuídas de forma equânime pelos estados da federação, de forma a garantir isonomia entre

esses. Já não se sabia àquela época que a isonomia formal nada mais é que a forma mais mascarada de desigualdade?

Os países de dimensões continentais propiciam a formação de multiculturalismos e regionalismos, convivendo com diferentes realidades, geradas inclusive pelas diferenças geográficas. O Brasil, como um desses países, não bastando esse fator, foi um país originalmente habitado por índios, que recebeu colonização portuguesa, vindo a ser o país que mais recebeu escravos vindos da África, se tornando posteriormente destino de imigração de povos europeus. A isso se soma uma diversidade eco ambiental incomparável, o que acirra mais profundamente as discrepâncias regionais.

Ultrapassada a questão da multiplicidade regional dos Estados da Federação. Numa ótica populacional, as realidades sociais no Brasil podem ser ainda mais diversas. Tem-se uma sociedade assustadoramente estratificada, onde dentro de uma mesma faixa, existem várias e diferentes camadas de pobreza.

Com toda esta diversidade, presente em vários campos, há como um modelo legislativo centralizador, onde as principais leis são federais, e a competência legislativa dos estados é constitucionalmente residual ser eficaz no Brasil?

Por outro lado, vale também tecer comentários, sobre a dinâmica da atividade legislativa e da própria lei. A Lei e a sociedade não caminham *pari passu*. Nem mesmo os princípios e valores primordiais de uma sociedade se eternizam, como por exemplo o direito à propriedade, que tem se relativizado exatamente pela dinâmica social. Assim, se torna ainda mais tormentosa a aplicação da lei no sistema jurídico Brasileiro.

Não se discute nesta seção nenhuma teoria a ser aplicada ou reconhecida universalmente como o modo correto de se aplicar o direito. Somente se discute o modo como se pretende aplicar o direito no Brasil.

Para esta discussão, deve-se ter por base que as fontes do direito no Brasil seguem o modelo da *civil law*, onde a fonte imediata do direito é a lei. Dentro deste modelo, tem-se que a Constituição Brasileira é exaustivamente analítica e, não bastando, no Brasil, se faz lei para todos e mais diversos assuntos. Paradoxalmente, ainda assim há um brocardo popular que diz: “a lei é feita para ser descumprida”. Não há, depois da exposição feita, como discordar inteiramente dessa máxima.

No Brasil a lei é plana e pretende abarcar a todas as realidades, mas a sociedade, destinatária da lei, é acidentada, desigual, de forma que a lei plana não se encaixa, e ainda que se tente, a sociedade poucas vezes se amolda a lei. Não se amoldando a lei à sociedade, haverá sempre espaços desencontrados, espaços vazios. Nesse vazio, o juiz que primordialmente é sim



mero exegeta e aplicador da norma ao caso, deve se colocar no seu papel mais fundamental que é de dar solução aos conflitos que se lhe apresentam.

Há que se diferenciar o espaço vazio aqui mencionado, da zona de penumbra de Hebert Hart¹, ou do espaço dentro da moldura de Hans Kelsen². Aqui também não se trata das lacunas do direito. Quanto a isso segue-se à aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, conforme o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB³. Se busca na verdade, apontar o vazio causado pela existência de lei que não cobre o caso em discussão pelas realidades diferentes da lei e do conflito, ou que se aplicada, levará a situações de injustiças prementes.

Entendendo esse sistema legal, parte-se para a discussão do sistema político. Sem dúvida há uma crise de representatividade no sistema político brasileiro. O legislativo se encontra demasiadamente afastado dos interesses que ele deveria representar. A quantidade de leis editadas é exorbitante, de forma que é tomentoso para os operadores do direito tomarem conhecimento de todas as leis promulgadas, quem dirá para os demais indivíduos. Não há um liame entre representantes e representados, nem sequer desenvolvimento de instrumentos que possam aproximar esta relação.

Diversamente, a batalha para garantir o acesso ao Judiciário é uma batalha travada dia a dia, e quanto a isso não há o que se questionar. O Judiciário é o Poder que ao longo dos tempos mais se aproximou da população. Se preocupou em se especializar, em se simplificar, em se espalhar para todos os pontos do território nacional.

O Congresso está na Capital do país, mas o Judiciário está no Fórum Regional, na Comarca do interior, mais próximo à casa do cidadão. É irrefutável que a propositura de uma ação na busca da tutela de um direito é mais simples e mais eficaz do que conseguir a aprovação de uma lei, que muitas vezes significa lutar, ir às ruas, fazer abaixo-assinados e campanhas intermináveis.

No que toca ao Poder Executivo, eficiente ou ineficiente, está mais amarrado do que os demais Poderes. Afinal, sua situação está pantada no Princípio da legalidade estrita, e condicionada aos malfadados recursos financeiros, a reserva do possível, ou como se pretenda chamar a escassez de recursos orçamentários para dar efetividade a uma Constituição Cidadã.

¹ HART, apud NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014, p. 179.

² KELSEN, apud NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014, p. 179.

³ BRASIL. Decreto - Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

Chega-se então ao ponto chave deste debate: o desencanto de uma Constituição Garantista, a qual se atribui força normativa, e de onde todas as leis devem retirar seu fundamento de validade; com um sistema legal insuficiente, pouco representativo, indiferente às particularidades da sociedade e centralizador, juntamente com um Executivo limitado legal e financeiramente.

Neste ponto, se indaga: como conferir eficácia às normas constitucionais, em especial, aquelas que instituem direitos fundamentais? Não somente referindo-se àquelas que se classificam como normas de eficácia limitada, mas também às que tenham eficácia plena ou contida, e da firma como escritas no papel ou como classicamente interpretadas, não assegurem mais os interesses de uma sociedade dinâmica e diversa.

A resposta, não há de ser outra, diante da ausência ou ineficiência de políticas públicas e de atividade legislativa, o Judiciário deve sim ocupar o espaço. Veja, não ocupar o espaço dos demais poderes, mas sim o seu espaço de solucionar os conflitos, que aqui resultam do déficit representativo e da inércia do Executivo, respeitando claro, outra importante inércia, a sua, mas sendo provocado, não deve se fiar em agir.

Nesse sentido são as lições do Mestre Luís Roberto Barroso⁴ sobre os casos apresentados à Suprema Corte:

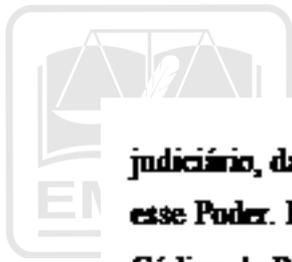
o Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juricêntrico, de hegemonia judicial. A judicização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional.

E assim, visto com maus ou com bons olhos, o ativismo judicial não implica em violação à separação de poderes. Interpretar e fazer valer a Constituição está perfeitamente imbricado nas atividades do Poder Judiciário.

2. O CPC DE 2015 COMO FREIO AO DECISIONISMO E ACELERAÇÃO DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Adotar por base que o ativismo é um fenômeno inevitável, decorrente do modelo constitucional adotado no Brasil, e do sistema político seguido, não representando violação à Separação dos Poderes, é necessário perquirir: qual seria a real causa da instabilidade do

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofrancs.br/filmsite/bravo/PKCBimages/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 09 out. 2016



judiciário, da sensação de insegurança jurídica e de um sensível descontentamento social com este Poder. É muito provável que o motivo seja o mesmo que levou à confecção de um novo Código de Processo Civil tão claramente atrelado à valorização dos precedentes.

Pela leitura do Novo Código fica sensível que a finalidade dos mecanismos de aplicação de precedentes não é somente desafogar o judiciário, mas principalmente estabilizá-lo e uniformizá-lo. O Código de Processo Civil de 2015³ revela uma busca pelo fortalecimento da legitimidade das decisões judiciais, da segurança jurídica, através não só da valorização dos precedentes, mas também da fundamentação das decisões judiciais. A propósito, fundamentações robustas, pois enquanto as partes têm o dever de convencer o Juiz da correção de suas teses, o Juiz tem o dever de convencer as partes, em sua sentença, que aquele é o direito aplicável ao caso. Assim, ainda que incumbente a parte, é provável que não paise sobre essa a sensação de incompreensão ou descaço que atualmente as sentenças-padrão têm gerado por conta de suas fundamentações rasas.

Portanto, nota-se que o cerne da discussão deve deixar de ser o ativismo judicial, direcionando-se o foco para o decisionismo judicial, e arbitrariedade dos juizes, juntamente com a insuficiência de fundamentação da sentença judicial, que precisa passar a dialogar com as partes.

É o que se afirma a partir, por exemplo, da leitura do art. 489, §1º, IV⁶ do NCPC⁷, que determina que o Juiz deve enfrentar na fundamentação todos os argumentos levantados pelas partes na defesa de seu direito.

Assim, em direção oposta sobre o que se afirmou sobre o ativismo, o decisionismo sim é um risco não só ao ordenamento jurídico brasileiro, mas ao Estado como um todo. O decisionismo é o responsável pela sensação permanente de desconfiança e de insegurança jurídica que acomete a sociedade brasileira, acirrando embates entre os Poderes e elevando os riscos de todos os negócios jurídicos celebrados no Brasil.

Afinal toda atividade econômica exercida no Brasil parece ter seu destino decidido pelos Tribunais. No fim, são os Tribunais que resolvem a carga tributária da atividade, a forma de pagamento, as cláusulas que os contratantes devem respeitar mesmo sem que estas estejam

³BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

⁶BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016. "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;..."

⁷BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.



expressas nos contratos. São os Tribunais que decidem se um determinado contrato está cumprindo a função social, que definem os prazos prescricionais ou decadenciais, se incide algum tributo naquela atividade, que define o prazo de cobrança, entre outros elementos determinantes da dinâmica econômica e social do país. Tudo isso quase sempre em nome de uma correta aplicação dos princípios constitucionais.

No entanto, nada disso seria problemático se houvesse uma congruência entre as decisões. Não é o que acontece. Para dar à discussão contornos de realidade é possível citar as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca da incidência do Imposto sobre produtos industrializados – IPI na operação de revenda de produtos importados, onde se passou longe de qualquer consenso. Nessa sistemática, qual seria a possibilidade de elaborar um planejamento tributário inteligente. O mesmo Tribunal também mudou de posicionamento inúmeras vezes em relação ao pagamento por precatórios dos expurgos inflacionários. Nessa ótica, é inevitável concluir que um Tribunal pensado para pacificar divergências entre os Tribunais do país, cuja função é dar a última palavra em matéria infraconstitucional está cumprindo uma função diametralmente oposta, transformando o ordenamento jurídico brasileiro em uma balbúrdia, desacreditando a capacidade de pacificação social do poder Judiciário.

Neste contexto, entra em vigor o Novo CPC trazendo mecanismos já conhecidos pela doutrina brasileira, oriundos do *common law*, o *distinguishing* e o *overruling*. Tais mecanismos estão inseridos no art. 489, §1º, VI do CPC/2015.⁸ Tratam-se de mecanismos usados na fundamentação da decisão para afastar precedentes, que à primeira vista seriam aplicáveis ao caso sob julgamento. O primeiro seria o argumento que traria uma distinção suficiente para tornar o precedente inaplicável, enquanto o segundo traria argumentos que pudessem levar a conclusão de que o precedente encontrar-se-ia superado.

Diante de tais esclarecimentos emerge a seguinte reflexão: se no ordenamento jurídico é prática comum fazer uso de decisões precedentes para casos semelhantes, até mesmo porque a Jurisprudência é fonte medista do direito⁹, não seria automático, tomando a sentença outro caminho, que se justificassem as razões que levaram a tomada daquela decisão. Não seria ínsito ao princípio da segurança jurídica que se apontasse o fator que distingue um caso do outro, ou

⁸BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016. Art. 489[...], §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.



ainda que por convicção do juiz, se apontasse o fator que o leva a crer estar superado o entendimento do Tribunal. É aí que mais uma vez anda bem o Novo CPC¹⁰ por enterrar o sistema da livre convicção motivada, implantando o sistema da convicção motivada. Afinal, a convicção do Juiz não é livre, está pré-determinada pela lei, pela jurisprudência e pelas demais fontes do direito, onde não se inclui a opinião do juiz.

Ultrapassada a discussão sob a ótica do Juiz de primeiro grau, é imprescindível questionar a que graus de jurisdição se aplica a obrigatoriedade do *stare decisis* e do *overruling* e de uma forma geral todo sistema de valorização do precedente. Considerando que a *mens legis* do Novo CPC¹¹ e que seus mecanismos buscam ampliar a segurança jurídica e fortalecer a isonomia no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que a valorização dos precedentes se aplicam a todos os Tribunais brasileiros, incluindo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, de forma que qualquer turma ou seção ou plenários de tais Tribunais, em nome da segurança jurídica, deveriam respeitar os entendimentos já pacificados do Direito Brasileiro, e ao proferir decisão divergente, arrazoar seus acórdãos de forma a esclarecer qual o ponto distintivo daquele caso, ou que torna superada a anterior decisão.

Veja-se, não se defende aqui o engessamento dos Tribunais Brasileiros, mas sim a necessidade de fundamentar qualquer decisão, sentença ou acórdão, como expressamente determina o diploma processual

Assim, há de se concluir que serão infrutíferos todos os mecanismos de aplicação de precedentes trazidos pelo novel diploma, sejam eles Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Recursos Repetitivos, Incidente de Assunção de Competência, além das já conhecidas súmulas e da Repercussão Geral, se os próprios Tribunais não mantiverem uma linearidade nas suas decisões.

Do contrário, é cabível se apostar que haverá uma diminuição no número de processos nos Tribunais, uma maior celeridade no julgamento das demandas, no entanto a sensação de injustiça e descaso poderá permanecer e até se elevar, pois tais mecanismos podem ser mecanismos de barreira eficientes, não só da chegada de recursos aos Tribunais, mas de se alcançar uma prestação jurisdicional eficaz.

Nesse ponto já é possível concluir que o Novo CPC¹² não tem a pretensão de combater o ativismo judicial, até mesmo porque como já exposto, não é essa a verdadeira mazela do

¹⁰BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.



Judiciário ou dos Poderes da Federação. Ainda que se verifique uma judicialização exacerbada dos conflitos políticos. A Suprema Corte foi chamada a se posicionar e interpretar a Constituição e em muitas decisões, o que não seria extraordinário, considerando a conjuntura político-econômica do país no triênio 2015-2017, como bem explicita o excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso: “Seria uma ingenuidade supor que o mundo do direito, da Justiça e do Supremo Tribunal Federal pudesse ser um lago tranquilo em meio à tempestade.”¹³

Superadas as considerações acerca do decisionismo, e verificada a evolução do Direito Processual Civil para evitar esse fenômeno, acreditando que o art. 926¹⁴ do CPC/2015 não será letra morta, torna-se a analisar o ativismo judicial e sua relação com o novel diploma.

Como já esclarecido o Novo CPC¹⁵ inaugura um novo método de obrigatoriedade na aplicação de precedentes no direito Brasileiro. Não só este sistema é capaz de frear o decisionismo judicial, acelerar o rito processual como também garantir que normas instituidoras de direitos fundamentais tenham eficácia plena e imediata.

Em termos mais realísticos o CPC de 2015¹⁶ pode produzir efeitos não só em relação à isonomia e à segurança jurídica como tem sido apontado por doutrina autorizada, mas pode também tornar o caminho da realização de direitos fundamentais um caminho mais curto. Afinal a falta de regulamentação de determinado dispositivo constitucional, a discricionariedade administrativa a reserva do possível são argumentos que podem levar batalhas judiciais a se prolongarem ao longo do tempo e das instâncias do Judiciário.

Para exemplificar a tese proposta, no RE580252, o STF decidiu que ao preso submetido a situação degradante será devida indenização. Não se trata de inovação legislativa, mas simples aplicação do art. 5º, XLIX, CRFB¹⁷ conjugado com o art. 927 do CC¹⁸. No entanto decorre como toda atividade jurisdicional de uma atividade cognitiva do Juiz de viés

¹³ BARROSO, Luís Roberto em <<http://s.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2016-barroso-parte.pdf>> Acesso em: 27 fev 2017

¹⁴BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016. “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

¹⁵BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016. “Art. 5º [...] XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

¹⁸BRASIL. Decreto - Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657/compilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”



interpretativo. Assim, em todas as situações análogas o juiz de primeiro grau poderá deferir tal pleito indenizatório, não havendo interesse do Estado em recorrer, ao menos em relação ao mérito do pedido, sabendo que existe decisão em sede de repercussão geral em recurso extraordinário conferindo o direito postulado.

Cabe ainda trazer mais um exemplo. O STF no julgamento do RE 593849 alterou entendimento histórico que incomodava tanto contribuintes quanto a doutrina tributarista. A Corte passou a entender que o contribuinte tem direito à diferença entre o valor recolhido à título de ICMS pago a maior no regime de substituição tributária para frente quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

Dessa forma fica evidente a força concreta das normas constitucionais que emerge junto ao Novo CPC. Afinal, no regime anterior era necessário enfrentar longos e pedregosos caminhos para ver reconhecido o direito já reconhecido constitucionalmente. No sistema que agora se propõe as garantias estão aí, pairando sobre os indivíduos e o Estado, a uma instância de distância, caso não sejam asseguradas.

3. O SISTEMA DE VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E O FORTALECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

Ultrapassadas as questões processuais básicas e as discussões acerca do ativismo e do decisionismo, passa-se a enfrentar o resultado prático do novo sistema de precedentes judiciais, especificamente sobre a eficácia dos direitos fundamentais.

Um aspecto muito interessante é que a coletivização das ações afetas aos direitos individuais se tornou pouco eficiente no tocante a conferir eficácia a tais direitos bem como a diminuir a necessidade de tutela jurisdicional. É o que elucida o Professor Alexandre Câmara¹⁹ quando diz: “[...] pois é exatamente em função desta margem de heterogeneidade que os processos coletivos jamais funcionaram bem como mecanismos de proteção de interesses individuais homogêneos [...]”. Assim, se não é factível enxugar a massificação de demandas, o sistema de precedentes torna mais curto o caminho até tutela jurisdicional final.

Nesse ponto, não são desconsideradas as críticas que se faz à aplicação dos precedentes no direito brasileiro, contudo não há como chegar a outra conclusão que não a de que a massificação de demandas no Brasil e o amplo acesso ao judiciário tornou necessário a

¹⁹ CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 498.



modificação do sistema processual anterior, mormente porque a demora no provimento jurisdicional torna ineficaz qualquer garantia, e inócuo todo o processo trilhado.

Segundo Luís Roberto Barroso²⁰, que tem se dedicado a estudar o fenômeno do ativismo judicial com viés constitucional e mais recentemente as implicações do sistema de precedentes na matéria, bem explica que a mudança não foi de fato uma escolha comportamental ou filosófica, mas uma inevitabilidade dos tempos modernos.

Uma discussão relevante para ilustrar o que aqui se defende acerca do acesso a uma prestação jurisdicional em um prazo razoável, para garantia de um direito fundamental, que pode ser promovido pelo sistema de valorização de precedente é a discussão afeta ao fornecimento de medicamentos de alto custo e não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA pelo Estado.

O referido tema gera grandes debates, vezes pendendo para o equilíbrio orçamentário do Estado, vezes para o direito fundamental à saúde. Trata-se do conhecido embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

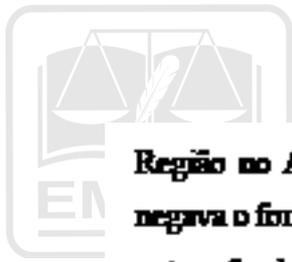
A matéria veiculada ao Supremo Tribunal Federal por meio de Recurso Extraordinário teve repercussão geral reconhecida, no entanto ainda está em votação²¹. Espera-se que quando da decisão final reduzam-se as filas no Judiciário em demandas em que se pretenda discutir tais matérias. A fim de ilustrar a controvérsia foram encontrados os seguintes posicionamentos: (i) o Tribunal Federal da 2ª Região no AG 201402010002358²² reformou decisão de Juiz de primeiro grau que constrangia a União a fornecer medicamento não registrado na Anvisa e de alto custo para os cofres públicos por ofensa aos princípios constitucionais da economia, reserva do possível e economicidade; (ii) o Tribunal de Justiça do Espírito Santo no MS 00012710220108080000²³ concedeu a segurança para fornecer medicamento de alto custo não incorporado pelo Sistema Único de Saúde – SUS com base na força normativa da Constituição, incluindo o seu artigo 196, que trata do direito à saúde; (iii) o Tribunal Regional Federal da 1ª

²⁰ BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos de. *Trabalhando Com Uma Nova Lógica: A Ascensão Dos Precedentes No Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://a.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascenso.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/consulta/verProcessoAndamento.asp?numero=657718&classe=RE&origem=AF&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

²² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AG 201402010002358. Relator: Desembargadora Federal Nírete Lobato Carina. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25213480/ag-agravo-de-instrumento-ag-201402010002358-trf2>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. MS 00012710220108080000. Relator: Desembargador Sérgio Bizzotto Pessoa De Mendonça. Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/409739862/mandado-de-seguranca-ms-12710220108080000>>. Acesso em: 20 mar. 2017.



Região no AI 00076435320144010000 0007643-53.2014.4.01.0000²⁴ reformou decisão que negava o fornecimento de medicamento de alto custo e sem registro na Anvisa com base, dentre outros fundamentos, na reserva do possível, o Tribunal por sua vez entendeu que o alto custo do medicamento não afasta por si só a possibilidade de seu fornecimento.

Fora do tema da judicialização das políticas públicas de saúde, antes da pacificação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, diversas demandas batiam às portas do Judiciário para ver reconhecida a união estável de pessoas do mesmo sexo. Fosse o sistema de valorização de precedentes aplicável à época, os casos que almejavam tal reconhecimento não teriam esperado o julgamento de uma ação de controle de constitucionalidade ou enfrentados longos processos judiciais para verem reconhecida suas pretensões e conseqüentemente os direitos patrimoniais, dentre outros, que decorrem desta condição. Bastaria uma decisão do Tribunal local para que se pudesse invocar o tratamento isonômico por parte do juiz de primeiro grau.

A discussão pragmática sobre o tema se propõe a demonstrar que o sistema de valorização e precedentes implementado pelo Código de Processo Civil de 2015 pode ser vista além da modificação do sistema processual, pode ser vista para além da implementação de mecanismos mais modernos de pacificação de conflitos em busca do esvaziamento do Judiciário ou da garantia da isonomia e da segurança jurídica. Verifica-se uma verdadeira resposta à falência das instituições dos demais poderes e um perfeito encontro com a Constituição garantista como a de Carta de 1988. Emerge do novo sistema processual uma hipótese de pacificação não só ligada ao direito privado, enxugando as demandas fundadas em contratos bancários, imobiliários e consumeristas, mas também ligada ao direito público, aos direitos fundamentais.

Faltava à Constituição um mecanismo geral que proovesse a sua força normativa, afinal a sociedade já estava cansada de se submeter a uma Constituição programática, que ficava quase que inteiramente sujeito a discricionariedade do administrador da coisa pública, ficava sujeita a oportunidade, que nunca chegava, de regulamentar um dispositivo, ainda que de clareza solar, e que se regulamentado ficava sempre sujeito a reserva do possível de recursos não-investidos.

As demandas sociais trazidas ao Judiciário vinham acometendo este poder da falência já instalada nos demais. O Judiciário, como último recurso acabava caindo no mesmo erro dos demais Poderes, com a ineficiência de suas prestações. Acredita-se, no entanto que a instalação

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AI 00076435320144010000 0007643-53.2014.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Disponível em: < <http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311344017/gravo-de-instrumento-ai-76435320144010000-0007643-5320144010000> >. Acesso em: 20 mar. 2017.



do sistema de precedentes, traz uma possibilidade se de firmar de uma vez por todas a força normativa da Constituição, a eficácia imediata dos direitos fundamentais, e o respeito ao mínimo existencial ou ao patrimônio jurídico mínimo²³. Afinal um Judiciário inoperante e afogado em suas próprias demandas, incentiva o descaso com as demandas sociais dos demais Poderes. Por sua vez um Judiciário atento ao clamor social, mais eficiente na prolação de suas decisões, pode diminuir a sensação de impunidade de quem gere a máquina pública, concretizando o princípio da máxima efetividade na interpretação das normas constitucionais.

CONCLUSÃO

Apesar das críticas severas que são feitas ao judiciário, principalmente aos Tribunais de Superposição no Brasil, muitas vezes corretas, o Poder Judiciário não pode fechar os olhos para os dilemas que lhe são apresentados todos os dias. Ainda que muito se discuta sobre a ofensa à segurança jurídica e à isonomia, sabe-se que a justiça não está em aplicar a todos a mesma solução. A igualdade formal nada mais é do que uma forma de desigualdade. O Poder Judiciário, chamado a se posicionar não pode ficar inerte, e algumas vezes uma solução rasa e mecanizada, que se limite a replicar decisões anteriores e dispositivos legais nada mais é do que um subterfúgio para a inércia. Da lei pura e simples não provém a justiça, essa vem sim da sua aplicação, que pressupõe a atividade interpretativa.

Nesta lógica, se o Judiciário atende ao chamado da sociedade, instrumentalizado por meio de demandas, ele está cumprindo o seu papel, até mesmo se a solução não está prevista em nenhuma lei, por força da vedação ao *non liquet* é permitido ao Judiciário dar a solução ao caso. No entanto, há sim um equilíbrio que deve ser buscado entre a efetividade da tutela jurisdicional e a segurança jurídica, de forma a garantir a estabilidade do ordenamento jurídico.

É facilmente constatado que as demandas em se que buscam ver atendidos direitos fundamentais insculpidos em normas constitucionais de eficácia limitada ou com base em princípios constitucionais são as que geram as maiores discussões acerca do ativismo judicial. Nesse ponto, a omissão dos demais Poderes ou o engessamento de suas instituições trazem ao judiciário uma torrente de ações, e se o Poder Legislativo que deveria estar atento às mudanças sociais não se renova e não consegue enxergar e regular as novas dinâmicas sociais, o Judiciário pode oferecer esse olhar mais atento, mais atual, mais sintonizado com a realidade.

²³ FACHIN, apud, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 148



Para aqueles que criticam esse sistema, é a própria Constituição Brasileira e sua base principiológica que permitem essa interação, sem que haja violação à separação de poderes. Até mesmo porque a regra é que o Judiciário atinge somente a esfera daquele que indivíduo que abriu tal espaço, não atuando de forma abstrata e genérica como é afeto ao Poder Legislativo. Exatamente nesse ponto adentra o Novo Código de Processo Civil e o sistema de valorização dos Precedentes Judiciais, uma vez que proporciona o equilíbrio entre a segurança jurídica, a celeridade processual e as particularidades e necessidades de cada caso.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Supremo Tribunal Federal em 2016: O ano que custou a acabar*. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2016-barroso-parte.pdf>> Acesso em: 27 fev 2017

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> . Acesso em: 09 out. 2016

BARROSO, Luís Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos de. *Trabalhando Com Uma Nova Lógica: A Ascensão Dos Precedentes No Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf> >. Acesso em: 20 mar 2017.

BRASIL. Decreto - Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De4657compilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 abr 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 657718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=657718&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AG 201402010002358. Relator: Desembargadora Federal Nizete Lobato Carmo. Disponível em: <<https://trf2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25213480/ag-agravo-de-instrumento-ag-201402010002358-trf2>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. MS 00012710220108080000. Relator: Desembargador Sérgio Bizzotto Pessoa De Mendonça. Disponível em: <<https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/409739862/mandado-de-seguranca-ms-2710220108080000>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AI 00076435320144010000 0007643-53.2014.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Disponível em: <<https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311344017/agravo-de-instrumento-ai-76435320144010000-0007643-5320144010000>>. Acesso em: 20 mar. 2017

CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

FACHIN, apud, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

HART, apud, NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.



KELSEN, apud, NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS CARGOS PÚBLICOS

Nathiele Pereira Ribeiro

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).

Resumo – o presente estudo tem por objeto a análise da inclusão da pessoa com deficiência nos cargos públicos. Inicialmente, apresenta as normas constitucionais de proteção às pessoas com deficiência, tratando especificadamente dos princípios da dignidade humana e da igualdade material. Após, aborda-se o conceito de deficiência na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e na normativa interna. Por fim, o estudo trata das ações afirmativas nos concursos públicos, que é o principal instrumento de inclusão das pessoas com deficiência nos cargos públicos.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Humanos. Inclusão das pessoas com deficiência nos cargos públicos. Ações afirmativas.

Sinário: Introdução. 1. Dignidade e diversidade. 2. O conceito de deficiência na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e na normativa interna. 3. As ações afirmativas e a inclusão da pessoa com deficiência nos cargos públicos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo estudar a inclusão da pessoa com deficiência nos cargos públicos. A justificativa para a escolha desse tema está no fato de que, mesmo com diversas normas internacionais e nacionais, as pessoas com deficiência encontram dificuldades no acesso ao mercado de trabalho, pois, na prática, acaba existindo preconceito por parte do empregador e dos demais trabalhadores. Assim, as ações afirmativas mostram-se como instrumento importante para a efetivação da justiça social.

O objetivo da pesquisa realizada foi o de apresentar as principais normas que tutelam as pessoas com deficiência, com especial análise do conceito de deficiência e as ações afirmativas nos concursos públicos como forma de inclusão das pessoas com deficiência.

O primeiro capítulo aborda os princípios que constituem os pilares para o estudo do tema, sendo eles: da dignidade humana e da igualdade material.

Na sequência, o segundo capítulo aborda o conceito de deficiência na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no Estatuto da Pessoa com Deficiência e no Decreto n. 5.296/04, com o objetivo de se romper com o conceito puramente médico e de se reconhecer a deficiência como um conceito em evolução,



que é resultado de uma interação entre as pessoas com deficiência e as dificuldades encontradas por elas em seu dia a dia.

Por fim, o terceiro capítulo analisa a inclusão da pessoa com deficiência nos cargos públicos, com a análise das ações afirmativas, política de cotas, que atua como garantia do princípio da igualdade material.

O método de pesquisa adotado foi o da elaboração de conhecimento com base na análise crítica e didática de materiais já publicados em livros e artigos científicos. A pesquisa privilegiou estudos teóricos e análise de documentos e textos legais, buscando-se um processo lógico de interpretação e reflexão a respeito do tema estudado. Tal método é conhecido como fenomenológico – hermenêutico.

1. DIGNIDADE E DIVERSIDADE

Diante dos fatos ocorridos na 2ª Guerra Mundial, percebeu-se que não existia uma proteção suficiente ao ser humano nos ordenamentos jurídicos. Para tal, era necessário construir uma nova ordem jurídica, com aplicação universal, objetivando colocar a figura do ser humano em posição de destaque. Nesse contexto, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, que buscou a valorização do indivíduo, independente de gênero, raça, cor ou etnia.

A referida Declaração promoveu a conversão dos direitos humanos em assunto de interesse internacional. Passou-se a entender que todos os homens e mulheres são detentores de direitos, em especial à vida digna. Isso porque a espécie humana é igual no que se refere ao material genético, aos fatores e necessidades biológicas, à racionalidade e à capacidade de ter sensações e emoções. Ademais, as pessoas possuem vontade, consciência e liberdade de pensamento, as quais são atributos indispensáveis ao livre-arbítrio. Assim, a todo ser humano deve ser atribuído o mesmo valor, não cabendo nenhuma forma de comparação ou distinção.

Nesse contexto, o princípio da dignidade humana reflete o ideal de valorização do ser humano e passa a conduzir todo o ordenamento jurídico. Há uma primazia desse princípio, conforme aduz Flávia Piovesan¹:

1 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: QUARREMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Fausto Martins Riccio de (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 455.



Vale dizer, a lógica do Direito dos Direitos Humanos é, sobretudo, uma lógica material, inspirada no valor da dignidade humana. São aqui afetados os critérios da temporalidade (lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível) e da especialidade (lei especial revoga a lei geral no que ela tem de especial). A lógica é exclusivamente material: merece prevalência a norma mais benéfica, mais protetiva e mais favorável (independentemente se anterior ou posterior, se geral ou especial). Nesta perspectiva, em que a primazia é da pessoa humana, o ser humano é concebido como um fim em si mesmo e jamais como um meio, como já explicitava Kant. É um ser essencialmente moral, dotado de unicidade e de integridade, sob o manto da dignidade humana, valor fonte da experiência jurídica.

Cumprido ressaltar que a condição humana é o único requisito para ser ter direito à dignidade. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet² entende que a dignidade é atributo intrínseco ao ser humano e que, por isto, “mesmo daqueles que cometem ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração”.

Cabe-se enaltecer que os direitos fundamentais têm por objetivo principal promover a garantia do mínimo existencial, indispensável à liberdade material e à vida digna.

A promoção da vida digna está diretamente atrelada à igualdade de oportunidades e à inclusão social, uma vez que não há como pensar em liberdade de desenvolvimento do ser humano sem pensar em tais igualdades.

No Brasil, a Constituição de 1988 rompe com o regime ditatorial e marca uma transição democrática e de institucionalização de direitos e garantias fundamentais. Em seu artigo 1º, traz a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil³. Assim, o valor da dignidade aparece como núcleo informador de todo o ordenamento jurídico.

Alexandre de Moraes⁴ ao conceituar a dignidade aduz que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo inviolável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Constata-se, portanto, que tanto no âmbito internacional como no âmbito nacional, a dignidade humana é um princípio maior que unifica e centraliza todo o sistema jurídico, sendo utilizada como fundamento pelo neoconstitucionalismo para fundamentar a sua aplicação.

Por outro lado, o conceito de igualdade, também denominado de isonomia, surgiu com o intuito de pôr fim aos privilégios antes existentes na Idade Média, para que todos fossem tratados de forma igual pelo Estado. Trachzia-se esse conceito em igualdade perante a lei. Em outras palavras, com base neste princípio, de aplicação geral e abstrata, ninguém poderia ser tratado de maneira desigual, ainda que para beneficiar os menos favorecidos socialmente.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livros do Advogado, 2006. p.44.

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

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos Constitucionais*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 22.



O Estado liberal garantia a igualdade de tratamento, sem atender para a situação específica de cada cidadão. Como o Estado não intervinha nas relações econômicas, não cabia ao legislador criar desigualdades. Desse modo, o entendimento de igualdade formal só prestigiava a burguesia, uma vez que esta era a detentora dos bens e os menos favorecidos, assim, não conseguiam a materialidade do aludido princípio.

Norbert Rouland⁵ ao discutir sobre as minúscias aduz que:

A igualdade pura e dura dos primeiros textos revolucionários pouco viveu, tropeçava muito na realidade e em suas coerções sociológicas. [...] Pois entre 1789 e nossa época, notadamente sob a influência do marxismo, a ideia de justiça social mudou de conteúdo: o direito já não tem somente a missão de instaurar a igualdade cívica, mas deve compensar os efeitos mais graves das desigualdades de fato.

Perceben-se que a ideia de igualdade formal, vinda da Revolução Francesa, foi perdendo espaço na medida em que se verificou que, para a implantação das liberdades públicas a todos, seria necessário a real efetivação do princípio da igualdade, atendendo as particularidades e diferenças de cada homem.

Nesse contexto, surge a ideia de igualdade em seu sentido material, igualdade para os desiguais, uma discriminação em razão das diferenças entre os homens. Tal discriminação está na oferta e no acesso à oportunidade a todos, bem como na inclusão social, fundamentada na justiça social e na democracia.

O Estado Social de Direito, *Welfare State*, passou a intervir nas relações econômicas, na implantação e na efetivação de prestações positivas e direitos sociais, com o objetivo de minimizar as diferenças sociais. Assim, buscava a promoção da assistência e proteção às classes menos favorecidas, realizada por meio da igualdade material.

O supramencionado modelo de Estado rompeu com o ideal de intervenção mínima do Estado Liberal para ter seus atos girando em torno do ser humano. Assim, passou-se a visualizar uma preocupação com a questão social.

Quando a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, caput, garante que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”⁶, deve-se entender que é um tratamento igual às pessoas em iguais condições e um tratamento desigual no caso em que o tratamento igual agrava as desigualdades sociais.

Segundo Luiz Alberto David Aarão⁷, o direito à igualdade aparece na Carta Magna não como regra, mas como princípio constitucional, isto é, como um dos seus pilares estruturais e como pressuposto de todos os direitos individuais. Ainda para o autor, os

⁵ ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304-305.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serran. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87.

princípios constitucionais seriam regras-mestras dentro do sistema positivo, devendo neles serem identificados os fundamentos e os alicerces do sistema jurídico.

A noção de igualdade em seu sentido material corresponde à ideia do direito de ser diferente, ao reconhecimento desse direito e ao recebimento de tratamento digno. Tal igualdade impõe ao legislador a obrigação de elaborar normas que promovam a igualdade de todos; isso é, tratar de forma igual pessoas iguais e dar tratamento diferenciado às pessoas com especificidades.

Vale mencionar que tal tratamento diferenciado é com relação às oportunidades e não à igualdade de resultado, que depende do mérito pessoal. Ana Paula de Barcellos⁸ ao discorrer sobre o assunto faz uma boa distinção entre as figuras, de modo que:

A igualdade de chances se opõe logicamente à igualdade de resultados. A igualdade de resultados imagina caber ao Estado assegurar, ou determinar, a condição final dos indivíduos na vida, com relativa indiferença para com a ação pessoal de cada um, e pressupõe um estado totalitário ou, no mínimo, paternalista. A igualdade de oportunidades, diferentemente, entende que não cabe ao Estado definir a vida e as escolhas dos indivíduos, mas assegurar que todos partam de condições iniciais mínimas capazes de permitir que cada um alce o seu vôo independentemente da autoridade pública.

Portanto, a igualdade de oportunidades pressupõe um tratamento diferenciado, de acordo com as necessidades de cada um, a fim de que o acesso seja garantido.

Ronald Dworkin⁹ considera a igualdade como virtude soberana, assegurando que sem ela o governo não passa de um tirano. A verdadeira igualdade é a de oportunidades, de modo que o governo deve promover a igualdade material, denominada por ele de igualdade de recursos.

Com efeito, conforme discorre Uadi Lammêgo Bulos¹⁰, as ações afirmativas, também denominadas de discriminações positivas, surgiram para trazer um tratamento diferenciado a certas pessoas, em função de marginalizações que estas sofreram no passado. Nesse grupo, ainda segundo o autor, encontram-se os idosos, as mulheres, os negros, os pardos, os índios, os homossexuais, as pessoas com deficiência.

Portanto, a igualdade material vai conduzir o Estado Democrático de Direito para a promoção do bem estar comum, na medida em que atenua às desigualdades sociais. Para tanto, exige-se a criação de condições e institutos jurídicos, como as ações afirmativas, para

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 180-181.

⁹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX-XII.

¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 540.



dar igual oportunidade para os indivíduos fazerem as suas próprias escolhas e terem uma vida digna.

Após a abordagem dos princípios da dignidade humana e da igualdade, faz-se necessária a análise do conceito de deficiência da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, do Estatuto das Pessoas com Deficiência e do Decreto n. 5.296/04.

2. O CONCEITO DE DEFICIÊNCIA NA CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E NA NORMATIVA INTERNA

Na humanidade sempre existiram pessoas com deficiências, mas nem sempre estas receberam tratamento adequado. Os obstáculos enfrentados por elas ao longo do tempo foram muitos. Atravessou-se uma fase de exclusão social e logo então passou a existir um atendimento especializado segregado dentro das instituições. Atualmente, tem-se um cenário de luta para a inclusão social das pessoas com deficiência.

A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com deficiência¹¹, homologada pela Assembleia da ONU em 13 de dezembro de 2006¹², marca uma mudança de paradigma em relação às pessoas com deficiência, as quais passam a ser vistas como sujeitos de direitos, capazes de tomar decisões sobre sua vida.

A Convenção, uma vez aprovada, é tomada como base, pelos países signatários, para a construção das políticas sociais, no que diz respeito tanto à identificação do sujeito alvo da proteção social, quanto dos direitos a serem garantidos ou assegurados. O propósito previsto no preâmbulo deste documento internacional é a promoção, proteção e garantia do gozo pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e a promoção do respeito pela sua dignidade.

O propósito maior da Convenção, segundo Flávia Piovesan¹³:

¹¹ ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo* (2007). Portal do Palácio do Planalto da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/08949.htm>.

¹² Embora tenha sido homologada em 13 de dezembro de 2006, a Convenção passou a ter vigência em 3 de maio de 2008, após ultrapassar o mínimo de vinte ratificações.

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direitos constitucionais internacionais*. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 224-225.



É promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estados Partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para a implementação dos direitos nela previstos. Introduz a Convenção o conceito de "reasonable accommodation", apontando ao dever do Estado de adotar ajustes, adaptações, ou modificações razoáveis e apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o exercício dos direitos humanos em igualdade de condições com as demais. Violar o "reasonable accommodation" é uma forma de discriminação nas esferas pública e privada.

Percebe-se que a Convenção, além de estipular quais são os direitos das pessoas com deficiência, prevê medidas para que eles, de fato, sejam assegurados. São medidas legislativas, administrativas, judiciais e políticas que devem ser adotadas.

Assim, a Convenção reafirma os princípios universais da dignidade, da igualdade e da não discriminação. Define as obrigações gerais dos estados-membros relativas à integração das várias dimensões da deficiência nas suas políticas, bem como a conscientização da sociedade, a fim de um combate ao preconceito e à valorização das pessoas com deficiência.

Com o objetivo de garantir a aplicabilidade dos direitos, foi instituído um sistema de monitoramento internacional da aplicação da Convenção, através da criação do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência, no âmbito das Nações Unidas.

A Convenção sobre Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram assinados pelo Brasil em 30 de março de 2007, em Nova Iorque. No dia 9 de julho de 2008, o Congresso Nacional aprovou a Convenção e seu Protocolo, por meio do Decreto Legislativo nº 186, conforme o procedimento do artigo 5º, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁴ com a seguinte redação:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Dessa forma, pelo fato da Convenção ter sido aprovada com quórum qualificado, as normas nela previstas tem o status de emenda constitucional¹⁵.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado 1988.

¹⁵ Insta mencionar que o parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil surgiu como forma de resolver a divergência doutrinária que existia acerca do tratamento hierárquico dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos no âmbito interno. Antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, responsável pela Reforma da Judiciária, que instituiu este dispositivo, havia duas correntes doutrinárias. A primeira, baseada nos parágrafos 1º e 2º deste mesmo artigo constitucional, defendia que os direitos humanos são direitos e garantias fundamentais e que, por isso, deveriam ter aplicação imediata, bem como são reconhecidos como normas constitucionais pela própria Carta Magna ao dispor que reconhece direitos fundamentais mesmo que não expressos. Todavia, o Supremo Tribunal Federal não adotou esta primeira corrente, se filiando à corrente oposta, não reconhecendo o status constitucional às normas de direitos humanos contidas em tratados internacionais, criando o conceito de norma supralegal, isto é, uma norma que seria superior à lei ordinária, mas inferior à Constituição. Agora, com este benéfico parágrafo não há mais dúvidas de que o tratado internacional que versam sobre direitos humanos quando aprovados com o quórum estabelecido terá status de emenda constitucional.



A Convenção tratou em seu artigo 1^o¹⁶ do seu propósito e nele definiu o conceito de pessoa com deficiência:

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

O dispositivo traz as características do destinatário da Convenção, isto é, da pessoa com deficiência, sendo elas: a) impedimentos de longo prazo; b) a deficiência deve ser de natureza física, mental, intelectual ou sensorial; c) e esta, em conjunto com diversas barreiras no ambiente, dificulta ou impossibilita a participação na sociedade.

Insta mencionar que a deficiência física é uma categoria, dentro da qual se tem, por exemplo: amputações, paralisias, parciais, baixa estatura e más formações congênitas. A deficiência visual engloba os tipos de cegueira e baixa visão, da mesma forma que a deficiência auditiva abrange os tipos de surdez e baixa audição.

Segundo Maria Aparecida Gugel¹⁷:

A CDPD mantém as mesmas definições para as pessoas com deficiência de natureza física e sensorial. A nova concepção de deficiência mental está ligada às funções mentais do corpo e que podem gerar transtornos mentais, exemplo de pessoas que têm esquizofrenia ou depressão, síndrome do pânico, transtorno obsessivo-compulsivo, paranoia, manias, controlados por meio de medicamentos. As pessoas com deficiência de natureza intelectual, antes designadas de deficiência mental, continuam sendo aquelas de comprovado déficit cognitivo porque o seu funcionamento intelectual é significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas.

Nesse contexto, a deficiência é a combinação de limitações pessoais com impedimentos culturais, econômicos, físicos e sociais, deslocando a questão do âmbito da pessoa com deficiência para a sociedade, que passa a assumir a deficiência e seus desdobramentos como assunto de todos, conduzindo-se dos espaços domésticos para vida pública, da esfera privada ou de cuidados familiares para questão de justiça.

Restalte-se que esse conceito possui natureza de norma constitucional no Brasil, em função do procedimento de internalização da Convenção, logo, ele supera as legislações pátrias até então existentes, as quais se preocupavam com o aspecto biomédico da deficiência.

De acordo com Flávia Piovesan¹⁸, a Convenção é inovadora em muitos aspectos dentre eles: a) altera a percepção da deficiência, reconhecendo que todas as pessoas devem ter

¹⁶ ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo* (2007). Portal do Palácio do Planalto da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 16/11/2016.

¹⁷ GUGEL, Maria Aparecida. O direito ao trabalho e ao emprego: a proteção na legislação trabalhista. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Gláuber Salomão; LEITE, Glaura Salomão (Coord.). *Módulo dos Direitos de Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 413.



a oportunidade de alcançar de forma plena o seu potencial; b) define deficiência como algo não intrínseco à pessoa, mas decorrente da inadequação do meio ambiente econômico e social, por ter barreiras e restrições que impedem a plena e efetiva participação de todos na sociedade em igualdade com os demais; c) e, conceitua a discriminação como algo que envolve toda distinção, exclusão ou restrição, baseadas na deficiência, que tenha por efeito ou objetivo impedir ou obstar o exercício pleno de direitos. Ademais, a autora também alerta que as pessoas com deficiência ainda podem ser vítimas de múltiplas e agravadas formas de discriminação, com base na raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, etnia, origem social, entre outras.

Na normativa interna, o Decreto nº 5.296 de 02 de dezembro de 2004¹⁹ define o que se considera deficiência, deficiência permanente e incapacidade, nos seguintes termos:

- I - deficiência - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;
- II - deficiência permanente - aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e
- III - incapacidade - uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem estar e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Em seguida, traz em seu artigo 5º, §1º,²⁰ o conceito de cada tipo de deficiência, adotando conceitos médicos. Entretanto, tais conceitos do Decreto nº 5.296/04 não podem ser

¹⁹ PEREIRA, op. cit., p. 224-225.

²⁰ BRASIL. Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm>. Acesso em: 10/03/2017.

²⁰ *Ibid.* Artigo 5º, 1º. Considera-se, para os efeitos deste Decreto: I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei no 10.090, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias: a) deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, mieloma, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz; c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: 1. comunicação; 2. cuidado pessoal; 3. habilidades sociais; 4. utilização dos recursos da comunidade; 5. saúde e segurança; 6. habilidades acadêmicas; 7. lazer; e 8. trabalho; e) deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências, e II - pessoa com mobilidade reduzida, aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha,



aplicados de forma abstrata, deve ser feita uma análise no caso concreto e com a máxima amplitude do que se considera deficiência, conforme preceitua a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual tem força de norma constitucional, por ter sido aprovada com o quórum previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil²¹.

Se não bastasse, o Estatuto da Pessoa com Deficiência²², em seu artigo 2º, traz o conceito de deficiência adotado pela Convenção. Além disso, prevê que a avaliação da deficiência será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, o que se conclui que a análise não pode ser puramente médica, devendo ser observados fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, nos seguintes termos:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstar sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III - a limitação no desempenho de atividades; e
- IV - a restrição de participação.

Portanto, a concepção de deficiência não pode ser puramente médica, devendo reconhecer como sendo um conceito em evolução, o qual é resultado de uma interação entre as pessoas com deficiência e as dificuldades encontradas por elas em seu dia a dia, impedindo a plena e efetiva participação destas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades.

Após a análise do conceito de deficiência, adotando-se o conceito amplo, no próximo capítulo serão analisadas as ações afirmativas, política de cotas, as quais garantem a inclusão das pessoas com deficiência nos cargos públicos.

por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção.

²¹ BRASIL. Constituição (1988).

²² BRASIL. Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NOS CARGOS PÚBLICOS

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê o direito ao trabalho, o qual está ligado à própria dignidade humana, uma vez que ele garantirá que o trabalhador desfrute dos seus direitos fundamentais.

A dificuldade para a pessoa com deficiência ocupar uma vaga no mercado de trabalho é grande, uma vez que esta precisa superar os limites que a sua deficiência lhe impõe, o preconceito e possuir a capacitação profissional que determinado trabalho lhe exija.

Visando eliminar ou, ao menos diminuir, as dificuldades apresentadas pelo trabalhador com deficiência dentro do mercado de trabalho, o legislador criou leis infraconstitucionais para promover a inclusão social desses trabalhadores, seja no âmbito privado, seja no público.

Como forma de garantir a não violação dos direitos, a Lei nº 7.853/89²³, em seu artigo 8º, incisos II, tipifica como crime a conduta de “obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência”. Assim, qualquer conduta discriminatória constitui ilícito penal, com pena de reclusão.

Ao analisar as ações afirmativas e o sistema de cotas, deve ser adotado o conceito de deficiência à luz da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, devendo ser realizada a avaliação da deficiência por equipe multiprofissional e interdisciplinar, e não puramente conceitos médicos.

Dentro das ações afirmativas, tem-se o sistema de cotas de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência como importante mecanismo de inclusão social e promoção do acesso ao trabalho. Este sistema encontra previsão no artigo 37, VIII, da Constituição²⁴: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Glauco Salomão Leite²⁵, ao tratar do sistema de cotas obrigatórias na Administração Pública e a pessoa com deficiência, aduz o seguinte:

²³ BRASIL. Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989/7853.htm>. Acesso em: 10/03/2017.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ LEITE, Glauco Salomão. O sistema de quotas obrigatórias na administração pública e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coord.). *Manual dos Direitos de Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 214.

Partindo do pressuposto da dificuldade de essas pessoas terem acesso ao emprego, não apenas no setor privado, mas também nos quadros da Administração Pública, por conta do preconceito de que são vítimas, o constituinte cuidou de implantar uma verdadeira política de ação afirmativa em seu benefício. Assim, possibilita a maior concretização do direito ao trabalho e da liberdade de ofício ou profissão.

Percebe-se, então, que o constituinte ao estabelecer o sistema de cotas em concursos públicos para as pessoas com deficiência buscou garantir uma verdadeira inclusão social, uma vez que aumenta as possibilidades de acesso aos cargos e empregos públicos. Busca-se combater os efeitos decorrentes de uma situação de discriminação que atinge uma minoria da população, procurando assegurar o direito à igualdade de oportunidades.

A Constituição da República Federativa do Brasil ao dispor, no seu artigo 37, VIII, sobre o regime de cotas utiliza a expressão “a lei reservará”, de modo que para que esta norma tenha eficácia jurídica plena é necessária a intervenção do legislador para a criação de uma lei específica. Contudo, ainda não foi criada nenhuma lei específica para regular o tema²⁶, isto é, para determinar o percentual dos cargos e empregos públicos e os critérios de sua admissão.

Com o objetivo de suprir as lacunas, surgiu o Decreto nº. 3.298 de 1999²⁷. Esse estabelece um percentual mínimo de 5% das vagas ofertadas no certame como destinado às pessoas com deficiência, nos termos de seu artigo 37, com a seguinte redação:

Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

O aludido dispositivo tem especial relevância por assegurar às pessoas com deficiência o direito de se inscrever em concurso público em igualdade de condições com as demais pessoas, efetivando, assim, o princípio da igualdade.

Após, o parágrafo primeiro dispõe que tais pessoas concorrerão a todas as vagas, só começando a disputar nas vagas reservadas depois de preenchidas as de ampla concorrência.

²⁶ Conforme dispõe o artigo 24, XIV, da Constituição da República, a competência para legislar sobre proteção e integração das pessoas com deficiência é concorrente. Assim sendo, a União, os Estados membros e o Distrito Federal podem legislar sobre o assunto. Todavia, para que não haja um conflito de competências, a União estabelecerá as normas gerais e diante destas é que os Estados Membros poderão editar regras mais específicas, atendendo as suas particularidades, com base no artigo 24, §2º, da Constituição da República. Já no caso da União manter-se inerte, isto é, não editar as normas gerais, os Estados Membros poderão exercer a competência legislativa plena, criando normas gerais válidas para o âmbito de seu respectivo território, conforme dispõe o artigo 24, §3º, da Carta Magna. O importante aqui é lembrar que, na superveniência de uma norma geral, esta suspende a eficácia da lei estadual no que lhe fix restrição.

²⁷ BRASIL. Decreto n.º 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 10/03/2017.

Esta proteção possibilita a inclusão daquele que teve problema em seu processo educacional. Ademais, o dispositivo consagra o percentual mínimo que deve ser reservado no concurso público, o qual é de 5% das vagas existentes no edital e das que surgirem no decorrer do prazo de validade do concurso. Cumpre mencionar que, caso o percentual resulte em um número fracionado, esse deverá ser arredondado para o imediato número superior.

O Decreto nº. 3.298 de 1999 é uma norma geral editada pela União, que prevê um percentual mínimo a ser reservado e que não pode ser alterado por lei de outros entes. Portanto, nada impede que os Estados, Distrito Federal e Municípios editem normas específicas fixando percentual máximo.

Como exemplo, a Lei n. 8.112 de 1990, que estatui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, determina, no artigo 5º, §2º, fixa percentual máximo de 20%²⁸.

Já o artigo 39 do Decreto nº. 3.298 de 1999²⁹ prevê que deverá constar nos editais dos concursos públicos para que se tenha a correta aplicação da norma:

- I - o número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência;
- II - as atribuições e tarefas essenciais dos cargos;
- III - previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato; e
- IV - exigência de apresentação, pelo candidato portador de deficiência, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença - CID, bem como a provável causa da deficiência.

Portanto, para respeitar o percentual mínimo indicado no Decreto nº. 3.298 de 1999, o edital do concurso público deverá indicar o número total de vagas, bem como o percentual que destina às pessoas com deficiência, sempre respeitando o mínimo de 5% e, em se tratando de concurso federal, o patamar máximo de 20%. Frise-se que primeiramente tais pessoas concorrem ao número total de vagas, só depois é que ingressam na cota, viabilizando a concreta inclusão social.

Com relação à participação das pessoas com deficiência nas etapas do certame, essas concorrerão em igualdade com os demais candidatos no que tange ao conteúdo das provas, avaliações e aos critérios de aprovação, como nota mínima. Todavia, elas poderão solicitar condições especiais para a realização das provas, a fim de viabilizar o acesso necessário a sua

²⁸ BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8112cons.htm>. Acesso em: 15/03/2017.

²⁹ BRASIL. Decreto n.º 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 15/03/2017.



participação. Podem, inclusive, solicitar tempo adicional de prova com justificativa acompanhada de parecer emitido por especialista da área de sua deficiência.

Para melhor sedimentar o exposto, Maria Aparecida Gugel³⁰ aduz:

Adaptar as provas para o candidato com deficiência é tomar o seu conteúdo – que é o mesmo para todos – acessível para a natureza da deficiência e as necessidades inerentes dos candidatos e, ainda, garantir a propriedade do conteúdo das questões e das respostas às questões formuladas. Destaque-se que todas as provas, incluídas as físicas e de demonstração de habilidades específicas, devem ser adaptadas à necessidade do candidato.

Sintetizando, a Comissão Organizadora do Concurso deve assegurar que o candidato terá condições para realizar a prova em condições de igualdade com os demais, o que lhe garante tudo o que for necessário e requisitado no momento da inscrição, como provas em braile, uso de equipamento especial, auxílio de leitor e de redator.

No entendimento de Luiz Cláudio Fortinho Dias³¹, não sendo garantida a adaptação necessária, pode-se pleitear a anulação da etapa do concurso em que ocorreu a violação, sem prejuízo do Estado em reparar os danos causados. Contudo, o Poder Público poderá ingressar com uma ação de regresso em face do administrador responsável pelo ato, no caso de dolo ou culpa, para reaver os gastos efetuados na etapa anulada do concurso, conforme parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

No momento da inscrição no certame, o candidato já apresenta o seu laudo médico que atesta a espécie e o grau da deficiência, por meio do CID (Classificação Internacional de Doença), bem como a provável causa da mesma. Nessa etapa, o candidato faz o requerimento solicitando o processamento para concorrer no certame como pessoa com deficiência. Tal requerimento de inscrição é analisado por equipe multiprofissional. Todavia, é durante o estágio probatório que esta equipe analisa a compatibilidade da deficiência com as atribuições do cargo. É o entendimento que se infere do artigo 43 do Decreto nº. 3.298/99³²:

Art. 43. § 1º A equipe multiprofissional emitirá parecer observando:

- I - as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição;
- II - a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar;
- III - a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas;
- IV - a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que habitualmente utilize; e

³⁰ GUGEL, Maria Aparecida. O direito ao trabalho e ao emprego: a proteção na legislação trabalhista. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 424.

³¹ DIAS, Luiz Cláudio Fortinho. *O passaporte da pessoa portadora de deficiência física no mercado de trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus1.uol.com.br/revista/texto/1212>>. Acesso em: 18/03/2017.

³² BRASIL. Decreto nº. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 18/03/2017.

V - a CID e outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente.

§ 2º A equipe multiprofissional avaliará a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.

A equipe multiprofissional é composta por três profissionais capacitados e atuantes nas áreas de deficiências, podendo ser: psicólogo, assistente social, fonoaudiólogo etc. Tal equipe irá prestar assistência durante as etapas do concurso público e durante o estágio probatório, fornecendo auxílio à pessoa com deficiência, inclusive buscando meios para eventuais e necessárias adaptações das tarefas inerentes ao cargo ou emprego público.

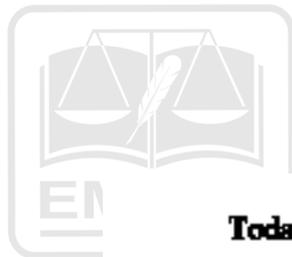
Todavia, a equipe multidisciplinar ao periciar o candidato que está concorrendo nas vagas destinadas às pessoas com deficiência, deve levar em consideração o conceito amplo de deficiência consagrado na Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Portanto, a política de cotas para os empregos e cargos públicos é de suma importância para a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, por reservar um percentual de vagas nos certames para essa minoria que, em sua maioria, não teve acesso a um processo educacional adequado e teria grandes dificuldades em concorrer com as demais pessoas sem a reserva, em função da nota de corte cada vez mais elevada nos concursos públicos. Destarte, a política de cotas atua como garantidora do princípio da igualdade material.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada para a construção deste trabalho de conclusão de curso permitiu concluir que para a efetiva inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é necessária a fiscalização a fim de que sejam cumpridas as normas de proteção das aludidas pessoas.

Constata-se, ainda, que a principal causa para a exclusão das pessoas com deficiência é a discriminação por parte dos demais, por achar que os indivíduos, em função da sua deficiência, não possuem a aptidão para desenvolver as tarefas. Para corrigir tal preconceito é fundamental que haja uma conscientização da sociedade como um todo em busca da integração social, a fim de que esta realmente saiba o conceito de deficiência e a sua amplitude.



Todavia, enquanto não ocorre tal conscientização, é fundamental que o Estado continue atuando com as ações afirmativas, em especial com a Lei de Cotas em concursos públicos.

Portanto, essas medidas de inclusão social, também chamadas de discriminações positivas, minimizam as consequências geradas pelo preconceito que até então existiu e que ainda existe. Por fim, a fiscalização da correta aplicação das normas também é de suma importância, além de pôr em prática as punições para os que as descumprem.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

_____. Decreto n.º 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>.

_____. Decreto n.º 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>.

_____. Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm>.

_____. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>.

_____. Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. *O panorama da pessoa portadora de deficiência física no mercado de trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1212>>.



DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta*. Goiânia: Ed. da UCG, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. O sistema de quotas obrigatórias na administração pública e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coord.). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (2007)*. Portal do Palácio do Planalto da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>.

FIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). *Neconstitucionalismo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livros do Advogado, 2006.



PERDA DE NACIONALIDADE E (IM)POSSIBILIDADE DE EXTRADIÇÃO DE BRASILEIRO NATO

Patrícia Nogueira Rodrigues

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a nacionalidade é direito fundamental do cidadão para com o Estado, que tem o dever de protegê-lo. No direito brasileiro, um de seus principais aspectos é a proibição de extradição de brasileiro, também considerada direito fundamental pela Constituição Federal. A essência do trabalho, então, é analisar a possibilidade de perda de nacionalidade e suas consequências, notadamente a possibilidade de eventual extradição, já que o indivíduo não será mais considerado brasileiro.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Internacional. Nacionalidade. Extradição.

Sumário – Introdução. 1. O direito fundamental à nacionalidade e a perda da nacionalidade brasileira. 2. A perda de nacionalidade frente à proibição constitucional de extradição de brasileiro nato. 3. A extradição de brasileiro e a proteção do nacional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como enfoque a temática da perda da nacionalidade brasileira pelo art. 12, §4º, II, CRFB/88 e suas consequências. Mais especificamente, analisa a possibilidade de eventual extradição do antigo brasileiro nato, uma vez que a pessoa não será mais considerada brasileira, bem como a sua concretização frente a direitos de nacionalidade e vedação constitucional de extradição de brasileiro (art. 5º, LI, CRFB/88).

Nesse sentido, objetiva-se discutir a viabilidade da extradição de pessoa que perde a nacionalidade brasileira, ao verificar se tal possibilidade seria uma exceção ou confirmação da regra constitucional de vedação à extradição de brasileiro. Busca-se, ainda, analisar em que medida uma eventual extradição e perda de nacionalidade nesses moldes respeita os direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, averiguando-se se a vedação à extradição é um direito dos brasileiros, bem como se haveria um direito de nacionalidade a ser respeitado.



Cumpre ressaltar que a pesquisa pretendida se mostra extremamente atual, uma vez a questão foi decidida em caso concreto emblemático no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Na Extradução 1.462, discute-se o caso de Claudia Hoerig, brasileira nata que se naturalizou americana e, por conta disso, teve declarada a perda de sua nacionalidade brasileira em 2013 pelo Ministério da Justiça, o que permitiu sua extradicação a pedido dos EUA.

Inicia-se o primeiro capítulo ponderando a existência de um direito fundamental à nacionalidade e suas aplicações à hipótese de perda de nacionalidade brasileira por naturalização voluntária.

O segundo capítulo, partindo da premissa de uma situação de perda de nacionalidade, analisa se há uma flexibilização da proibição constitucional de extradicação de brasileiros, já que, nessa hipótese, pessoa nascida no Brasil estaria sendo extraditada, o que parece contrariar o art. 5º, LI, CRFB/88.

No terceiro capítulo, verifica-se se é possível conciliar a possibilidade de extradicação de pessoa nascida brasileira com o fundamento da sua proibição constitucional, qual seja, a proteção dos nacionais das desvantagens de um processo criminal em país com costumes distintos.

O resultado da pesquisa é sistematizado na conclusão. Para tanto, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, com base na análise de premissas hipotéticas, que serão comprovadas ou rejeitadas de forma argumentativa. A abordagem do objeto de pesquisa é qualitativa, com o exame de bibliografia pertinente à temática em foco, notadamente legislação, doutrina e jurisprudência.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À NACIONALIDADE E A PERDA DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

O direito à nacionalidade pode ser conceituado como “direito fundamental do próprio homem-nacional, porque titularizado e exercido por pessoas que mantêm um vínculo jurídico-político com determinado Estado, para considerá-las como integrantes da população deste.”¹ Em regra, a nacionalidade é requisito para que uma pessoa seja considerada cidadão e é de suma importância para o indivíduo, pois é através dela que se determina a proteção estatal. Segundo Carmen Tibúrcio, esta proteção estatal resultante da nacionalidade é primordial:

¹ MORAES, Guilherme Peñã de. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 653.

A nacionalidade determinará o direito de entrada em determinado país, e as circunstâncias nas quais tal direito poderá ser exercido, bem como o direito de permanecer e de trabalhar neste país, ressalvadas as limitações a que estará submetido, na condição de estrangeiro. Relativamente à retirada de indivíduos de determinado país, a nacionalidade também é determinante. Isso porque os institutos da deportação, expulsão e da extradição são, como regra, medidas de saúde aplicáveis apenas a estrangeiros. Finalmente o status jurídico de um indivíduo pode determinar o interesse legítimo de um Estado relativamente ao exercício da proteção diplomática, uma vez que apenas o Estado da nacionalidade do indivíduo possui legitimidade para tanto a nível internacional.²

No Brasil, o Poder Constituinte analisou as matérias referentes ao direito de nacionalidade nos artigos 12 e 13 da Constituição Federal de 1988³, estabelecendo os critérios para sua aquisição e perda. Quanto à aquisição, tem-se que a nacionalidade pode ser originária, quando decorrente do nascimento da pessoa, sob os critérios de *jus soli* e *jus sanguinis*⁴, e derivada, quando voluntariamente obtida pelo indivíduo.

Sobre a perda de nacionalidade, enfoque dessa pesquisa, o art. 12, §4º da Constituição Federal⁵ estabelece sua ocorrência em duas situações: perda-punição e perda-mudança. A perda-punição só se aplica aos brasileiros naturalizados, e consiste no cancelamento da sentença de naturalização em razão da prática de atividade nociva ao interesse nacional. Já a perda-mudança pode ser aplicada a brasileiros natos, e é ocasionada pela aquisição voluntária de outra nacionalidade, excetuadas as hipóteses das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 12, §4º da CRFB/88⁶.

A perda de nacionalidade no segundo caso ocorre por força da naturalização, em decorrência de uma substituição da nacionalidade de origem. Nesse caso, “quem se naturaliza deliberadamente escolhe outra nacionalidade que deseja adquirir, que lhe é atraente, o que implica em um abandono da nacionalidade de origem.”⁷

Esta também é a posição de Valério Mazzuoli, que considera necessária para a perda-mudança uma declaração expressa e específica de vontade pela qual o indivíduo pretenda pertencer, na condição de nacional, a outro Estado estrangeiro. Assim, não importa se o indivíduo deseja continuar com a nacionalidade brasileira ou não, “uma vez que a perda do

² TIBURCIO, Carmen. Nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Comparative Law Journal*, v. 2, n.1, 2014, p. 138

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jul. 2016.

⁴ *Jus soli* é o critério segundo o qual é considerado nacional aquele que nasceu no território específico. *Jus sanguinis* é o critério pelo qual a nacionalidade é determinada segundo a ascendência do indivíduo.

⁵ vide nota 3.

⁶ vide nota 3.

⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 9. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 189.



vínculo com o Estado brasileiro se dá como punição pela deslealdade com o nosso país⁸, de modo que o ato do Poder Executivo que determina a perda de nacionalidade é meramente declaratório, já que a perda ocorre com a própria naturalização.⁹

Resalte-se que, segundo doutrina especializada¹⁰, não se vislumbra a perda-mudança no caso de dupla nacionalidade originária, em que brasileiro opta por adquirir um status de nacionalidade oferecido por Estado estrangeiro, por exemplo, em razão de sua ascendência. É o caso, muito frequente, de brasileiros filhos de portugueses a quem a lei portuguesa confere o status de nacional português. Nessa hipótese, não há um ato de vontade que demonstre a preferência de uma nacionalidade sobre a outra, mas apenas a aceitação de outorga de nacionalidade por outro Estado¹¹, questão sob a qual o Brasil não possui qualquer ingerência.

Tal entendimento se coaduna perfeitamente com a decisão do STF no Mandado de Segurança 33.864, acerca da perda de nacionalidade de Cláudia Hoerig que teria adquirido cidadania americana voluntariamente em 1999, mesmo já tendo assegurado direito de moradia e trabalho legal no país. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, relator do processo, ela só manteria a nacionalidade brasileira caso a lei americana reconhecesse expressamente sua nacionalidade originária.¹²

Cumprir destacar que o STF já teve a oportunidade de decidir que o reconhecimento de nacionalidade originária por um Estado estrangeiro não descaracteriza a proibição de extradição de brasileiro nato¹³. Tal fato demonstra que nestas hipóteses efetivamente não há perda de nacionalidade, e sim conflito positivo de duas nacionalidades, ao contrário do que ocorre com a naturalização voluntária, em que há a consequente perda de nacionalidade brasileira e todos os privilégios relacionados a ela.

Resalte-se que há quem defenda¹⁴ que a perda de nacionalidade mesmo no caso de naturalização voluntária estaria condicionada a uma manifestação expressa de vontade do

⁸ MAZZUOLI, Valéria. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 772.

⁹ MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 702.

¹⁰ MAZZUOLI, op. cit., p. 772-773; DOLINGER, op. cit., p. 189; VALLADÃO, HAROLDO. *Direito Internacional Privado*, v. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 314, apud DOLINGER, op. cit., p. 189;

¹¹ Em sentido contrário: MARINHO, Omar Penna. *Tratado sobre a Nacionalidade*. Vol. 3, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1961, p. 774, apud DOLINGER, op. cit., p. 188. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo IV, São Paulo: RT, 1970, p. 523 apud DOLINGER, op. cit., p. 189.

¹² CANARID, Pedro. Brasileira está prestes a ser extraditada para ser julgada por assassinato. *Revista Cascaador Jurídica*, 10 de julho de 2016, 8h17. Disponível em: <<http://www.rcnjar.com.br/2016-jul-10/brasileira-prestes-extraditada-considerada-morta>> Acesso em: 08 out. 2016.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.113-3. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80285>> Acesso em: 20 fev. 2016.

¹⁴ CASTRO, Rui da Fonseca e. Perda da Nacionalidade Brasileira por naturalização voluntária estrangeira. *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <<http://mcastro.jusbrasil.com.br/artigos/151625747/perda-da-nacionalidade-brasileira-por-naturalizacao-voluntaria-estrangeira#comments>> Acesso em: 20 dez. 2016.



interessado e não à simples naturalização. Esse parecia ser também o procedimento adotado pelo Ministério da Justiça e pelo Ministério das Relações Exteriores, conforme se observa pelas informações disponíveis no Portal Consular do Ministério das Relações Exteriores.¹⁵

No caso concreto de Cláudia Hoerig, contudo, o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁶ entendeu que o ato de naturalização estrangeira efetivamente requerido pela antiga brasileira configura manifestação inequívoca de vontade, sinalizando, ainda, que o processo de naturalização americano exige declaração expressa de renúncia a qualquer outra nacionalidade. Tal declaração, então, foi considerada suficiente como manifestação de vontade pela perda de nacionalidade brasileira, dispensando-se qualquer pedido expresso ao Ministério da Justiça.

Desta forma, o STF entende que não há previsão na Constituição Federal de exceção à perda de nacionalidade pelo simples fato de o antigo brasileiro não desejar perdê-la¹⁷, não havendo necessidade de pedido do interessado pela perda de nacionalidade para sua ocorrência. Com isso, é de se notar uma possível mudança em futuros procedimentos de perda de nacionalidade, de modo que não se exigiria mais uma manifestação expressa perante o Ministério da Justiça para a perda de nacionalidade por naturalização, sendo suficiente o ato de naturalização.

Assim, tem-se que a perda-mudança prevista no art. 12, §4º, II, CRFB/88¹⁸ ocorre em razão de aquisição voluntária de outra nacionalidade, restando analisar se essa perda configuraria alguma violação ao direito fundamental de nacionalidade.

Jacob Dolinger relaciona a naturalização ao direito de mudar de nacionalidade, que compreende o direito de perdê-la e o de adquiri-la, e ao direito de não mudar, que se subdivide entre o direito de não perder e o de não adquirir determinada nacionalidade¹⁹. Tais direitos podem ser observados também pelas previsões de instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1945 e a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969:

Artigo 15: Todo indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade. Ninguém pode ser arbitrariamente privado de sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade.²⁰

¹⁵ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Nacionalidade brasileira. Disponível em: <<http://www.portal.consular.itamaraty.gov.br/outros-servicos/nacionalidade-brasileira>> Acesso: 20 dez. 2016.

¹⁶ vide nota 3

¹⁷ vide nota 15

¹⁸ vide nota 3

¹⁹ DOLINGER, op. cit., p. 163-165.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dodh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dodh.pdf>> Acesso em: 08 out. 2016



- Artigo 20: 1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.²¹

Inicialmente, poder-se-ia pensar que a hipótese do art. 12, §4º, II, CRFB/88²² configura violação ao direito de não ser privado da sua nacionalidade. Ocorre que esse direito não é absoluto, como se observa pelos próprios instrumentos internacionais que o preveem. Na verdade, a perda de nacionalidade não seria vedada completamente, mas apenas no caso de perda por motivos arbitrários, de modo que o Estado tem, em algumas circunstâncias, o direito de desnacionalizar o indivíduo.²³

Na verdade, limitação da perda de nacionalidade e a proteção do direito à nacionalidade como um todo tem relação direta com o fenômeno da apatridia, que ocorre quando um indivíduo não é considerado nacional pelas leis de nenhum Estado. No direito internacional, e mesmo no direito pátrio, a exemplo da EC 54/2007²⁴, busca-se sempre evitar a situação de apatridia, de forma a evitar que qualquer pessoa humana se encontre destituída de proteção estatal. Exemplos disso são a Convenção de 1961 para Reduzir os Casos de Apatridia, a Convenção da Haia de 1930 sobre Determinadas Questões Relativas aos Conflitos de Leis sobre a Nacionalidade e seus Protocolos e a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apatridas.²⁵

Assim, a perda de nacionalidade no caso de naturalização voluntária perante Estado estrangeiro não pode ser considerada uma causa arbitrária a ponto de violar o direito à nacionalidade. Isso porque, nesse caso, o indivíduo que perde a nacionalidade brasileira terá adquirido outra, não se configurando uma situação de apatridia, mas sim uma troca de nacionalidade por sua própria vontade.

2. A PERDA DE NACIONALIDADE FRENTE À PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE EXTRADIÇÃO DE BRASILEIRO NATO.

²¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.org/basicos/portugues/t_convencion_americana.htm> Acesso em: 08 out. 2016

²² vide nota 3

²³ TIBURCIO, *op. cit.*, p. 160

²⁴ vide nota 3

²⁵ TIBURCIO, *op. cit.*, p. 163

No primeiro capítulo, conclui-se pela possibilidade de perda de nacionalidade brasileira na hipótese de naturalização voluntária. Nesse capítulo, por sua vez, busca-se analisar se essa perda de nacionalidade prevalece sobre a proibição constitucional de extradição de brasileiro nato.

A extradição é um tradicional mecanismo de cooperação penal internacional para a repressão de crimes, não se admitindo para delitos de natureza administrativa ou civil, podendo ser definida como o processo em que, mediante solicitação do Estado interessado, o Estado requerido entrega pessoa condenada ou indiciada no país requerente, que a julgará pelo crime que lhe é imputado.²⁶

Um dos grandes fundamentos da extradição é o combate a impunidade por meio da entrega do indivíduo que cometeu determinado crime ao Estado competente para julgá-lo. Igualmente, a extradição está relacionada a uma noção de justiça, um dever de solidariedade entre os Estados contra o crime e um interesse global de preservar a ordem social e o respeito às leis.²⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, a extradição é prevista pelo art. 5º, LI e LII, CRFB/88²⁸, e foi regulamentada pela Lei n. 6.815/80²⁹, revogada pela Lei n. 13.445/17³⁰, a nova Lei de Migração.

A extradição pode ser classificada de duas formas distintas: a extradição ativa, quando o governo brasileiro requer a extradição de um foragido que se encontra em outro país, e a extradição passiva, quando um determinado país é quem solicita a extradição de indivíduo que se encontra em território brasileiro.³¹

O procedimento para extradição passiva ocorre inicialmente de maneira administrativa, perante o Ministério das Relações Exteriores ou diretamente ao Ministério da Justiça, quando assim previsto em tratado, a quem compete realizar uma análise de admissibilidade do pedido de extradição. Após essa análise pelo Ministério da Justiça, inicia-se uma fase judiciária com o

²⁶ DEL'OLMO, Florisbal de Souza; KÄMPF, Elisa Cerioli Del'Olmo. *A extradição no direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 34

²⁷ MOREIRA, Fabiana de Melo Bonfim. *Extradição perante a legislação brasileira: Visão geral com enfoque no princípio da não-extradição de nacionais*. *Movêto*, v. 1, n. 1, Julho/Dezembro, 2006, p. 119

²⁸ vide nota 3

²⁹ BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm> Acesso em: 18 fev. 2017.

³⁰ BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm> Acesso em: 4 jun. 2017.

³¹ BRASIL, Secretaria Nacional de Justiça. *Manual de Extradição*. Brasília, 2012, p. 21. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.RZTSvc.asp?DocumentID=%7B041A4856-4196-435A-9DDB-D678DFFB09E3%7D&ServiceInstUID=%7B478D074B-29B8-4085-95A0-A7C7A8A65D8A%7D>> Acesso em: 20 fev. 2017.



encaminhamento do pedido extradicional ao STF, a quem compete processar e julgar originariamente a extradição solicitada, nos moldes do art. 102, I, “g”, CRFB/88.³²

Uma vez deferido o pedido extradicional perante o STF, tem-se uma nova fase administrativa, em que cabe ao Presidente da República a decisão final sobre a extradição, pois é ele o competente para manter relações com Estados estrangeiros, conforme art. 84, VII, CRFB/88³³. Assim, não é o STF que decide em definitivo sobre a concessão da extradição, a Suprema Corte apenas autoriza sua ocorrência, podendo o Presidente da República decidir de forma distinta. Ressalte-se que apenas quando o STF indefere o pedido extradicional é que o Presidente não poderá extraditar.³⁴

Em que pese a extradição ser um tradicional instrumento de cooperação penal internacional, existem algumas situações em que a Constituição Federal e as leis brasileiras não a admitem, como por exemplo nos casos elencados pelo art. 82 da Lei 13.445/17³⁵.

Nesse sentido, uma das principais proibições à extradição no direito brasileiro é a vedação à extradição de nacional para outro Estado. De acordo com o art. 5º, LI, da CRFB/88³⁶, nenhum brasileiro pode ser extraditado, exceto o naturalizado, na hipótese de crime comum praticado antes da naturalização ou na hipótese de tráfico ilícito de entorpecentes.

Em razão da impossibilidade da extradição, os brasileiros poderiam ser processados pelo crime cometido no exterior no respectivo órgão judiciário nacional competente, com a aplicação extraterritorial da própria lei penal brasileira, nos termos do art. 7º, II, “b” e §2º do Código Penal³⁷, como já decidiu o STF no HC 83.113-3, de 29 de agosto de 2003.³⁸

Ressalte-se que, não obstante essa possibilidade, há forte doutrina defendendo a ideia de que a nacionalidade do réu não deve ser óbice à concessão da extradição, sob pena de impunidade. De fato, diferentemente da situação apresentada previamente, o brasileiro que já foi condenado por outro Estado não poderá ser novamente processado pelo Brasil, sob pena de *bis in idem*.³⁹ Além disso, a coleta de provas e as condições para a apuração da prática do delito são dificultadas quando realizadas em um país distinto daquele onde ocorreu o crime.⁴⁰

³² MAZZUOLI, *op. cit.*, p. 808-810.

³³ *vide nota 3*

³⁴ MAZZUOLI, *op. cit.*, p. 811.

³⁵ *vide nota 30*

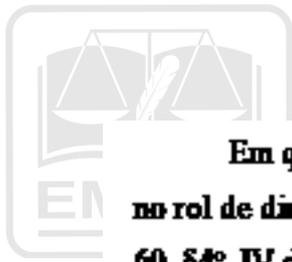
³⁶ *vide nota 3*

³⁷ BRASIL, Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto-lei/lel284.htm#compilado.htm> Acesso em: 20 fev. 2016

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 83.113-3. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80285>> Acesso em: 20 fev. 2016.

³⁹ RIDSSCHMANN, Gilka Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*, São Paulo: RT, 1981, 3 ed. rev. e atual., p. 104. *apud* MAZZUOLI, *op. cit.*, p. 816.

⁴⁰ MGRREIRA, *op. cit.*, p. 141.



Em que pese tais críticas doutrinárias, a proibição de extradição de brasileiro se insere no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Carta Magna e está abrangida na previsão do art. 60, §4º, IV da CRFB/88⁴¹, configurando cláusula pétrea.

Contudo, a referida proibição apenas determina que “nenhum brasileiro será extraditado”, sem qualquer menção à situação de perda de nacionalidade. Diante de tal lacuna, a doutrina apresenta diferentes entendimentos sob a possibilidade de extradição nessa hipótese.

Bento de Faria, por exemplo, defende que a extradição não pode ser deferida nesses casos, pois deve-se aplicar ao indivíduo que perde sua nacionalidade a lei da nacionalidade perdida, conforme art. 14 do Código de Bustamante⁴², ainda vigente no Brasil pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929.⁴³

Apesar disso, se foi legítima a perda de nacionalidade, nos termos do art. 12, §4º da CRFB/88⁴⁴, não parece admissível que a extradição seja recusada sob o argumento da nacionalidade do extraditando, uma vez que tal indivíduo não pode ser considerado mais brasileiro, devendo ser tratado como qualquer outro estrangeiro pelo Brasil.⁴⁵

Cumprir destacar que, mesmo no caso de nova aquisição da nacionalidade brasileira após a prática de delito em outro país, há doutrina admitindo a concessão da extradição, pois seria legítimo nesse caso supor a ocorrência de ato fraudulento para escapar à persecução penal pelo crime justificado.⁴⁶

Nesse sentido, considero mais adequada a corrente doutrinária que defende a possibilidade de extradição de nascido brasileiro na hipótese de perda de nacionalidade, uma vez que não se mostra coerente a existência da perda de nacionalidade sem que se percam os aspectos inerentes ao direito de nacionalidade, como a proibição de extradição de brasileiro.

Esse também parece ser o entendimento adotado pelo Ministro Luis Roberto Barroso no MS 33864, já mencionado no capítulo 1 dessa pesquisa. O Ministro defende em

⁴¹ vide nota 3

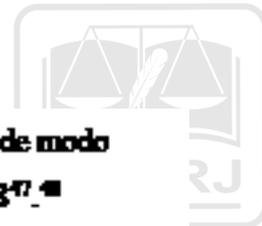
⁴² BRASIL, Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/dec-ret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>> Acesso em: 20 fev. 2016

⁴³ FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro: Record, 1958, 2 ed., p. 155 apud MOREIRA, op. cit., p. 146.

⁴⁴ vide nota 3

⁴⁵ MOREIRA, op. cit., p. 146.

⁴⁶ *Ibid.*



esclarecimento que uma pessoa, ao adquirir outra nacionalidade, renuncia à brasileira, de modo que não se aplica a ela a vedação de extradição de brasileiro do art. 5º, LI da CRFB/88⁴⁷.⁴⁸

Neste caso concreto analisado pelo STF, inclusive, não parece adequada a aplicação do art. 14 do Código de Bustamante⁴⁹. Isto porque nessa hipótese a brasileira que perdeu sua nacionalidade não permaneceu como apátrida e sim adquiriu a nacionalidade norte-americana. Nesse sentido, mostra-se mais coerente que ela se submeta ao regime político deste país e não que continue a ser tratada como brasileira para fins de extradição.

3. A EXTRADIÇÃO DE BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DO NACIONAL

No capítulo anterior, concluiu-se pela possibilidade jurídica da extradição de antigo brasileiro na hipótese de perda de nacionalidade, uma vez que, nesse caso, a pessoa não seria considerada mais brasileira. Contudo, ainda é necessária a análise dos motivos que levam à proteção do nacional por meio da vedação à sua extradição, e, principalmente, se esses motivos permitiriam a extradição na hipótese de perda de nacionalidade, o que será estudado no presente capítulo.

Segundo Celso Mello, a proibição de extradição de nacionais é dimensão do direito de nacionalidade e do dever do Estado de proteger seus nacionais, sinalizando como razões para essa proibição o fato que “a) ninguém pode ser subtraído a seus juizes naturais; b) o direito do nacional de habitar o seu próprio Estado; c) a dificuldade de defesa em tribunais estrangeiros; d) falta de imparcialidade da justiça estrangeira”.⁵⁰

Nesse sentido, é possível se considerar que o fundamento principal dessa vedação é a proteção de nacionais de um processo criminal em outro país, uma vez que a justiça estrangeira pode julgar o nacional de outro Estado sem qualquer imparcialidade,⁵¹ não respeitando os direitos humanos do extraditando estrangeiro, podendo, ainda, aplicar-lhe penas corporais ou de morte, por exemplo.

⁴⁷ vide nota 3

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33.864. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procesos/verProcessoPecca.asp?id=310323892&tipoApp=pdf>> Acesso em: 20 dez. 2016.

⁴⁹ vide nota 42

⁵⁰ MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1979, p. 606

⁵¹ MAZZUOLI, op. cit., p. 816



Contudo, não é necessária a vedação genérica à extradição de nacionais para que haja proteção contra violações a direitos humanos da pessoa extraditada.

Valério de Oliveira Mazzuoli destaca como requisito para a extradição a existência de um sistema jurídico no Estado requerente que respeite os direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana. Nesse sentido, caso haja suspeita de que o extraditando será submetido a tratamento degradante, não deve o STF concordar com a extradição, sendo obrigatório à Corte pautar-se pelos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte.³²

Assim, não se faz necessária a proteção específica ao nacional para que seja rejeitada a extradição, pois qualquer violação aos direitos humanos deve ser rechaçada, independentemente de a vítima possuir nacionalidade brasileira ou não, já que princípio da condução das relações internacionais do Brasil (art. 4º, II, CRFB/88)³³.

Trata-se de situação semelhante àquela em que o Estado requerente possui como prática de sanção de prisão perpétua ou pena de morte, que são vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, XLVII, “a” e “b”, CRFB/88).³⁴ No caso específico da pena de morte, o art. 91, III, da Lei n. 6.815/80³⁵ estabelece como requisito para a entrega do extraditando o compromisso do Estado requerente em comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvadas as hipóteses em que a lei brasileira admite sua ocorrência, como no caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a”, CRFB/88³⁶).

Igualmente, no caso de prisão perpétua, o STF entende que a entrega do extraditando está condicionada à limitação da pena de prisão perpétua pretendida pelo Estado requerente ao tempo máximo de trinta anos, como ocorre no Brasil (art. 75, CP³⁷), tal qual foi decidido na Extradicação n. 855³⁸.

Ressalte-se que o art. 96, III, da Lei n. 13.445/17³⁹, que revogou a Lei n. 6.815/80 acima citada, concludando-se com a jurisprudência do STF, acrescenta a proibição de submissão do extraditando no Estado requerente à pena perpétua, mediante compromisso do requerente de comutá-la em pena privativa de liberdade no limite de 30 anos.

Assim, nestes casos, permitir-se-ia a extradição, de modo a evitar situações de impunidade e permitir a efetiva cooperação penal internacional, ao mesmo tempo em que se

³² *Ibid.*, p. 804

³³ vide nota 3

³⁴ vide nota 3

³⁵ vide nota 20

³⁶ vide nota 3

³⁷ vide nota 37

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 855. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotaBst855.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2017.

³⁹ vide nota 30



assegura o cumprimento de direitos humanos caros ao Brasil, por meio do compromisso adotado pelo Estado requerente.

Em que pese a possibilidade de proteção dos direitos do extraditando nestas hipóteses, é clara a proibição constitucional à extradição de brasileiros, sendo impossível qualquer flexibilização semelhante ao que ocorre no caso de pena de morte e prisão perpétua, que se limitam a situações em que o extraditando é estrangeiro.

Celso de Mello sinaliza que, apesar da crítica doutrinária à vedação de extradição ao nacional, o processo da sua flexibilização será lento pois há uma tendência de desconfiança entre os Estados para a entrega de seus nacionais a julgamento de outros ordenamentos jurídicos.⁶⁰

Entretanto, a situação apresentada nessa pesquisa é distinta da proibição constitucional, uma vez que se discute hipótese em que houve a efetiva perda da nacionalidade brasileira, como analisado no primeiro capítulo, ocasião em que não se aplica a vedação de extradição de nacional, como se verificou no segundo capítulo. Resta saber, contudo, se é possível a extradição nesses casos concretos com a efetiva proteção dos direitos humanos, permitindo-se compromissos de respeito tal qual ocorre nas hipóteses de pena de morte e prisão perpétua previamente analisadas.

No caso mais recente analisado pelo STF em março de 2017, no qual a extraditanda Claudia Hoerig perdeu a nacionalidade brasileira, os Estados Unidos da América figuram como Estado requerente, sendo a extradição regida pelo tratado extradicional com o Brasil, internalizado pelo Decreto n. 55.750, de 11 de fevereiro de 1965.⁶¹

Resalte-se que a extraditanda foi acusada da prática do crime de homicídio, punido pela legislação de Ohio, onde teria ocorrido o crime, com a pena de prisão perpétua ou morte (Capítulo 2929.02, Título XXIX, Ohio Revised Code)⁶². Tal previsão, a princípio, impedia a extradição pelo Brasil, já que as sanções pretendidas são vedadas pela Constituição Federal e o próprio art. 6º do tratado extradicional estabelece que quando o Estado requerente estabelecer como sanção ao crime praticado pelo extraditando a pena de morte, é facultado ao Estado requerido negar a extradição.⁶³

⁶⁰ MELLO, op. cit., p. 606.

⁶¹ BRASIL, Decreto n. 55.750, de 11 de fevereiro de 1965. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextosIntegral.action?id=89752&norma=115416>> Acesso em 15 mar 2017.

⁶² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Ohio Revised Code. Disponível em: <<http://codes.ohio.gov/orc/2929.02>> Acesso em: 15 mar 2017.

⁶³ vide nota 61



Contudo, esse mesmo artigo estabelece como ressalva a hipótese em que o Estado requerente der garantias, que satisfaçam ao Estado requerido, de que a pena de morte não será imposta a tal pessoa a ser extraditada.⁶⁴ Tal previsão, cumulado ao art. 96, III, da Lei n. 13.445/17⁶⁵ analisado previamente neste capítulo, torna possível a extradição no caso concreto, desde que, ressalte-se novamente, haja o compromisso pelo Estado requerente não aplicar a pena de morte.

Portanto, percebe-se que o fundamento da vedação à extradição de nacionais, entendido aqui como a garantia de seus direitos fundamentais, continua sendo protegido mesmo com a perda de nacionalidade e consequente possibilidade de extradição do antigo nacional.

Isso porque o Brasil estabelece a proibição de tratamento distinto entre estrangeiros e nacionais (art. 5º, caput, CRFB/88⁶⁶) bem como tem como princípio nas suas relações exteriores a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, III, CRFB/88⁶⁷), o que permite mecanismos como o art. 96, III, da Lei n. 13.445/17⁶⁸ para garantir um tratamento adequado à pessoa extraditada, seja ela nacional ou estrangeira.

Nesse sentido, assim como defendido nessa pesquisa, o STF, na Extradição 1.462, autorizou a extradição de Cláudia Hoerig e estabeleceu que os EUA devem assumir o compromisso de não aplicar penas não permitidas pelo Brasil, como a pena de morte ou a prisão perpétua.⁶⁹

Assim, é possível afirmar que a perda de sua nacionalidade torna admissível que antigo brasileiro nato seja extraditado, desde que preenchidos os requisitos para qualquer extradição de estrangeira, com o compromisso com a proteção dos direitos fundamentais da pessoa extraditada.

CONCLUSÃO

A nacionalidade determina diversos direitos do indivíduo com relação ao Estado com o qual mantém esse vínculo jurídico-político, como o direito de entrada e a proteção

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *vide nota 30*

⁶⁶ *vide nota 3*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *vide nota 30*

⁶⁹ GALLI, Marcelin. 1ª Turma do Supremo autoriza extradição de brasileira nata acusada de homicídio. *Revista Consultor Jurídico*, 28 de março de 2017, 19h02. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-28/turma-stf-autoriza-extradicao-brasileira-acusada-homicidio>> Acesso em: 03 abr. 2017.

diplomática. No Brasil, um dos aspectos fundamentais do direito de nacionalidade é a proibição de extradição de brasileiro, que passa a ser julgado no Brasil pelo crime cometido no exterior. Nesse sentido, em razão da importância da nacionalidade para os cidadãos, discutiu-se nessa pesquisa a possibilidade de sua perda e suas consequências, notadamente a possibilidade de extradição do antigo nacional.

No Brasil, é possível a perda de nacionalidade pela aquisição voluntária de outra nacionalidade, de modo que essa última substitui a nacionalidade de origem. Essa perda não ocorre quando o brasileiro adquire nacionalidade originária de outro país, em que há conflito positivo de duas nacionalidades, mas tão somente em razão de naturalização, que pressupõe um ato de vontade pelo qual o indivíduo demonstre a vontade de pertencer a outro Estado estrangeiro.

Neste caso, verificou-se que o Poder Executivo determina a perda de nacionalidade em ato meramente declaratório, já que a efetiva perda ocorreu com a própria naturalização, não havendo qualquer necessidade de posterior manifestação de vontade requisitando-a perante o Estado brasileiro.

Resaltou-se que a hipótese de perda nessa hipótese não fere a proteção do direito à nacionalidade, pois não há qualquer situação de apatridia e ausência de proteção daquele indivíduo, mas sim uma troca de nacionalidade voluntária.

Com a efetiva perda de nacionalidade pela naturalização, a previsão constitucional de vedação à extradição de nacional deve ser afastada para aquele indivíduo. Nessa hipótese, se houve a perda da nacionalidade, deve haver também a perda dos aspectos inerentes a ela, como a proibição de extradição de brasileiro. Assim, se a pessoa não é mais considerada brasileira e sim estrangeira, ela pode ser extraditada.

A proibição de extradição de nacional é criticada pela doutrina, pois gera uma possível impunidade, além de dificultar a efetiva apuração do delito no Brasil pela distância do local do crime. Contudo, tal previsão permanece em razão de seu caráter de direito fundamental constitucionalmente previsto, tendo como objetivo a proteção do extraditando de processos arbitrários em Estados estrangeiros, principalmente com relação a penas de prisão perpétua ou de morte.

Notou-se que mesmo no caso de extradição de estrangeiros, na hipótese de suspeita de tratamento degradante ao extraditando, o STF não deve concordar com a extradição, em nome da proteção dos direitos humanos.

É o que ocorre no caso de Estado requerente que possui como prática a sanção de pena de morte ou de prisão perpétua, ocasião em que se estabelece como requisito para a entrega do



extraditando o compromisso em comutar a pena de morte em pena privativa de liberdade ou limitar a pena de prisão perpétua ao tempo máximo de trinta anos.

Na hipótese de perda de nacionalidade, então, continua sendo possível a proteção dos direitos fundamentais da pessoa extraditada, desde que haja o compromisso do Estado requerente de que penas inadmitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro como a pena de morte e a prisão perpétua não serão impostas a essa pessoa.

Por fim, ressaltou-se que o STF, na Extradicação 1.462, autorizou a extradição de Claudia Hoerig, que perdeu a nacionalidade brasileira por ter se naturalizado norte-americana, e responde por crimes cometidos nos EUA. Nesse caso, assim como sinalizado nessa pesquisa, deferiu-se a extradição, porém com a ressalva de que o governo dos EUA deve assumir o compromisso de não aplicar penas não permitidas pelo Brasil, como a pena de morte ou a prisão perpétua.

Portanto, conclui-se que com a efetiva perda de sua nacionalidade, dentro das hipóteses previstas na Constituição Federal, é possível que o antigo brasileiro nato seja extraditado, desde que preenchidos os requisitos para qualquer extradição de estrangeiro, com o compromisso com a proteção dos direitos fundamentais da pessoa extraditada.



REFERÊNCIAS

BRASIL, Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 20 fev. 2016

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 jul. 2016.

_____. Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-5490-00-publicacaooriginal-64246-pe.html>> Acesso em: 20 fev. 2016

_____. Decreto n. 55.750, de 11 de fevereiro de 1965. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=89752&norma=115416>> Acesso em 15 mar 2017.

_____. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm> Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm> Acesso em: 4 jun. 2017.

_____. Ministério das Relações Exteriores. Nacionalidade brasileira. Disponível em: <<http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/outros-servicos/nacionalidade-brasileira>> Acesso: 20 dez. 2016

_____. Secretaria Nacional de Justiça. Manual de Extradução. Brasília, 2012, p. 21. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload/EZTSvc.asp?DocumentID=%7B041A4856-4196-435A-9D3B-0678DFFB09B3%7D&ServiceInstUID=%7B478D074B-29E8-4085-95A0-A7C7A8A65D&A%7D>> Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradução n. 855. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoExt855.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 83.113-3. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80285>> Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 33.864. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310323892&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 83.113-3. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80285>> Acesso em: 20 fev. 2016.

CANARIO, Pedro. Brasileira está prestes a ser extraditada para ser julgada por assassinato. *Revista Consultor Jurídico*, 10 de julho de 2016, 8h17. Disponível em:



<<http://www.conjur.com.br/2016-jul-10/brasileira-prestes-extraditada-condenada-morte>>
Acesso em: 08 out. 2016.

CASTRO, Rui da Fonseca e. Perda da Nacionalidade Brasileira por naturalização voluntária estrangeira. *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <<http://ruicastro.jusbrasil.com.br/artigos/151625747/perda-da-nacionalidade-brasileira-por-naturalizacao-voluntaria-estrangeira#comments>> Acesso em: 20 dez. 2016

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; KÄMPF, Elisa Cerioli Del'Olmo. *A extradição no direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 9. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1958

GALLI, Marcelo. 1ª Turma do Supremo autoriza extradição de brasileira nata acusada de homicídio. *Revista Consultor Jurídico*, 28 de março de 2017, 19h02. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-28/turma-stf-autoriza-extradicao-brasileiraacusadabomocidio>> Acesso em: 03 abr. 2017.

MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. São Paulo: RT, 2015

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1979

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2015

MORAES, Guilherme Feia de. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016

MOREIRA, Fabiana de Melo Bomfim. Extradição perante a legislação brasileira: Visão geral com enfoque no princípio da não-extradição de nacionais. *Meritum*, v. 1, n. 1, Julho/Dezembro, 2006

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em: 08 out. 2016

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 08 out. 2016

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1981

TIBURCIO, Carmen. Nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n.1, 2014



A PROBLEMÁTICA DA IGUALDADE JURÍDICA NO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NAS EXECUÇÕES FISCAIS: PLANOS HORIZONTAL E VERTICAL

Paula Domingues de Almeida

Graduada pela
Universidade Federal
Fluminense. Servidora
Pública.

Resumo – O tema relativo ao reconhecimento da prescrição intercorrente no processo de Execução Fiscal sempre foi objeto de diversas discussões no âmbito dos Tribunais e na doutrina pátria. Embora a legislação forneça as regras para o reconhecimento da prescrição, a jurisprudência tem adotado critérios diferenciados para considerar a inércia da Fazenda Pública. A essência do trabalho é demonstrar quais são os fatores considerados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no reconhecimento da prescrição, equiparando-os com o que dispõe a legislação, analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar se há uniformidade no referido órgão, e por fim, demonstrar os prejuízos trazidos por esse quadro para a comunidade jurídica.

Palavras-chave – Direito Tributário. Igualdade Jurídica. Prescrição intercorrente. Execução Fiscal.

Sumário – Introdução. 1. O reconhecimento da prescrição intercorrente nas execuções fiscais no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: igualdade jurídica ameaçada. 2. O reconhecimento da prescrição intercorrente nas execuções fiscais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: análise prejudicada pela impossibilidade de reexame de fatos e provas. 3. Prevalência de fatores práticos sobre a legislação vigente e necessidade de uniformização da matéria. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema a ser explorado no presente trabalho consiste na análise dos fatores que vêm sendo utilizados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e do Superior Tribunal de Justiça, no que tange ao reconhecimento da prescrição intercorrente nas execuções fiscais, com o objetivo principal de demonstrar a ausência de uniformização sobre a matéria.

No âmbito do direito tributário, um dos assuntos mais tormentosos verificados na prática processual é a questão atinente ao reconhecimento da prescrição intercorrente nas execuções fiscais.



Muitos fatores contribuem para esse quadro, pois embora a legislação disponha de certa maneira sobre o assunto, no âmbito jurisprudência, os elementos considerados no reconhecimento da prescrição intercorrente nas execuções fiscais variam de forma significativa.

O tema se mostra de inteira relevância se observado o grande número de execuções fiscais ajuizadas e paralisadas no Estado do Rio de Janeiro, nas quais é recorrente a suscitação da prescrição intercorrente, pois as serventias, na maioria das vezes, não conseguem processar, de forma satisfatória, os inúmeros feitos ajuizados pela Fazenda Pública.

No primeiro capítulo, será elaborado um estudo acerca do instituto da prescrição intercorrente nas execuções fiscais e os requisitos constantes na legislação, bem como analisados os fatores considerados pelas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

No segundo capítulo, serão analisados os fatores considerados pelo Superior Tribunal de Justiça para o reconhecimento da prescrição intercorrente, sendo realizado um estudo comparativo entre as conclusões obtidas e aquelas obtidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

No terceiro e último capítulo, será realizado um confronto entre os julgados analisados no trabalho a fim de demonstrar a ausência de uniformidade e a conseqüente ofensa ao princípio da igualdade jurídica, e evidenciar a necessidade de pacificação da matéria pelos meios processuais pertinentes e úteis a este fim.

A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, já que o pesquisador pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.

1. O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NAS EXECUÇÕES FISCAIS NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: IGUALDADE JURÍDICA AMEAÇADA

Antes que se analise o reconhecimento da prescrição intercorrente no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, faz-se necessária uma exposição acerca do que considera e de como ocorre o fenômeno da prescrição intercorrente nas execuções fiscais.



Conforme leciona o professor Cláudio Carneiro¹: “a prescrição, prevista no artigo 174 do CTN² é a perda do direito, por parte do Fisco de promover a execução fiscal.”.

No Direito Tributário, diferentemente do que ocorre nas relações privadas, por força do que dispõe o artigo 156, V do CTN³, a prescrição não extingue só a pretensão, mas também o próprio crédito que decorre da obrigação, ou seja, atinge o próprio direito material.

Em matéria tributária, podem ser elencados dois tipos de prescrição: a originária e a intercorrente. A originária ocorre quando, decorridos, nos termos do artigo 175 do CTN⁴, mais de cinco anos contados da constituição do crédito tributário, sem que a Fazenda tenha ajuizado a execução fiscal, alcançado qualquer causa de interrupção da prescrição.

A prescrição intercorrente, por sua vez, é caracterizada pela inércia permanente e ininterrupta no curso do processo executivo pelo mesmo prazo de cinco anos.

Encontra-se prevista no artigo 40, §4º da Lei n. 6.830/80⁵, que dispõe:

Art. 40 – O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

[...] §4º Se da decisão que ordenou o ajuizamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Conforme se observa do referido dispositivo, ao juiz é permitido reconhecer a prescrição intercorrente, após a instauração do executivo fiscal.

Trata-se de fenômeno endoprocessual, isto é, ocorre após a fase de propositura da ação fiscal. Com o despacho do juiz que ordena a citação, nos termos dos artigos 8º, parágrafo 2º da LEF⁶ e 174, parágrafo único, inciso I do CTN⁷, resta afastada a ocorrência da prescrição originária, iniciando, somente então, o prazo quinquenal de uma provável prescrição intercorrente, caso haja inércia continuada e ininterrupta da Fazenda Pública.

Nesse sentido, as lições do autor Ernesto José Tuniolo⁸:

¹ CARNEIRO, Cláudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014, p. 739.

² BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

³ Vide nota 2.

⁴ Vide nota 2.

⁵ BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

⁶ Vide nota 5.

⁷ Vide nota 2.

⁸ TUNIOLO, Ernesto José. *A prescrição intercorrente na Execução Fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 107.



A expressão *intercorrente* é empregada em execução fiscal para designar a situação na qual a prescrição, anteriormente interrompida, volta a correr no curso do processo, nele completando o prazo de seu prazo. Não deve ser confundida, portanto com a prescrição iniciada antes do ajuizamento da demanda e decretada pelo juiz no curso da execução fiscal.

Como se observa, a prescrição intercorrente se diferencia da prescrição em geral por representar o reinício do prazo interrompido pelo ajuizamento da execução fiscal.

A prescrição intercorrente tributária é um instituto de ordem pública, e possui, como seu maior objetivo, promover a segurança nas relações jurídicas, na medida em que visa proteger o executado e a sociedade da instabilidade jurídica causada pela inércia do Fisco em buscar a satisfação de seu crédito.⁹

Deste modo, a prescrição intercorrente ocorrerá quando um processo ficar paralisado, por inércia do autor, por lapso temporal superior ao prazo prescricional. Como já exposto, o direito de a Fazenda cobrar o crédito tributário prescreve em 05 anos, nos termos do art. 174, do CTN¹⁰, devendo este quinquênio legal ser levado a efeito para fins da prescrição intercorrente. Outrossim, para configuração de prescrição intercorrente é fator determinante a inércia do demandante.

Relevante considerar, ainda, que nos termos da Súmula n. 106 do Superior Tribunal de Justiça¹¹, não se reconhece a prescrição quando a demora da citação se der em razão da demora do Judiciário. Isso porque, o objetivo do instituto não é premiar o devedor pela demora no processamento da execução, e sim, impedir que a existência de um crédito permanente.

Ultrapassada esta análise técnica acerca do instituto da prescrição intercorrente, e a despeito da matéria parecer pacífica no âmbito doutrinário, quando se observa a temática no âmbito jurisprudencial, ela se mostra mais tormentosa.

É que a constatação daquilo que se considera “inércia” da Fazenda Pública varia significativamente, a ponto de ensejar diferentes soluções jurídicas para casos similares. Basicamente, no âmbito do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, a controvérsia gira em torno de quando é possível afirmar que a Fazenda Pública permaneceu inerte.

⁹ *Ibidem*, p. 115.

¹⁰ Vide nota 2.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 106. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCBN/somabts/sumarios.jsp?22=SUJMU&p=true&i=106&i=481>>. Acesso em: 28 abr. 2017.



Como se viu, para que seja reconhecida a prescrição intercorrente em um executivo fiscal, faz-se necessária a constatação de que a Fazenda Pública permaneceu inerte, desidiosa no andamento da execução, por tempo superior àquele previsto no artigo 175 do CTN¹².

Não obstante, nos termos do artigo 25 da LEF¹³, na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente. Tal dispositivo deixa claro, portanto, que havendo necessidade de realização de algum ato pelo Fisco, é impositiva a sua intimação pessoal.

Partindo de similar raciocínio, o teor do enunciado da Súmula n. 106 do Superior Tribunal de Justiça¹⁴, segundo o qual, uma vez ajuizada a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

Extraí-se, portanto, de tal entendimento, que não se pode concluir pela desídia por parte da Fazenda Pública, quando ela não é instada a se manifestar, porquanto o processo se inicia por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial, consoante o disposto no artigo 2º do CPC/15¹⁵.

Contudo, outro raciocínio vem sendo formulado no âmbito das Câmaras Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. Trata-se da relativização do princípio do impulso oficial, pela qual, não bastaria ao Fisco o mero ajuizamento da ação, e, posteriormente, abandonar o feito aguardando a sua intimação pela serventia.

Por esse entendimento, não se mostra razoável que a Fazenda Pública, ainda que não instada a manifestar, permitisse a paralisação de um feito executivo por prazo maior do que cinco anos. Cobra-se da Fazenda Pública uma atuação ativa, colaborativa na prática dos atos processuais, de modo a priorizar também a razoável duração do processo¹⁶.

Deste modo, o desenvolvimento da demanda por impulso oficial não afastaria o dever de auxílio e colaboração das partes, que possuem a incumbência de promover a realização dos atos processuais, para a movimentação da máquina judiciária, e de zelar pelo regular andamento do feito.

¹² Vide nota 2.

¹³ Vide nota 5.

¹⁴ Vide nota 11.

¹⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

¹⁶ TONELLO, op. cit., p. 112.



Tal constatação advém, principalmente, do fato de existir nas serventias especializadas em Dívida Ativa, processos paralisados por prazos demasiadamente extensos, como quinze, vinte ou trinta anos com antiga ou nenhuma manifestação por parte do Fisco.

Este quadro se verifica, dentre outros motivos, porque a Fazenda Pública ajuíza, por ano, milhares de ações de forma concomitante, nas quais dificilmente se observa a indicação do endereço correto do devedor, dentre outras intercorrências que acabam por atrasar, de forma significativa, o andamento do processo executivo.

A propósito, o julgado do Exmo. Des. Elton Leme¹⁷:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. MUNICÍPIO DE NITERÓI. CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA E MATERIAL. INÉRCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 106 DO STJ. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. Trata-se de execução fiscal que permanece paralisada por oito anos até o ingresso nos autos da parte executada, que postula o reconhecimento da prescrição por meio de exceção de pré-executividade. 2. Inaplicabilidade da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Princípio do impulso oficial, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Civil, que não tem caráter absoluto, devendo ser interpretado em consonância ao princípio constitucional da duração razoável do processo previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. 4. Dever de assistência e colaboração das partes, cabendo-lhes promover os atos processuais, zelando pelo regular trâmite do feito, mormente em casos tais em que milhares de ações são distribuídas concomitantemente. 5. Impõe-se igual observância do princípio da segurança jurídica, pois decerto não se mostra razoável que a parte tenha contra si uma execução fiscal por mais de oito anos sem que sequer tenha havido a citação. 6. Inércia em relação ao andamento regular do feito que não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, em razão do Convênio de Cooperação Técnica e Material firmado entre o exequente e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 7. Município de Niterói que assumiu objetivamente o dever de prestar a colaboração necessária à viabilização das atividades cartorárias referentes ao processamento dos executivos fiscais. 8. Reconhecimento da prescrição, precedida da devida intimação da Municipalidade. 9. Recurso a que se nega seguimento, nos termos do art. 557, caput, do CPC.

É bem verdade que esse entendimento não se mostra uníssono na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual, se constata que a casos similares, vêm sendo aplicadas soluções diversas.

As quarta, sexta, sétima, décima, décima primeira, décima segunda, décima terceira, décima quinta, décima sexta, décima sétima, décima nona, vigésima, e vigésima segunda Câmaras Cíveis possuem julgados nesse sentido.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0071544-07.2005.8.19.0002. Des. Elton Leme. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/portal/ConsultaProcessos.aspx?N=201400197524>>. Acesso em: 18 out. 2016.



No âmbito da primeira, segunda, quinta e nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o entendimento ainda obedece à necessidade de intimação da Fazenda Pública, bem como da suspensão do processo, nos termos do artigo 40 da LEP¹⁸.

Neste sentido, o julgado do Exmo. Des. Sérgio Ricardo Arruda Fernandes¹⁹:

EXECUÇÃO FISCAL. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. ISS. EXERCÍCIOS DE 1991 A 1993. DEMANDA PROPOSTA EM 1995. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL, PELO RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REFORMA DO DECISUM RECORRIDO. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA DENTRO DO PRAZO PRESCRICIONAL (ART. 174 DO CTN). AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE EXEQUENTE, O QUE NÃO OCORREU. INÚMEROS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROVIMENTO DO APELO PARA DAR PROSEGUIMENTO AO PROCESSO EXECUTIVO.

Perante as terceira, oitava, décima quarta, décima oitava e vigésima primeira Câmaras Cíveis, não há consenso sobre a matéria, uma vez que os Desembargadores que as compõem possuem opinião divergente sobre o tema.

Diante desse quadro, é forçoso constatar que inexiste uniformidade acerca dos parâmetros necessários para o reconhecimento da prescrição intercorrente nas execuções fiscais, o que fere significativamente o princípio da igualdade e segurança jurídica, porquanto para casos em que se verifica uma determinada situação fática, estão sendo aplicadas soluções jurídicas diversas.

2. O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NAS EXECUÇÕES FISCAIS NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ANÁLISE PREJUDICADA PELA IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS

Prosseguindo na análise dos fatos considerados pela jurisprudência, passa-se agora a verificação dos critérios utilizados para o reconhecimento da prescrição intercorrente no entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁸ Vide nota 5.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0171421-32.1995.8.19.0001. Des. Sérgio Ricardo Arruda Fernandes. Disponível em: <<http://www4.tjrr.jus.br/ejud/consultaprocessos.asp?N=201600141280&CNI=0171421-32.1995.8.19.0001>>. Acesso em: 18 out. 2016.



No âmbito da Corte Superior, cumpre de plano apontar o julgamento do Recurso Especial Representativo nº 1.111.124 / PR, cuja ementa, dispõe²⁰:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. LANÇAMENTO. NOTIFICAÇÃO MEDIANTE ENTREGA DO CARNÊ. LEGITIMIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DEMORA NA CITAÇÃO NÃO IMPUTÁVEL AO EXECUENTE. SÚMULA 106/STJ.

1. A JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA PELAS TURMAS INTEGRANTES DA 1ª SEÇÃO É NO SENTIDO DE QUE A REMESSA, AO ENDEREÇO DO CONTRIBUINTE, DO CARNÊ DE PAGAMENTO DO IPTU É ATÓ SUFICIENTE PARA A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. 2. SEGUNDO A SÚMULA 106/STJ, APLICÁVEL ÀS EXECUÇÕES FISCAIS, "PROPOSTA A AÇÃO NO PRAZO FIXADO PARA O SEU EXERCÍCIO, A DEMORA NA CITAÇÃO, POR MOTIVOS INERENTES AO MECANISMO DA JUSTIÇA, NÃO JUSTIFICA O ACOHLIMENTO DA ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA."

3. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. ACÓRDÃO SUJEITO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08.

No referido julgamento, a Corte Superior consolidou o entendimento de que o Enunciado de sua Súmula n. 106²¹ tem plena aplicabilidade no âmbito das execuções fiscais. Isto quer dizer, portanto, que não se deve reconhecer a prescrição em processos cujo prazo prescricional tenha transcorrido por motivos inerentes ao mecanismo da justiça.

Em outras palavras, a Corte considerou não ser razoável reconhecer a perda do direito do exequente nos casos em que o decurso do prazo prescricional tenha se dado exclusivamente pela morosidade do Judiciário. Se não foi o credor quem ficou inerte, não pode ele arcar com o ônus da demora.

Nesse sentido, cumpre transcrever, os fundamentos do julgado para atribuir a demora na citação ao mecanismo do Poder Judiciário:

No caso dos autos, embora transcorrido período superior a cinco anos entre a constituição definitiva do crédito (referente ao exercício de 1995) e a efetiva citação (realizada em 03.02.2003, fl. 41), o Tribunal de origem esclareceu que "o Município de Parangará não agiu com desídia na execução, uma vez que após seu ajuizamento, não lhe foi imputada a restrição de nenhuma diligência essencial a regularização do seu crédito".

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.111.124/MG. Relator: Min. Tereza Alzina Zavereski. Disponível em: <<http://www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

²¹ Vide nota 11.

Nada obstante, no âmbito da própria Corte²² é possível encontrar julgados, reconhecendo que, ultrapassado o prazo prescricional de cinco anos, mostra-se impositivo o reconhecimento da prescrição:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A CINCO ANOS.

1. Agravo regimental no recurso especial em que se discute a ocorrência da prescrição intercorrente.
2. No presente caso, o Tribunal regional registra que o processo não pode tramitar indefinidamente ao efeito de tornar imprescritível a dívida tributária, estendendo pela extinção do crédito tributário, por operada a prescrição.
3. Conforme cediço, após o decurso de determinado tempo, sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a prescrição indefinida afronta os princípios infratores do sistema tributário. Paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos impõe-se o reconhecimento da prescrição. Precedentes: REsp 1190292/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/08/2010; AgRg no Ag 1272771/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 03/09/2010; REsp 1235256/PB, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/05/2011.
4. Agravo regimental não provido.

Para Ernesto José Toniolo²³, uma vez ajuizada a execução fiscal o credor investe-se da qualidade de exequente, e o exercício da pretensão dentro do processo dar-se-á por meio da utilização dos poderes, das faculdades e dos deveres decorrentes da condição do autor da demanda.

Deste modo, não se poderia conceber que o direito de ação seja exercido apenas no ajuizamento da execução fiscal. A ação não se esgota com o ajuizamento da demanda, pois é exercida durante todo o processo, por meio de atos praticados por todos os sujeitos que nele atuam.

Em outras palavras, com o ajuizamento da ação, na qual busca o Estado a satisfação da obrigação tributária, cumpre-se o primeiro ônus ao afastar a causa de prescrição originária. Contudo, o procedimento exige mais do exequente do que a simples propositura da execução fiscal.

Neste sentido, afirma o autor²⁴:

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n. 1.286.579/RS. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

²³ TONIKLO, op.cit., p. 133-139.

²⁴ *Ibidem*, p. 136.



Quando o autor abandona a ação, deixando de exercer os poderes, as faculdades e os deveres inerentes ao polo processual que ocupa, deixa também de exercer a pretensão correspondente ao crédito afirmado em juízo.

Pode-se defender, portanto, que quando a Fazenda Pública deixa de dar andamento à execução fiscal, encontram-se presentes tanto o fundamento para o reconhecimento da prescrição, ou seja, a necessidade de se pôr fim à demanda, quanto a sua causa mais evidente que é a inércia do suposto titular do direito.

Como se vê, tanto no entendimento jurisprudencial quanto nas lições doutrinárias citadas²⁵, é unânime que a desidiosa do exequente em promover os atos que lhe cabem dá ensejo ao reconhecimento da prescrição. Porém, a questão que se mostra turbulenta é verificar quando de fato se configura a inércia da Fazenda Pública apta a ensejar o reconhecimento da prescrição.

Conforme exposto no primeiro capítulo deste artigo, algumas Câmaras do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vêm esboçando o posicionamento no sentido de que não cabe ao Fisco permanecer passivamente no aguardo da movimentação do feito por longo período. Exige-se do fisco um dever de colaboração, ao passo que caso deixe o feito por demasiado tempo, evidenciado estará o seu desinteresse na preservação de seu direito subjetivo.

Esse entendimento, inclusive, ganha força na vigência do Novo Código de Processo Civil²⁶, diploma que positivou o princípio da cooperação constante de seu artigo 6º.

Por esse princípio os sujeitos processuais são incumbidos de alguns deveres, tais como, o dever de informação (leva o juiz a advertir as partes acerca de pontos de fato e de direito, processuais ou materiais, relevantes para a causa), o dever de manifestação (leva as partes a assumir o papel ativo durante o processo) e o dever de o juiz levar em consideração os argumentos das partes.²⁷

Sendo assim, não cabe à parte apenas ajuizar o processo, impondo-lhe, outrossim, um comportamento ativo ao longo da marcha processual.

Ademais, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro existem posicionamentos no sentido de que se o Fisco, apesar de regularmente intimado, fica por anos com o feito em seu poder, devolvendo-lhe de forma tardia, sem que tenha sido requerida qualquer diligência no interregno de cinco anos, não tem aplicabilidade o teor da Súmula n. 106²⁸ do Superior Tribunal de Justiça

²⁵ *Ibidem*, p. 133-139.

²⁶ Vide nota 15.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto, et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 102.

²⁸ Vide nota 11.

pois a demora, no caso, se deu de forma concomitante com o este Municipal, não podendo ser exclusivamente atribuída ao Judiciário.

Tais questões não ganham tanta visibilidade no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. É que na Corte Superior a verificação da efetiva inércia do Fisco quase sempre esbarra na limitação da Súmula n. 7 da referida Corte²⁹, a qual impede o reexame de fatos e provas no âmbito do Recurso Especial.

Neste sentido, o seguinte acórdão, julgado sob o rito dos recursos repetitivos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR CULPA DO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA 106 DO STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. 1. O conflito caracterizador da lide deve estabilizar-se após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a prescrição indefinida afronta os princípios informadores do sistema tributário. 2. A perda da preferência executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário. Inteligência da Súmula 106/STJ. (Precedentes: AgRg no Ag 1125797/MS, Rel. Ministro LUIZ FUJ, PRIMEIRA TURMA, julgada em 18/08/2009, DJe 16/09/2009; REsp 1109205/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgada em 02/04/2009, DJe 29/04/2009; REsp 1105174/RI, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgada em 18/08/2009, DJe 09/09/2009; REsp 882.496/RN, Rel. Ministro MADRO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgada em 07/08/2008, DJe 26/08/2008; AgRg no REsp 982.024/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgada em 22/04/2008, DJe 08/05/2008)

3. In casu, a Corte de origem fundamentou sua decisão no sentido de que a demora no processamento do feito se deu por culpa dos mecanismos da Justiça, veritas: (...)

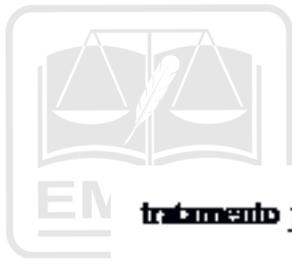
4. A verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ.

5. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento da execução fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.³⁰

Nada obstante a diversidade de entendimentos, ainda que se possa entender como correta uma ou outra orientação, o que se mostra evidente é a necessidade de uniformização da matéria, pois, diante de entendimentos tão divergentes, o que está ameaçada é a igualdade de

²⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SOCEN/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=571>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

³⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.102.431/RI. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processo.es&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200802558208>. Acesso em: 28 abr. 2017.



tratamento jurídico a casos semelhantes, fato que contribui para a insegurança jurídica bem como para o descrédito do Poder Judiciário.

3. PREVALÊNCIA DE FATORES PRÁTICOS SOBRE A LEGISLAÇÃO VIGENTE E NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO DA MATÉRIA

Conforme demonstrado nos dois primeiros capítulos desse artigo, não há consenso jurisprudencial acerca do reconhecimento da prescrição intercorrente nas execuções fiscais.

Esse quadro se torna ainda mais gravoso pois quando a matéria chega para julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça – órgão onde em tese deveria haver a pacificação da matéria, porquanto quase sempre representa última instância – raramente há a apreciação fática dos fatores que foram considerados no reconhecimento da prescrição, por representar reexame de fatos e provas, nos termos da Súmula n. 7 da referida Corte³¹.

Esse quadro se mostra prejudicial não só para os sujeitos atuantes no poder judiciário, mas principalmente para os jurisdicionados, que devem se submeter às decisões judiciais, que nem sempre espelham a uniformidade necessária a sua legitimação.

É importante frisar que não se trata de um caso isolado, em que houve um dissenso jurisprudencial dada as circunstâncias do caso concreto. Trata-se sim, de milhares de execuções fiscais, para cada qual são conferidas soluções jurídicas distintas, mesmo quando a circunstância fática nelas existente é a mesma.

No âmbito das execuções fiscais, a legislação é expressa em prever a intimação pessoal da Fazenda Pública para todos os atos do processo. Se não houve a intimação pessoal, não há como se imputar ao Fisco a demora da marcha processual.

Nada obstante, em razão dos inúmeros feitos que se acumulam nas varas de Fazenda Pública, passou-se a desenvolver o entendimento de que o Estado, maior interessado na satisfação do crédito tributário, deveria adotar uma postura colaborativa, atuante, de forma que não se admitiria a paralisação do feito por muitos anos, sem que isso acarretasse a perda da pretensão executiva.

Na realidade, o que se busca com o presente artigo não é apontar qual dessas posições é a correta, mas sim, demonstrar que o constante dissenso jurisprudencial gera consequências

³¹ Vide nota 29.



gravíssimas para os jurisdicionados, resulta em descrédito no Poder Judiciário, mas principalmente, fere os princípios da isonomia e segurança jurídica, essenciais no Estado Democrático de Direito.

Conforme aponta Bonavides, vivemos hoje um Estado principial em que os princípios são normas supremas do ordenamento jurídico, dotados de plena normatividade. Desse modo, não se deve ignorar o papel axiológico que os princípios exercem tanto na formação como na aplicação das normas jurídicas³².

A segurança jurídica, princípio basilar do Estado de Direito, desdobra-se no problema na previsibilidade das ações legitimadas não apenas pela lei, como também pela jurisprudência.

José Joaquim Gomes Canotilho também entende a segurança jurídica como elemento constitutivo do Estado de Direito. O autor a associa intimamente ao princípio da proteção à confiança. A partir dessa perspectiva, traz componentes subjetivos à ideia de segurança, relacionado-a à "calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos"³³.

A propósito, os comentários feitos pelo autor³⁴:

O indivíduo tem como direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses atos jurídicos decaídos pelas com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico poderes.

Na hipótese versada neste artigo, o indivíduo não possui qualquer previsibilidade acerca de como será decidido o caso concreto, isto é, não há como balisar quais serão os fatores efetivamente considerados para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

Além do princípio da segurança jurídica, também encontra-se em xeque o princípio da isonomia, já que para casos idênticos estão sendo adotadas soluções jurídicas diversas.

Pelo princípio da isonomia, em uma de suas diversas vertentes, deve-se conceder aos indivíduos que se encontrem na mesma situação o mesmo tratamento. Tal princípio busca principalmente evitar arbitrariedades na condução do Estado Democrático de Direito.

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 300.

³³ CANOTILHO apud CAMARGO, Margarida; BALARINI, Flávia. *A segurança jurídica na doutrina e nos tribunais*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f9b616fadedc02>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

³⁴ *Ibidem*.



Por esse princípio, assegura-se, portanto, que todos serão tratados da mesma forma de acordo com a situação, seja física ou jurídica em que se encontrem.

Pode-se dizer que o princípio da igualdade atua em duas vertentes: perante a lei e na lei. Por igualdade perante a lei compreende-se o dever de aplicar o direito no caso concreto, por sua vez, a igualdade na lei pressupõe que as normas jurídicas não devem estipular desigualdades, exceto aquelas expressamente previstas na Constituição.

Deste modo, o legislador não poderá elaborar normas que se afastem do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, assim como o intérprete e a autoridade política não podem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades.

Nos casos de reconhecimento da prescrição intercorrente, é flagrante a desigualdade existente, na medida em que indivíduos que se encontram na mesma situação jurídica, devem se submeter a decisões judiciais discrepantes.

Diante desse quadro, mostra-se impositiva a pacificação da matéria pelos meios processuais existentes em nosso ordenamento jurídico.

Neste particular, o Novo Código de Processo Civil³⁵ trouxe inúmeros mecanismos de estabilização de demandas, para uniformização de matérias repetitivas, conhecido como sistema de precedentes judiciais. Esse sistema é construído para que haja uniformidade de decisões em causas idênticas.

Em verdade, pode-se dizer que o NCPC organiza as regras já existentes em nosso sistema, associando os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia como pressupostos valorativos da obrigatoriedade do sistema de precedentes judiciais.

A intenção é a uniformização da jurisprudência dos tribunais, de modo a conferir ao jurisdicionado maior previsibilidade das demandas judiciais e reduzir o nível de insegurança existente pela possibilidade de decisões díspares em casos judiciais onde a semelhança dos fatos materiais indique a aplicação da mesma solução judicial.³⁶

É exatamente o que o tema do reconhecimento da prescrição intercorrente nas execuções fiscais reclama: uma uniformização acerca da efetiva necessidade de intimação da

³⁵ Vide nota 15.

³⁶ NOGUEIRA, Cláudia. *O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.editaliaforum.com.br/ef/index.php/noticias/o-novo-codigo-de-processo-civil-e-o-sistema-de-precedentes-judiciais-pensando-um-paradigma-discursivo-da-decisao-judicial-2/>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

Fazenda Pública para dar impulso ao feito, acerca do que deve ou não ser considerado inércia apta a configurar a perda da pretensão executória. Ou seja, uma uniformização dos diversos critérios que vêm ou podem vir a ser considerados quando o assunto é o reconhecimento da prescrição intercorrente.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como se viu no primeiro capítulo dessa obra, a questão está longe de ser pacífica, havendo clara divergência entre as Câmaras que compõem o Tribunal.

Perante o Superior Tribunal de Justiça, a discussão fica prejudicada pois para a maioria dos julgados, rever as circunstâncias fáticas que ensejaram o reconhecimento da prescrição significa reexame de fatos e provas, o que não se admite na Corte Federal.

Dentro deste contexto, a instauração, por exemplo, de um incidente de resolução de demandas repetitivas, ou ainda, um incidente de uniformização de jurisprudência, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro seria útil ao tema da prescrição intercorrente no âmbito das execuções fiscais, a fim de delimitar e pacificar as diversas divergências existentes sobre o tema.

CONCLUSÃO

Nas execuções fiscais, a prescrição é caracterizada pela inércia permanente e ininterrupta no curso do processo executivo pelo prazo de cinco anos. Trata-se de um instituto de ordem pública, e possui, como seu maior objetivo, promover segurança nas relações jurídicas, impedindo que o Fisco fique inerte na busca pela satisfação de seu crédito.

Para que seja reconhecida a prescrição, se mostra imprescindível a demonstração de que o Fisco foi desidioso na condução do processo executivo. Ocorre que a constatação, pelo julgador, daquilo que se considera "inércia" da Fazenda Pública varia significativamente, a ponto de ensejar diferentes soluções jurídicas para casos idênticos.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a controvérsia gira em torno de saber quando é possível afirmar que a Fazenda Pública permaneceu inerte. Parte das Câmaras Cíveis relativizam o princípio do impulso oficial, entendendo que não bastaria ao Fisco ajuizar a execução fiscal, e, posteriormente, abandonar o feito aguardando a sua intimação pela serventia. Outra parte, porém, permanece convicta no sentido de considerar indispensável a intimação da Fazenda, para que seja caracterizada a inércia.



Perante o Superior Tribunal de Justiça, a matéria não recebe uniformidade. Nessa Corte de Justiça também existem julgados divergentes e a verificação da efetiva inércia do Fisco quase sempre esbarra na limitação na Súmula n. 7, a qual impede o reexame de fatos e provas no âmbito do Recurso Especial.

Esse quadro de instabilidade se mostra prejudicial não só para os sujeitos do poder judiciário, mas principalmente para os jurisdicionados, que devem se submeter a decisões judiciais, que nem sempre espelham a uniformidade necessária a sua legitimação.

Além disso, conceder soluções jurídicas distintas a hipóteses que espelham a mesma circunstância fática é ir de encontro aos princípios da igualdade e segurança jurídica, essenciais no Estado Democrático de Direito.

Portanto, o tema do reconhecimento da prescrição intercorrente nas execuções fiscais reclama uma uniformização efetiva, mediante os meios processuais existentes, com a delimitação dos diversos fatores que são ou que podem vir a ser considerados para se verificar a inércia da Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.111.124/MG. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n. 1.286.579/RS. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.102.431/RJ. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?arc=1.1.3&aplicacao=processos_ead&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200802558208>. Acesso em: 28 abr. 2017.



_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=571>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 106. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=481>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0071544-67.2005.8.19.0002. Relator: Des. Elton Leme. Disponível em: <<http://www4.tj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400197524>>. Acesso em: 18 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0171421-32.1995.8.19.0001. Relator: Des. Sérgio Ricardo Amada Fernandes. Disponível em: <<http://www4.tj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201600141880&CNJ=0171421-32.1995.8.19.0001>>. Acesso em: 18 out. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO apud CAMARGO, Margarida; BALARINI, Flávia. *A segurança jurídica na doutrina e nos tribunais*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f9b516fadedc02>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

CARNEIRO, Cláudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOGUEIRA, Cláudia. *O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/noticias/o-novo-codigo-de-processo-civil-e-o-sistema-de-precedentes-judiciais-pensando-um-paradigma-discursivo-da-decisao-judicial-2/>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

TONIOLO, Ernesto José. *A prescrição Intercorrente na Execução Fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A EQUIPARAÇÃO AO DOLO EVENTUAL

Pedro Antonio Adorno Bandeira Assumpção

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, com ênfase em Direito Contencioso. Pós-Graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: a Teoria da Cegueira Deliberada é uma construção jurisprudencial originada no direito anglo-saxônico que preconiza a possibilidade de punição do indivíduo que deliberadamente se mantém em estado de ignorância em relação à natureza ilícita de seus atos. No direito brasileiro, tal teoria vem sendo cada vez mais utilizada sob a justificativa de que tal atitude do indivíduo poderia ser equiparada ao dolo eventual. O presente trabalho busca justamente analisar a estrutura do dolo eventual brasileiro, bem como os requisitos de aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, tal como preconizado pela jurisprudência americana, para então ao final se constatar como deverá ser a sua correta aplicação.

Palavras-chave: Direito Penal. Teoria do Dolo. Dolo Eventual. Teoria da Cegueira Deliberada.

Sumário: Introdução. 1. Teoria do Dolo e a Adequação do Dolo Eventual aos Desafios da Nova Criminalidade. 2. Teoria da Cegueira Deliberada aplicada no Direito Estadunidense. 3. A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de equiparação da Teoria da Cegueira Deliberada, *Willful Blindness Doctrine* ou *Conscious Avoidance Doctrine*, conforme preconizada pelo direito e jurisprudência americana, e o Dolo Eventual, conforme preconizado pelo Código Penal, doutrina e jurisprudência brasileira.

Cabe ressaltar que a temática abordada se reputa bastante atual. A aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada ganhou destaque com o julgamento, pelo STF, da Ação Penal 470 (“Mensalão”). Outrossim, a temática vem se renovando com a aplicação da

teoria na denominada Operação Lava-Jato, que em determinados julgados expressamente justifica a aplicação da referida teoria pela sua equiparação ao Dolo Eventual.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a teoria do dolo, conforme preconizado pela doutrina brasileira. Com isso, serão constatados os elementos que compõe o dolo, bem como a diferenciação entre o dolo direto e dolo eventual, de suma importância para o presente trabalho. Ademais, será analisada a atual aplicação do dolo eventual na jurisprudência brasileira, em especial em crimes de colarinho branco.

Após, no segundo capítulo, passa-se a analisar a denominada Teoria da Cegueira Deliberada, de origem anglo-saxônica e aplicada principalmente na jurisprudência americana. Serão analisadas as controvérsias sobre sua existência e aplicação no caso concreto, e sua relação com a teoria do dolo preconizada pela legislação americana (*Model Penal Code*).

O terceiro capítulo buscará confrontar a Teoria da Cegueira Deliberada, conforme preconizada pelo direito americano, e o Dolo Eventual, conforme preconizado pela doutrina e jurisprudência brasileira. Busca-se ponderar se a equiparação entre os dois institutos realmente é a mais correta.

O resultado da pesquisa é sistematizado na conclusão. Para tanto, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, analisando premissas hipotéticas que serão comprovadas ou rejeitadas de forma argumentativa. Ademais, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, uma vez que será feita com a análise da bibliografia relacionada ao tema em abordagem, notadamente jurisprudência, legislação e doutrina.

1. A TEORIA DO DOLO E A ADEQUAÇÃO DO DOLO EVENTUAL AOS DESAFIOS DA NOVA CRIMINALIDADE

A evolução da Teoria do Dolo e da Conduta é, sem dúvida, uma das principais inovações da ciência penal do século XX. A migração de um sistema puramente causalista para um modelo finalista, como foi feito no Brasil a partir da reforma penal de 1984¹

¹BRASIL. Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1983/L7209.htm>. Acesso 9 out. 2016



trouxe um inegável avanço na dogmática penal, e, por consequência, na própria justiça da persecução penal brasileira.

A Teoria Finalista é atribuída precipuamente a Hans Welzel, que manteve muitos dos traços das teorias causalistas que o precederam, mas cuja principal inovação foi defender que a análise do elemento subjetivo de dolo ou culpa deveria ser feita juntamente com a conduta, não mais na culpabilidade². Partindo de uma perspectiva aristotélica de que toda ação humana tem uma finalidade, Welzel defendia que não faria sentido considerar penalmente relevantes condutas que não fossem dotadas de consciência e vontade, excluindo-se da aplicação da norma penal, por consequência, meros atos de reflexos ou oriundos de coação física irresistível.

Tal teoria abriu margem para se analisar não apenas o desvalor do resultado do crime, mas também o desvalor na conduta do agente, uma vez que a pessoa que atua com consciência e vontade para atingir um resultado atua com desvalor diferente daquela que jamais quis o resultado, que apenas ocorreu em decorrência da violação do dever objetivo de cuidado (diferenciação entre dolo e culpa). Também a pessoa que quis diretamente o resultado atua com desvalor distinto daquela que não quis o resultado, mas apenas assumiu o risco de que o mesmo ocorra (diferenciação entre dolo direto e dolo eventual)³.

Nesta linha de intelecção, o Código Penal⁴, com as alterações promovidas pela Lei n. 7.209/84, definiu o crime doloso em seu art. 18 inciso I, ao estabelecer que o mesmo ocorre “[...] quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Embora haja uma aparente equiparação feita pela lei, é evidente que haverá uma diferenciação durante a aplicação da pena, quando serão analisadas diversas circunstâncias judiciais, dentre elas a culpabilidade⁵ (art. 59 do Código Penal⁶).

² MASSON, Cleber. Código penal comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 105.

³ “Matar alguém, do ponto de vista objetivo, configura sempre a mesma ação, mas matar um sujeito para vingar o estupro da filha é subjetivamente diferente do que matar por dinheiro. A diferença está no desvalor da ação, já que o resultado em ambos os casos foi o mesmo: morte” CAPRIZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 124.

⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Delei2848compilado.htm>. Acesso 9 out. 2016

⁵ BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 399.

⁶ BRASIL. “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Vide nota 4.

A caracterização do dolo em si é muito complexa e por vezes tarefa árdua ao órgão acusador. Mas afinal, como comprovar o elemento subjetivo do agente no momento da prática do crime?

Neste ponto, cabe diferenciar o dolo, como conceito jurídico, e a intenção, como fato naturalístico. Segundo Galvão⁷, a diferenciação entre dolo e intenção pode ser entendida da seguinte forma:

Assim, o dolo pode ser entendido como o conceito jurídico que define a intenção que é necessária à adequação típica. O dolo não é um elemento descritivo de objetos apreensíveis da realidade naturalística. O dolo não existe na realidade natural: é criação abstrata do gênio humano, que só existe no mundo jurídico e visa a instrumentalizar a interpretação da realidade natural. Dolo é conceito técnico-jurídico que se refere a um dado da realidade natural que é a intenção, e somente pode ser compreendido no contexto normativo do juízo da tipicidade. (...) Em uma expressão vulgar, pode-se dizer que o dolo (como conceito) está na cabeça do juiz, enquanto que a intenção (como dado da realidade natural) está na cabeça do réu.

Desta forma, ao incluir o dolo eventual na estrutura do tipo doloso, pode-se afirmar que o legislador promoveu um importante avanço na possibilidade de persecução penal. Isso porque a comprovação de que o agente quis o resultado é, na maioria das vezes, mais difícil do que a comprovação de que o agente assumiu o risco para o mesmo ocorrer. A assunção do risco para a ocorrência do resultado pode ser constatada de maneira objetiva ao analisar a conduta do agente, sem necessidade de se perquirir sobre sua real motivação.

Tal fato se mostra cada vez mais relevante na medida em que vão surgindo novos tipos de crimes. Com efeito, pode-se afirmar que as teorias causalistas e até mesmo o finalismo adotado pelo Código Penal tinham como ponto de referência os crimes clássicos contra a vida, patrimônio, a honra, etc. A maioria destes exigiam um resultado naturalístico para a sua caracterização, ou seja, eram crimes em que se constatava uma modificação no mundo real, causando uma lesão real ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Ocorre que a evolução da sociedade trouxe uma inegável expansão do direito penal, que precisou se adequar às novas modalidades de criminalidade inerentes a um mundo cada vez mais complexo. Assim, foram surgindo os denominados crimes de colarinho branco, crimes contra a ordem tributária e crimes contra a ordem econômica.

⁷ GALVAO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 196-197.



de “lavagem” de dinheiro, ou ocultação de bens, direitos e valores. No que se refere a tal crime, é imprescindível que se faça uma análise do tipo penal do art. art. 1º, § 2º inciso I, antes e depois das alterações promovidas pela Lei n. 12.683/12⁹.

Isto porque, a redação original do dispositivo estabelecia que incorre nas penas do crime quem “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo. Já a redação atual suprimiu a expressão “que sabe serem”, ou seja, não mais exige que o agente tenha consciência direta de que os valores eram provenientes de crimes anteriores.

Essa sutil alteração promoveu em realidade uma revolução na persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. A doutrina majoritária afirmava que a redação original apenas permitiria a ocorrência do crime a título de dolo direto, uma vez que seria necessária a consciência do agente de que tais valores eram provenientes de crimes anteriores. Porém, a supressão do termo “que sabe serem” permitiu a caracterização do delito mesmo nos casos de dolo eventual¹⁰.

Assim tem-se que pelo menos desde as alterações efetuadas pela lei 12.683/2012, é possível a caracterização do delito de lavagem de dinheiro a partir do dolo eventual. Tal conduta restaria caracterizada quando o agente não sabe, mas assume o risco de que os bens seriam provenientes de crimes anteriores.

Estabelecidas tais premissas, passa a ser necessário avaliar quando se pode dizer que um agente assume o risco de utilizar, na atividade econômica ou financeira, de valores provenientes de crimes anteriores. Para tanto, tem-se observado cada vez mais a utilização de uma teoria oriunda do direito anglo-saxônico, a denominara Teoria da Cegueira Deliberada, cuja teoria, origem e aplicabilidade serão objeto de análise dos próximos capítulos.

2. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA APLICADA NO DIREITO ESTADUNIDENSE

⁹BRASIL. Lei n. 9.613 de 3 de março de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso 9 out. 2016

⁹BRASIL. Lei n. 12.683 de 9 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ata2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso 9 out. 2016

¹⁰ RODAS, Sérgio. “Sérgio Moro condena por dolo eventual em lavagem, especialistas divergem sobre tese”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-05/tese-polemica-moro-condem-dolo-eventual-lavagem>>. Acesso em 9 out. 2016



A Teoria da Cegueira Deliberada ou *Willful Blindness Doctrine*, também conhecida como Evitação Consciente ou *Conscious Avoidance*, Ignorância Inventada ou *Contrived Ignorance*, Instruções de Avestruz ou *Ostrich Instructions*, esta última em referência ao costume do avestruz esconder sua cabeça no chão, é uma teoria criada originalmente pela jurisprudência britânica, mas que ganhou grande relevância pela sua aplicação nos tribunais americanos. Sua origem remonta ao caso *Regina v. Sneyd* de 1861, em que um tribunal inglês se recusou a condenar o réu acusado de se apropriar indevidamente de bens de propriedade da marinha, uma vez que não restou provado que o réu tinha conhecimento da propriedade dos bens ou que tivesse atuado deliberadamente para impedir o conhecimento da propriedade¹¹.

Desde então, a teoria vem sendo paulatinamente aplicada, ganhando força principalmente nos tribunais estadunidenses a partir do século XX, em litígios civis e criminais. Sua aplicação vem sendo cada vez mais debatida e questionada, justamente pela ausência de tratamento legal sobre a teoria, eis que surgiu exclusivamente por intermédio da evolução da jurisprudência.

Em breve síntese, pode-se afirmar que a Teoria da Cegueira Deliberada busca criminalizar a conduta do indivíduo que se mantém deliberadamente em estado de ignorância sobre a natureza ilícita dos seus atos, em situações em que era possível se atestar tal natureza ilícita¹². Busca-se, portanto, impedir que o réu simplesmente alegue que não sabia exatamente o que estava fazendo, buscando com isso afastar o dolo de sua conduta.

Na seara civil, a Teoria costuma ser aplicada em litígios societários e falimentares, como no caso *In Re Gravit*, em que uma corte federal americana condenou um réu por fraude falimentar por se recusar a “enquadrar os fatos” e efetuar o inventário de seus bens¹³.

Na seara criminal, os exemplos mais citados são no tráfico de drogas, em que o indivíduo aceita viajar com uma mala recebida por um notório traficante, mas em momento algum olha na mala ou pergunta o que haveria dentro. Ao ser barrado na

¹¹ ROBBINS, Ira. P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, 21 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990-1991), p. 196. Disponível em:

<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>.

Acesso 19 jan. 2017

¹² *Ibid.*, p. 193-194

¹³ *Ibid.*, p. 198



alfimedeia, o agente não poderia alegar que não tinha ciência do que estava carregando, desde que fosse razoável supor que seria possível ter alcançado tal ciência¹⁴.

Porém, mesmo nos Estados Unidos, onde os tribunais vêm cada vez mais de utilizando da Teoria desde o século XX, sua aplicação é controversa, principalmente em razão da falta de clara previsão legal que possa justificá-la.

Como é sabido, os Estados Unidos são uma federação, no qual os estados são responsáveis pela maioria da competência legislativa, incluindo a criminal. Porém, como forma de unificar as legislações dos cinquenta estados, a *American Law Institute* publica o *Model Penal Code* – MPC, que serve como modelo de elaboração aos estados e é frequentemente citado por acadêmicos e utilizado pela jurisprudência¹⁵.

Uma das mais importantes disposições do MPC é justamente o tratamento objetivo dado ao conceito de dolo, frequentemente denominado de “*Mens Rea*” pela jurisprudência e doutrina americana, do latim “mente culpada”, que no código é denominado simplesmente de culpabilidade. O MPC traz na sua Seção 2.02 quatro graus de culpabilidade, sendo que os dois primeiros se assemelham ao conceito de dolo direto e eventual, respectivamente, a saber¹⁶:

- (a) Propositadamente: A pessoa age propositadamente com relação a um elemento material de uma infração quando: (i) Se o elemento envolve a natureza da conduta ou o resultado dela, é seu objeto consciente engajar-se nessa conduta ou causar o resultado; (ii) Se o elemento envolve circunstâncias acessórias, ele está ciente das circunstâncias ou acredita ou espera que elas existam
- (b) Conscientemente: A pessoa age conscientemente com relação a um elemento material de uma infração quando: (i) Se o elemento envolver a natureza da conduta ou as circunstâncias que acessórias, ele está ciente de que sua conduta é dessa natureza ou que as circunstâncias existem; (ii) Se o elemento envolve um resultado de sua conduta, ele está praticamente certo de que o resultado ocorrerá. (Além disso, se o elemento envolve o conhecimento da existência de um fato particular, ele está satisfeito se ele está ciente de uma alta probabilidade da existência desse fato, a menos que ele realmente acredite que não existe)

Assim, tem-se que não há nenhuma previsão específica na legislação americana que adote a Teoria da Cegueira Deliberada, e é justamente tal vácuo que justifica a maioria das críticas direcionadas a ela. Como considerar que o agente agiu dolosamente

¹⁴ *Ibid.*, p. 199-200

¹⁵ ROBINSON, Paul H. e DJUBBER, Markus Dick. *An introduction to the model penal code*. Disponível em: <<http://www.law.syr.edu/fac/p/robins/intrmodpencode.pdf>> Acesso em 20 jan 2017 (tradução nossa)

¹⁶ Os nomes dos estados mentais seriam a Inprudência e a Negligência, que são graus de culpabilidade que se assemelham ao conceito de culpa brasileiro. Disponível em <<http://www.cs.xu.edu/~robson/main/lawSchool/criminal/html/bottomScreens/Briefs/Model%20Penal%20Code%20Section%202.02.01.htm>> Acesso em 28 fev 2017

se os conceitos de dolo do direito americano não comportam a hipótese de uma evitação consciente deste dolo?

Um dos principais casos que solidificou a aplicação da Teoria e sedimentou seus parâmetros foi o caso *Jewell v. United States*, em 1976. A *Ninth Circuit Court* (corte equiparado a um Tribunal Regional Federal), por maioria, afirmou que aquele que age com ignorância deliberada poderia ser considerado como se estivesse agindo conscientemente, na forma da Seção 2.02, item (b), desde que comprovado que o agente agiu de maneira deliberada para se escusar de saber de todos os elementos de sua ação, quando, no caso concreto, seria possível que ele tivesse tal ciência¹⁷.

Assim, seria constitucional a presunção de dolo da pessoa quando esta age de maneira consciente e propositada para se escusar da ciência plena dos fatos, já que no mínimo a pessoa estaria ciente de uma alta probabilidade da existência do fato, o que justificaria presumir sua consciência sobre a conduta.

Apenas o então juiz Antony Kennedy dissentiu, afirmando que não poderia o judiciário criar novos estados mentais não previstos na legislação, e que a ignorância deliberada não poderia ser substituída da consciência exigida por lei, já que a ignorância deliberada não seria equivalente a uma ciência de alta probabilidade de um fato¹⁸.

Em 2011 a Suprema Corte dos Estados Unidos finalmente proferiu sua primeira decisão aplicando a Teoria, referendando a sua aplicação em casos criminais pelos tribunais americanos e instituindo balizas para a sua correta utilização, mesmo em casos cíveis. No caso *Global Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, a corte entendeu constitucional a adoção da Teoria, desde que restasse comprovado que: (i) o réu subjetivamente acredita que há uma alta probabilidade de o fato existir, e (ii) o réu deve deliberadamente atuar para evitar o conhecimento do fato. Havendo prova desses fatos, poder-se-ia afirmar que

¹⁷ ROBBINS, *op. cit.*, p. 203-205. No caso, ficou provado que o réu estava num bar no México quando um terceiro, após lhe oferecer maconha, ofereceu US\$ 100 para que dirigisse um carro pela fronteira e o deixasse num endereço predeterminado. Também ficou provado que o réu sabia de um compartimento secreto no carro, mas não averiguou sobre o que havia dentro. O réu acabou sendo parado na fronteira e foram descobertos 110 quilos de maconha no compartimento, que acabou acarretando sua condenação. Ao apelar da sentença para a *Ninth Circuit Court*, o réu se insurgiu contra as instruções dadas pelo juiz ao júri, que determinava que mesmo que o réu não soubesse das drogas no carro, a ignorância dele de seu exclusividade por sua vontade para evitar saber o que tinha no veículo. Para o réu, tal instrução foi equivocada e permitiu a condenação sem que o réu agisse propositadamente ou conscientemente sobre os elementos que compoem o tipo penal, como determina a lei. A condenação foi mantida.

¹⁸ *Ibid.*, p. 206



o réu teria um estado mental que ultrapassaria a mera culpa, permitindo-se afirmar que o mesmo atua com dolo, mesmo que eventual, ou seja, conscientemente¹⁹.

O único a dissentir da opinião da Suprema Corte foi o mesmo Antony Kennedy, hoje ministro deste tribunal. O ministro continua a entender que a Teoria não poderia ser equiparada à consciência determinada por lei, não cabendo ao julgador aplicar analogia em desfavor do réu.

Assim, tem-se que a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada não é unânime nos tribunais americanos, principalmente em razão da ausência de previsão normativa. Apesar disso, majoritariamente tem-se entendido que sua aplicação pode ser utilizada, desde que respeitados parâmetros mínimos estabelecidos pela jurisprudência, em especial a prova de que o réu teria agido para se escusar de ter ciência dos fatos de sua conduta. Assim agindo, seria possível considerar que agiu com culpabilidade tão reprovável quanto se tivesse agido com prova de plena consciência.

3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL.

Conforme exposto, a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada nos Estados Unidos passou por um longo processo de confrontos e questionamentos, somente ganhando respaldo pela mais alta corte daquele país em 2011. Dessa forma, cabe analisar como tal Teoria tem sido aplicada na jurisprudência brasileira, e se tal aplicação segue os parâmetros delineados pelo direito americano, principal expoente da Teoria.

¹⁹ PODGORE, Ellen. Supreme court speaks about willful blindness. Disponível em: <http://lawprofessors.typepad.com/whitercollarcrime_blog/2011/06/supreme-court-speaks-about-willful-blindness.html> Acesso em 28 fev 2017. No caso, a empresa SEB S.A. desenvolveu um modelo inovador de fitas de cabelo e patenteou seu modelo nos EUA. Após, a empresa Pentalpha Enterprises, sediada em Hong Kong e subsidiária da *Global Tech Inc.*, copiou o design da SEB e contratou um parecer de um advogado americano para saber se seu design infringia alguma patente, mas sem informar ao advogado que havia copiado o produto. Após o advogado elaborar o parecer afirmando que não havia violação a nenhuma patente, a Pentalpha começou a vender o modelo, e foi processada pela SEB. Ao final, foi considerada culpada, pois embora não tenha ficado provado que ela sabia da patente da SEB e até encomendou um parecer de advogado que afirmava não haver violação, ela não informou ao advogado que tinha copiado o modelo. Assim, ao omitir essa informação, teria criado uma situação em que conscientemente se colocou em estado de ignorância, o que seria suficiente, nos termos da Teoria da Cegueira Deliberada, para considerar que havia consciência na sua conduta de violação de patente.



Talvez o primeiro caso emblemático de aplicação da Cegueira Deliberada no Brasil se deu na Ação Penal 2005.81.00.014586-0²⁰, perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5). Logo após o assalto ao Banco Central de Fortaleza, que resultou na subtração de mais de cento e sessenta milhões de reais em cédulas de R\$ 50, um dos suspeitos adquiriu 11 carros de luxo no valor de quase um milhão de reais, tudo em notas de cinquenta reais envoltos em sacos plásticos. Na ocasião, tanto o suspeito quanto os sócios da revendedora de automóveis foram denunciados por lavagem de dinheiro. O suspeito foi preso e condenado por ter sido provado que ele sabia da origem ilícita dos valores. Já os sócios da revendedora de automóveis foram condenados com base na Teoria da Cegueira Deliberada, já que o magistrado entendeu que ambos agiram, no mínimo, com dolo eventual com relação à origem ilícita dos valores.

Apesar da condenação, o TRF5 reverteu a condenação dos sócios, pois, embora tenha reconhecido que em tese seria possível a aplicação da Cegueira Deliberada e a equiparação ao dolo eventual, à época dos fatos o tipo penal da lavagem previa tão somente o dolo direto da conduta. Portanto, no caso concreto não foi possível manter a condenação.

Na Ação Penal 470²¹, caso Mensalão, o Supremo Tribunal Federal (STF) se utilizou pela primeira vez da Cegueira Deliberada, mesmo que de modo incidental. O Ministro Celso de Mello, ao votar favoravelmente à condenação dos ex-deputados do PT Paulo Rocha e João Magno por lavagem de dinheiro, admitiu “[...] a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores, mediante o dolo eventual, exatamente com apoio no critério denominado por alguns como ‘teoria da cegueira deliberada’, que deve ser usado com muita cautela”.

Mais recentemente, a Cegueira Deliberada tem sido reiteradamente aplicada no âmbito da denominada Operação Lava Jato. O juiz federal Sergio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, frequentemente cita a referida Teoria como embasamento para a condenação dos acusados por lavagem de dinheiro, equiparando-a ao dolo eventual brasileiro.

²⁰ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (5ª região). Apelação Criminal 5520-CR 2005.81.00.014586-0. Relator Eugênio Moreira. 09 nov. 2008. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/arquivo/2008/10/200581000145860_20081022.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2017

²¹ Informativo 684 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm> Acesso em: 13 mar. 2017



Na ação penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR²², o magistrado considera que embora a Teoria tenha origem anglo-saxônica, sua aplicação já há muito foi referendada pelo Supremo Tribunal Espanhol, corte de tradição jurídica similar à nossa. Na opinião daquele magistrado:

346. São aqui pertinentes as construções do Direito anglosaxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da "cegueira deliberada" ou "willful blindness" e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Brevevi sobre o tema em obra dogmática.

347. Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não etíde o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.

Pelo exposto, tem-se que não é difícil a utilização de tal Teoria no âmbito brasileiro, em especial nos delitos de lavagem de capitais. A dificuldade em se aferir sobre o real e efetivo conhecimento sobre a ilicitude da origem dos valores "lavados" fazem da Teoria um importante instrumento para a imputação de tais condutas aos suspeitos de lavagem.

Nessa linha de intelecção, outros delitos que expressamente admitem a condenação por dolo eventual podem ser objeto da Teoria. A título de exemplo, no Código Penal (CP) os delitos de receptação qualificada²³, contágio de moléstia venérea²⁴ e de entrega de filho a pessoa imidônea²⁵ expressamente preveem a possibilidade de condenação por dolo eventual, ao se utilizarem da locução "deva saber".

Para além disso, em tese a grande maioria dos delitos admitem a figura do dolo eventual. Conforme já exposto, o CP considera a figura dolosa tanto o dolo direto quanto o dolo eventual, equiparando-os²⁶. Assim, a não ser que o tipo penal exija expressamente o dolo direto, geralmente mediante o termo "sabe" ou outras similares, os delitos em geral admitiriam a condenação por dolo eventual.

²² BRASIL. 1ª Vara Federal de Curitiba/PR. Ação Penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Juiz Sergio Moro. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/sergio-moro/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/Boeiro-1388-SENTI-abreu-e-lima.pdf>> Acesso 13 mar. 2017

²³ BRASIL. "Art. 180 § 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime". BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 31 de dezembro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 13 de mar. de 2017

²⁴ BRASIL. "Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado". Vide nota 4.

²⁵ BRASIL. "Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo". Vide nota 4.

²⁶ RITTENOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.50 de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 398-399.

É nessa possibilidade de alargamento da aplicação da Teoria que se deve utilizar uma cautela, garantindo que não haja uma ampliação demasiada sobre o conceito de dolo. Afinal, a garantia do devido processo legal impõe ao órgão acusador comprovar a ocorrência do crime, o que impõe a comprovação da conduta típica, ilícita e culpável. Assim, a Teoria não pode ser utilizada como mera alternativa quando não se consegue comprovar com definitividade a consciência do agente quanto aos elementos de sua conduta.

Conforme as balizas traçadas pela Suprema Corte americana, não bastaria a assunção do risco do agente, consistente na atuação consciente de uma alta probabilidade de ocorrência do resultado delituoso. É imprescindível que se comprove um atuar anterior do agente, consistente de conduta para blindar o mesmo sobre a ilicitude de sua conduta.

Esse último requisito é de primordial importância, pois embora o órgão acusador não consiga provar sobre a consciência do indivíduo sobre a ilicitude de sua conduta, não pode se olvidar de comprovar que o mesmo atuou com consciência no momento anterior à conduta, no sentido de impedir que tal consciência existisse de forma plena. Portanto, a atividade probatória deverá recair sobre o momento anterior, quando o indivíduo atuou, de forma comissiva ou omissiva, para impedir que tivesse a consciência pela de sua conduta, nas hipóteses em que seria possível atingir tal consciência.

Importante ressaltar que a possibilidade de responsabilização do agente por atitudes anteriores ao fato delituoso não é estranha ao CP. Na responsabilização do agente por condutas praticadas em estado de total embriaguez, que exclui a culpabilidade da conduta, o CP diferencia os casos em que a embriaguez é proveniente de conduta voluntária ou culposa para os casos em que a embriaguez é proveniente de caso fortuito ou força maior. Na primeira hipótese, não há exclusão da culpabilidade; já na segunda é possível excluir ou reduzir a pena, a depender do nível de embriaguez do agente.

Essa diferenciação se justifica pela adoção da Teoria da *Actio Libera in Causa*, ou Ação Livre na Causa. Como o estado de embriaguez exclui a culpabilidade da conduta criminosa, para evitar impunidades o CP estabelece que se deve analisar a conduta do agente no momento imediatamente anterior o estado de embriaguez: caso este estado seja proveniente de ato voluntário ou culposos, haverá responsabilização penal mesmo tendo praticado a conduta em estado completo de embriaguez. Ao revés, caso não



haja dolo ou culpa no estado de embriaguez, poderá sim haver exclusão da culpabilidade do agente²⁷.

Assim, a correta aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada deve traçar um paralelo com a Teoria da *Actio Libera in Causa*. Embora não seja possível comprovar com definitividade que o agente tenha atuado com plena consciência de sua conduta e a respectiva ilicitude, caberia ao órgão acusador comprovar que a ausência de tal consciência tenha se dado por atitude prévia do agente, comissiva ou omissiva. Tal exigência estaria de acordo com as balizas traçadas pela jurisprudência norte americana sobre a aplicação da Teoria, e respeitaria o postulado da presunção de inocência e devido processo legal garantidos pela Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a evolução da Teoria do Crime culminou com a necessidade de se aferir o elemento volitivo do agente em conjunto com sua conduta. Afinal, só haveria necessidade de uma resposta do direito penal nos casos de condutas praticadas com consciência e vontade, afastando, portanto, a responsabilização penal por meros atos reflexos ou imprevistos. Tal restrição ao alcance do direito penal é consectário dos ideais iluministas do século XIX, buscando tutelar a liberdade do indivíduo frente a pretensão punitiva estatal.

Em que pese tais considerações, a responsabilização penal do indivíduo por condutas de dolo direto não se mostrou suficiente, devendo abranger também as condutas em que o indivíduo conscientemente assume um risco de o resultado ocorrer. Esta é a essência do dolo eventual, em que o agente está ciente da sua conduta e, embora não queira o resultado, conscientemente assume o risco de sua ocorrência.

Em que pese a existência do dolo direto e eventual como possibilidades distintas e autônomas de imputação da conduta ao indivíduo, a comprovação do estado de consciência do indivíduo, que ateste que ele ao menos assumiu o risco da ocorrência do resultado delitivo, é tarefa difícil para a parte acusadora. Tal comprovação se torna ainda mais tormentosa em razão de eventuais condutas deliberadas do indivíduo para se blindar

²⁷ *Ibid.*, p. 551.

da plena consciência da ilicitude de sua atitude. Tais condutas podem ser comissivas ou omissivas, mas são tomadas com o claro intuito de se proteger de eventual responsabilização criminal.

O surgimento da Teoria da Cegueira Deliberada se deu justamente para evitar que essas condutas anteriores do indivíduo pudessem gerar um vácuo de responsabilização penal, impedindo, portanto, que o indivíduo pudesse se beneficiar da sua própria torpeza. Conforme visto, a Cegueira Deliberada considera que o agente age com plena consciência caso ele tenha atuado anteriormente à sua conduta, de maneira comissiva ou omissiva, para se furtar de saber sobre a ilicitude de seus atos, com o inequívoco propósito de evitar uma futura responsabilização penal.

A Cegueira Deliberada tem sido aceita pela jurisprudência brasileira, que comumente a equipara ao conceito de Dolo Eventual, permitindo, portanto, a responsabilização do agente a título doloso. Ocorre que é preciso uma maior reflexão sobre o tema no que tange à comprovação dos requisitos da adoção da Teoria, em especial sobre o momento de incidência da atividade probatória da parte acusadora.

Isso porque na Cegueira Deliberada a atividade probatória deve ser direcionada ao momento anterior à conduta criminosa, na qual o agente atua, de maneira comissiva ou omissiva, para evitar de saber sobre a ilicitude de seus atos posteriores. Assim, em que pese não se consiga comprovar a consciência de ilicitude no momento do atuar criminoso do agente, é imprescindível que se comprove que esta ausência de consciência se deu por uma situação anterior do mesmo. Haverá, portanto, necessariamente uma substituição do momento de incidência da atividade probatória.

Assim, não basta apenas alegar que o agente age com mera assunção de risco de ocorrência do ato, sob pena de uma indevida inversão do ônus probatório no processo penal, forçando o agente a ter de provar que tomou todas as cautelas necessárias para ter a plena consciência de seus atos.

Caberá ao órgão acusador, necessariamente, comprovar que o agente atuou, mesmo que de maneira omissiva, mas de qualquer forma conscientemente, para evitar a plena ciência da ilicitude de seus atos, a fim de impedir uma responsabilização penal no futuro. Tal inversão do momento da comprovação já é admitido no Código Penal ao se adotar a teoria da *actio libera in causa* para os casos de embriaguez completa, e deve ser aplicada analogicamente na responsabilização do indivíduo com base na Teoria da Cegueira Deliberada.



REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.50 de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Ação Penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Juiz Sergio Moro. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fansto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/Evento-1388-SENT1-sbreu-e-lima-pdf>> Acesso 13 mar. 2017

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 31 de dezembro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 13 de mar. de 2017

_____. Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso 9 out. 2016

_____. Lei n. 9.613 de 3 de março de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso 9 out. 2016

_____. Lei n. 12.683 de 9 de julho de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso 9 out. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo 684. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm> Acesso em: 13 mar. 2017

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª região. Apelação Criminal SS20-CE 2005.81.00.014586-0. Relator Rogério Moreira. 09 nov. 2008. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2017

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, V. 1.: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008

GALVAO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013

MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2014

PODGOR, Ellen. *Supreme court speaks about willful blindness*. Disponível em: <http://lawprofessors.typepad.com/whitecollarcrime_blog/2011/06/supreme-court-speaks-about-willful-blindness.html> Acesso em 28 fev 2017

ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, 81 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990-1991), p. 196. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>>. Acesso 19 jan. 2017



ROBINSON, Paul H. e DUBBER, Markus Dirk. *An introduction to the modern penal code*. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/fac/phrobin/intramodpencode.pdf>> Acesso em 20 jan 2017 (tradução nossa)

RODAS, Sérgio. “Sérgio Moro condena por dolo eventual em lavagens; especialistas divergem sobre teste”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-05/teste-polemica-moro-condena-dolo-eventual-lavagem>>. Acesso em 9 out. 2016



PROVA PENAL: O REFLEXO DAS FALSAS MEMÓRIAS NA PRODUÇÃO DAS PROVAS TESTEMUNHAIS NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Pedro da Cal da Costa Ferreira

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Técnico de Atividade Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O presente artigo aborda questão relativa à prova testemunhal e a possibilidade de corrupção das lembranças por diferentes aspectos. Busca debater a conscientização das autoridades quanto à falsificação das memórias. Aponta métodos atualmente utilizados que possibilitariam a produção de falsas memórias. Discute o despreparo dos profissionais envolvidos com a coleta da prova testemunhal. Questiona o possível investimento em treinamento e aplicação de técnicas comprovadamente capazes de minimizar os efeitos da formação deste fenômeno. Questiona a aplicação dos Princípios Constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência. Oferece casos concretos que comprovadamente condenaram inocentes exclusivamente em razão da prova testemunhal em que se constatou a produção de falsas memórias. Demonstra a fragilidade da prova testemunhal, considerando a falibilidade da memória e a possibilidade real da formação de falsas memórias. Aponta maneiras de tornar a prova testemunhal no processo penal mais confiável.

Palavras-chave – Processo Penal. Prova Oral. Prova testemunhal. Contaminação. Falsas Memórias. Fatores de Contaminação. Mitigação dos Efeitos.

Sumário – Introdução. 1. Aplicação das falsas memórias na prova testemunhal: uma discussão pautada nas consequências de sua existência no processo penal e o seu objetivo. 2. Poder Judiciário e a contaminação da prova testemunhal: o enfrentamento deste poder pautado nas falsas memórias na atualidade. 3. Mecanismos adotados para mitigar os efeitos das falsas memórias na instrução processual penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo avaliar os aspectos da falibilidade da prova testemunhal e discutir a falsificação da lembrança no campo da ciência jurídica penal. Nesse contexto, o direito penal surge com a finalidade de proteger os bens mais caros da sociedade.

O processo penal é o instrumento para a garantia da correta aplicação das normas criadas pelo direito penal. Parece óbvio, mas não é dispensável comentar que, em verdade, o processo penal não se desenvolve sobre fatos acontecidos, mas sim sobre aquilo que foi dito sobre fatos acontecidos.



Paralelamente, pretende-se traçar um paradoxo entre a busca da aplicação de uma pena legítima e a eventual arbitrariedade existente no poder de punir do Estado.

No primeiro capítulo, a explanação se desenvolve abordando qual a importância da prova testemunhal no processo penal, que garantias ela mantém e quais ela viola, bem como o papel da testemunha e a relevância da prova testemunhal no processo penal, a conceituação da terminologia “falsas memórias” e as consequências de sua existência no Processo Penal.

No segundo capítulo, é abordada a forma como o Poder Judiciário tem enfrentado a possibilidade de contaminação da prova oral pela ocorrência de falta memória atualmente. Os atores judiciais devem estar atentos a essa situação diante da utilização massiva da frágil prova testemunhal.

Por fim, no terceiro capítulo, são analisados quais os mecanismos que podem ser adotados para mitigar os efeitos das falsas memórias na instrução processual penal e as consequências da contaminação processual pelas falsas memórias, assim como medidas de redução e compensação de danos, com o intuito de obter uma jurisdição de qualidade.

A metodologia aplicada no presente artigo procura se basear na pesquisa bibliográfica, através de livros especializados no tema, assim como em pesquisas de julgados, ainda que se trate de temática relativamente inovadora para as Cortes.

Verifica-se a importância desse artigo ao analisar que o processo penal, enquanto busca a relativa verdade dos fatos trazidos à apreciação Estatal, não pode esbarrar em provas sem solidez, capazes de deturpar o processo e, em última análise, absolver um culpado ou produzir um resultado ainda mais gravoso: condenar um inocente. A testemunha ou vítima de um delito se valem de suas recordações ao narrar o fato, advindo daí a necessidade dos profissionais do direito conhecerem o funcionamento da memória, que ao ser evocada, apresenta uma síntese aproximativa daquilo que foi percebido. Ademais, as recordações estão sujeitas a contaminações de várias ordens, como o tempo e o viés do entrevistador, fomentadores da falsificação da lembrança.

O objetivo deste artigo é gerar a discussão quanto ao tratamento dado à prova testemunhal, como hígida e inquestionável, considerando os pontos abordados ao longo da pesquisa, ou seja, demonstrar a relevância de se atestar a fragilidade deste meio probatório, considerando a falibilidade da memória e a possibilidade real e confirmada da formação de falsas memórias. Não se pode mais tolerar que sentenças sejam proferidas diariamente a partir – quase que exclusivamente – da prova testemunhal, desconhecendo os riscos de estarmos



diante de um caso de falsas memórias. O ideal seria o fomento de novas tecnologias na produção da prova, aliada à produção de uma prova testemunhal de qualidade.

1. APLICAÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NAS CONSEQUÊNCIAS DE SUA EXISTÊNCIA NO PROCESSO PENAL E O SEU OBJETIVO

O objetivo do processo penal é, antes de tudo, reconstruir fatos passados através da produção de provas e indícios que levem ao convencimento do magistrado. Nesse mesmo passo, o objetivo do processo, em si, é descrever algo já ocorrido e seu responsável. Perseguindo este objetivo, o juiz busca a verdade provável, uma vez que não lhe serve a verdade formal – como na esfera cível –, e que não é possível a obtenção da verdade real, também chamada verdade material, sendo certo que esta somente se poderia alcançar pelo processo inquisitivo. Sinteticamente pode-se dizer que no processo penal as partes formulam hipóteses, cabendo ao juiz acolher entre elas a mais provável.

“O juiz é o destinatário da prova. Para ele é feita a reconstrução do fato. Assim, a prova significa induzi-lo ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo [...]”¹.

A instrução tem seu auge na oitiva de partes e testemunhas, entretanto, a prova testemunhal não se consubstancia em prova autêntica direta. A prova oral só seria direta na hipótese de ser colhida no momento em que estivesse acontecendo o fato. Assim, o juiz somente dispõe de meios indiretos para alcançar a reconstituição dos fatos.

O sistema processual penal acusatório, diversamente do inquisitório, tem por princípio central o fato de que os gestores das provas são as partes, afastando do julgador a função de acusar e defender. Assim, deve o juiz ser imparcial em relação às provas apresentadas.

Além dessa característica básica, o sistema processual que rege a processualística penal brasileira caracteriza-se ainda pela publicidade, o absoluto emprego das garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, bem como demais princípios limitadores do poder punitivo do Estado. Nesse passo, é importante salientar entre os princípios e características do nosso sistema, que sejam evidenciados três tópicos de vital relevância: a presunção de não culpabilidade; a personificação do réu como sujeito de direitos

¹ GRSU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.51.



(e não mais objeto de investigação), e a não taxatividade e não valoração preestabelecida das provas.

A fim de que se observe o sistema acusatório e toda a principiologia penal na condução do processo, torna-se ainda mais importante guardar cautelas quanto ao que vem aos autos por meio dos depoimentos de testemunhas.

A função da testemunha é retroceder nos fatos, buscar resgatar na memória a lembrança de um fato passado e trazer ao conhecimento do julgador, relatando o que tenha visto ou ouvido para que ele possa desenhar as linhas sobre as quais supostamente se desenvolveram os fatos.

O Código de Processo Penal² em seu Título VII, Capítulo VI inseriu o artigo 213 que determina ao juiz que não permita que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

Aparentemente, neste artigo, a legislação considera que o depoimento da testemunha é uma prova objetiva e, mais ainda, desconsidera a subjetividade da testemunha ao captar o acontecimento, considerando-o também como ato de absoluta objetividade. Considera, assim, que a testemunha é capaz de ser isenta em suas declarações, desde que seja obediente ao comando do magistrado.

O que não se pode olvidar é que, cada ser humano carrega sua própria carga de experiências e reage de forma diversa a situações de trauma e estresse, ponderando-se que quem presta testemunho presenciou um ato criminoso, ou seja, não se trata de uma situação cotidiana.

Fica claro que aquela considerada a “prostituta das provas”, está constantemente sujeita a imprecisões que podem derivar tanto da faliabilidade humana quanto da conduta dolosa da testemunha que sempre pode distorcer a verdade dos fatos a fim de favorecer a uma das partes.

A terminologia “Falsas Lembranças” foi usada pela primeira vez em Paris, ao se observar um cidadão que passou a ter recordações de fatos nunca ocorridos, despertando o interesse de estudiosos como Theodule Ribot (1881), conforme citado por Schacter³.

Identificou-se a possibilidade de autossugestão ou sugestão coletiva⁴, demonstrada pelo pesquisador francês Goupe⁵, que mencionou o caso em que pessoas reconheceram o

² BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

³ SCHACTER, D. L. Os Sete Pecados da Memória: Como a mente esquece e lembra. Tradução. GUNN, S.A. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p.308.



cadáver de uma pessoa que estava viva, simplesmente por saberem que ela teria dito que iria se matar. As testemunhas do caso sugeriram umas às outras através das informações que trocaram sobre a suposta vítima.

Atualmente, a pesquisadora Elizabeth Loftus é uma das maiores autoridades sobre o assunto, tendo desenvolvido um estudo consistente na sugestão da falsa informação, isto é, a teoria segundo a qual uma informação nova interfere ou atrapalha a codificação e posterior recuperação de outra. Trata-se a inserção de uma informação não verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, passando assim a produzir a “falsa informação”⁴.

Segundo os estudos de Elizabeth⁵, realizados com mais de vinte mil pessoas, a exposição a informações não verdadeiras pode distorcer a imagem de um fato produzida na memória. Segundo ela, a informação equivocada pode se misturar nas lembranças da testemunha, por exemplo, em razão de alguma nova informação obtida através de conversas com outras pessoas ou mesmo de uma reportagem que mostra um evento que fora vivenciado.

A pesquisadora concluiu em laboratório que mesmo as testemunhas presenciais de um evento são sugestíveis e suas recordações não permanecem inalteradas, imunes aos fatos da vida; estão constantemente sendo reconstruídas ou, em outra hipótese, estão simplesmente sujeitas ao esquecimento.

Como se pode observar, os envolvidos no processo penal lidam incessantemente com as recordações das pessoas, buscando provas de um determinado delito.

No âmbito do processo penal a prova testemunhal deve ser muito mais robusta que no do processo civil, entretanto, em muitas ocasiões, apenas e tão-somente a prova testemunhal é utilizada para embasar, não só a acusação como também a condenação, diante da ausência de outros elementos de prova. Eis aí a cerne da importância de se ter ciência do fenômeno das falsas memórias, buscar identificá-lo e preparar-se para lidar com ele, considerando técnicas que atenuem sua problemática.

⁴ Conforme demonstra o procedimento utilizado por Elizabeth Loftus, o desenvolvimento das falsas lembranças depende de algum tipo de instigação, isto é, de informações não verdadeiras e de perguntas dirigidas, centrando-se mais na indução, devido à influência de fatores externos sem desconsiderar as falsas memórias espontâneas como um dos fatores exógenos de contaminação da prova.

⁵ GORPHE, François. *La Critique Du Témoignage*. Paris: Librairie Dalloz, 1927, p.22.

⁶ Segundo a teoria do paradigma construtivista, a memória é concebida como um sistema único que vai sendo construído a partir da interpretação que as pessoas fazem dos eventos. Assim, a memória resultante do processo de construção seria aquilo que as pessoas entendem sobre a experiência, seu significado e não a experiência propriamente dita.

⁷ LOFTUS, Elizabeth F. *Creating False Memories*, Scientific American Magazine, Washington (USA), v. 277, n.3, p. 70-75, 1997.



A discussão que se desenha trata necessariamente da fragilidade de se julgar alguém com base em critérios possivelmente insólitos, falíveis e que podem ser substancialmente corrompidos por diferentes circunstâncias, algumas das quais já discutidas em tópicos anteriores. Ainda que se considerem os princípios penais e constitucionais protetivos, por muitos considerados “garantistas”, como a presunção de inocência e *in dubio pro reo*, é expressivo o número de decisões condenatórias que se fundam exclusivamente na prova oral, consubstanciada na palavra da vítima ou de testemunhas.

A este respeito, Cristina di Gesu⁸ assim considera:

[...] é inegável que o processo penal valha-se das testemunhas como o mais fácil e mais comum meio de prova. Infelizmente, a prova pericial e demais meios – pelo menos no âmbito da Justiça Estadual – é muito pobre, considerando ser a investigação, muitas vezes, despida de recursos que lhe confeririam qualidade técnica.

Observa-se que, apesar de dar mostra de boa vontade e interesse de aludir somente aos fatos que acredita ter presenciado, e mesmo obedecendo ao sincero compromisso com a verdade, a testemunha pode afirmar ao Juiz fatos oriundos apenas de sua imaginação, produzidos pela dinâmica de sua memória.

A discussão que vem à tona quanto às falsas memórias está centrada tanto na produção da prova testemunhal quanto antes do processo de produção da prova no âmbito processual. Trata-se da ausência de critérios técnicos de qualquer tipo, podendo facilmente se identificar a indução ou sugestionamento. Tais processos – de indução e sugestionamento – podem ocorrer através da observação de questionamentos com viés acusatório ou também através da mídia, que, na maioria das vezes, busca fazer do crime um espetáculo.

2. PODER JUDICIÁRIO E A CONTAMINAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL: O ENFRENTAMENTO DESTES PODERES PAUTADO NAS FALSAS MEMÓRIAS NA ATUALIDADE

A reconstrução do crime é a reconstrução do passado e, para que o passado seja descortinado, faz-se necessária a coleta de elementos de prova. Este processo, na maioria das vezes, não ocorre como deveria, ficando os vestígios do crime sujeitos às intempéries do

⁸ GRSU, *op. cit.*, p. 104.



tempo. O mesmo ocorre com a memória, que será acessada pelas testemunhas para promover a retomada do fato passado.

A situação ideal de coleta da prova oral seria a análise do conjunto probatório despojado de riscos internos ou externos ao processo, entretanto ninguém está isolado das influências causadas pelo decorrer do tempo. Observa-se também, e de forma muito clara, que a percepção de um evento sofre constantemente efeitos de interpretações e de interferências ligadas à experiência pessoal da testemunha, especialmente quando o evento tem natureza traumática. Segundo Luis Felipe Pires de Souza⁹, durante um evento traumático, a testemunha provavelmente incorrerá em distorções da memória, como a amnésia dissociativa, tendendo a focar-se no seu nível de ativação emocional interna.

A autora Cristina Di Gesu¹⁰ apresenta como indicadores de contaminação da prova testemunhal na formação de falsas memórias “o próprio transcurso do tempo, o hábito e a rotina, a imprensa, o viés (normalmente acusatório) do entrevistador, bem como o próprio subjetivismo do magistrado”.

O tempo social e o tempo do direito caminham alheios e em velocidades diversas. Assim, o direito procura mecanismos que permitam dar ao tempo social respostas rápidas, que atendam à necessidade do tempo social. Tais mecanismos se exemplificam por institutos jurídicos como as prisões cautelares, a produção antecipada de provas, a absolvição sumária e o próprio direito à duração razoável do processo.

É evidente que o direito processual carece de uma dinâmica de que o direito material não dispõe. Nesta seara, é indagado se a demora na coleta da prova testemunhal interfere no grau de sua confiabilidade.

A emenda constitucional n. 45/2004 garantiu ao cidadão brasileiro a razoável duração do processo judicial. O Ministro Gilmar Mendes¹¹ assinala que: “A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana”.

O direito à razoável duração do processo pretende afastar dilações indevidas bem como respostas imediatas incapazes de respeitar a maturação da lide, atendendo às demais exigências do devido processo legal. Assim, o mesmo obedecerá a todas as garantias do

⁹ SOUZA, Felipe Pires de. *Prova Testemunhal*. Coimbra (Portugal): Almedina, 2013, p.23.

¹⁰ *Ibidem*, p. 167.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.404.



imputado, sendo indispensável a qualidade técnica da prova, que deve ser coletada com maior grau de confiabilidade possível.

O transcurso do tempo interfere na coleta ideal da prova oral, uma vez que é fundamental para o esquecimento, principalmente de detalhes, que esmaecem, sendo a memória incapaz de reter sua integridade. Assim, a coleta da prova em prazo exíguo certamente aumentará sua confiabilidade ou, no mínimo, diminuirá os riscos de falsificação de memórias.

A relação de conflito que se estabelece entre o tempo, a memória e o esquecimento praticamente afirma que, quanto antes se fizer a coleta da prova testemunhal, ou seja, quanto menor o lapso de tempo entre o fato delituoso e a produção oral de vítimas e testemunhas, menor a possibilidade de esquecimento ou mesmo de influências externas.

É notório que o ser humano é altamente sugestível por meio de experiências cotidianas dos mais variados gêneros. Neste passo, sobressai a importância do viés do entrevistador e seu potencial de influenciar aquilo que o depoente realmente sabe sobre o fato delituoso.

A entrevista consiste na busca, pelo entrevistador, de informações específicas acerca do fato determinado. Principalmente em crianças¹², a exatidão dos fatos pode ser facilmente maculada pelo modo insólito com que o questionamento se desenvolve, não sendo necessariamente fiéis à verdade dos fatos.

Cristina di Gesù¹³ afirma que:

[...] quando o entrevistador está convicto da ocorrência de determinado acontecimento, molda sua entrevista, a fim de obter respostas condizentes com suas convicções. São, portanto, desprezadas as respostas incompatíveis com a hipótese inicial ou estão, as respostas são reinterpretadas com o intuito de serem adaptadas a ela.

Segundo a autora, há neste procedimento um resquício inquisitorial, em que o entrevistador busca satisfazer sua hipótese, insistindo na finalidade de confirmar sua certeza prévia de acusação.

¹² O depoimento *sensu lato* consiste na oitiva judicial de crianças e adolescentes que foram supostamente vítimas de crimes contra a dignidade sexual por meio de um procedimento especial que consiste no seguinte: a criança ou o adolescente fica em uma sala reservada, sendo o depoimento colhido por um técnico (psicólogo ou assistente social), que faz as perguntas de forma indireta, por meio de uma conversa em tom mais informal e gradual, à medida que vai se estabelecendo uma relação de confiança entre ele e a vítima. O juiz, o Ministério Público, o réu e o Advogado/Defensor Público acompanham, em tempo real, o depoimento em outra sala por meio de um sistema audiovisual que está gravando a conversa do técnico com a vítima.

¹³ GRSU, *op. cit.*, p. 177.



Questiona-se se o agir tendencioso do entrevistador ocorre consciente ou inconscientemente. Independentemente disto, já se apurou por meio de pesquisas que o tom da entrevista acerca do fato influencia diretamente nas respostas. No caso das crianças, por exemplo, pesquisas demonstraram que as recordações são significativamente mais precisas quando concordam com a hipótese oferecida pelo entrevistador, fortalecendo a ideia de cooperação, e não necessariamente de realidade.

Puntua-se que o problema de indução abordado neste tópico está mais facilmente evidenciado na fase pré-processual. Neste momento, testemunhas e vítimas prestam esclarecimentos às autoridades policiais, bem como ao Ministério Público e, de uma forma geral, as entrevistas realizadas pelas citadas instituições são, via de regra, unilaterais, sem o permissivo da defesa, portanto, isentas de contraditório.

O entrevistador pode contaminar o depoimento da testemunha com diversos artifícios, independentemente de sua consciência, como por exemplo, insistir na repetição de determinadas perguntas, inserir um estereótipo ou um tom sentimental, ou mesmo se utilizar de perguntas fechadas e “pressão de pares” – quando assegura que outra pessoa relatou fato semelhante.

Em um melhor detalhamento, as referidas práticas ocorrem na consecução da coleta da prova através de questionamentos com perguntas “fechadas”, ou seja, aquelas que só permitem algumas possibilidades de resposta. Por exemplo: questionar se a roupa do agressor era da cor azul. Uma pergunta como esta poderia levar o depoente a duvidar de suas próprias lembranças.

Em experiências realizadas com pessoas adultas acerca de terem apertado uma determinada tecla do computador, após negarem e ouvirem outra pessoa dizendo que as viram apertar aquela tecla, o depoente muda seu depoimento. Ou seja, diante da convicção de um terceiro, a memória não é “forte” o suficiente para manter sua posição.

O acesso à informação oferecido pela mídia altera severamente as impressões dos fatos presenciados pela testemunha. Casos de grande repercussão, que alcançam jornais e telejornais, evidenciam a ausência de compromisso dos meios de comunicação com seu caráter informativo, destacando a carga sensacionalista e emotiva que imprimem ao suposto fato criminoso. O cenário desenhado pela mídia pode confundir a testemunha sobre aquilo que efetivamente presenciou no momento do crime, e aquilo que leu nos jornais ou assistiu nos noticiários.



O crime tornou-se algo lucrativo, de domínio geral, extrapolando o interesse original do Estado de manter a paz social e alcançando a esfera do entretenimento, na qual o crime é de domínio público, e será explorado da forma que melhor trouxer lucro.

A mídia, por sua vez, não está comprometida com a verdade dos fatos, do processo ou da imparcialidade, movendo a opinião pública e divulgando aquilo que gera manchetes e vende audiência. Assim, quanto maior o tempo e o contato da testemunha com o bombardeio midiático, maiores as chances de contaminação. A repercussão gerada pela mídia, qualquer que seja ela, poderá afetar gravemente a exatidão das recordações, assim também ocorre com os comentários entre familiares, vizinhos e amigos.

O conjunto que acontecimentos que se propagam no tempo, de influências criadas pelos ditos veículos de comunicação em massa para direcionar a opinião pública podem decisivamente modificar as memórias das testemunhas e alterar aquilo que ela acredita ter sido sua percepção da realidade.

Por tratar-se de assunto relativamente novo e muito controverso, o fenômeno das falsas memórias não encontra amparo como matéria de defesa no Poder Judiciário.

Em setembro do ano de 2015, a justiça brasileira decidiu rever o processo¹⁴ que condenou Israel de Oliveira Parbeco pelo estupro de uma mulher na cidade de Lagado, no Rio Grande do Sul. No caso concreto, a vítima, sua mãe e outras duas testemunhas reconheceram o acusado em sede policial. Entretanto, a mãe não manteve o reconhecimento durante a fase processual. Exames de DNA revelaram que o sangue encontrado na colcha da cama, que era a cena do crime, não pertenciam a Israel, mas a outro homem suspeito de outros crimes sexuais. Também não foram encontradas digitais de Israel. Ainda assim, a justiça entendeu valhar a prova oral em detrimento da prova técnica, e o réu vem cumprindo pena há sete anos. O caso alcançou a instância superior que determinou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fazer um novo julgamento.

Outro caso¹⁵ que ganhou a mídia foi o do dentista André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso que passou quase sete meses preso acusado de ter cometido sete estupros. Durante a investigação policial, uma vítima teria apresentado a placa do carro de André como sendo o

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Revisão Criminal: RVCR 70049748627 RS - Inteiro Teor. 2015. Relator: Desembargadora Genacéia da Silva Alberton. Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113187072/revisao-criminal-rvcr-70049748627-rs/inteiro-teor-113187084>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. 0029476-06.2013.8.19.0008. MPX André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso. 2014. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/66561388/tjj-iv-judicial-1a-instancia-interior-20-02-2014-pg-4>>. Acesso em: 20 mar. 2017.



caso do estupro e outras vítimas o teriam reconhecido na delegacia. O acusado somente foi inocentado porque o resultado dos exames de DNA dos resíduos biológicos retirados das vítimas e das cenas dos crimes provaram que ele não era o responsável pelos estupros.

Os casos não são isolados nem raros, tanto que nos Estados Unidos há uma ONG chamada de *Innocent Project*¹⁶ destinada a comprovar a inocência de pessoas condenadas injustamente. Segundo o site da instituição 333 (trezentas e trinta e três) pessoas foram inocentadas pelo exame de DNA. Entre esses, 20 (vinte) estavam no corredor da morte.

3. MECANISMOS ADOTADOS PARA MITIGAR OS EFEITOS DAS FALSAS MEMÓRIAS NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL

Considerada condição para o exercício da magistratura, a imparcialidade não é sinônimo de neutralidade. Na verdade, a dita neutralidade é um mito tendo em vista que é impossível cindir o homem de suas experiências, sentimentos, vivências pessoais e da sua própria impressão sobre as circunstâncias dos autos.

A sentença exarada pelo juiz exprime seu convencimento, ou seja, a declaração do que sente acerca do caso concreto levado ao seu conhecimento através da manipulação consciente, ou seja, a estratégia argumentativa de que se utilizam as partes para convencer o julgador.

A obrigatoriedade de atendimento dos requisitos da sentença e a necessidade constitucional de motivar a decisão judicial amenizam a discricionariedade do julgante, entretanto, é impossível dissociar as emoções e vivências do magistrado considerando que se trata de um ser humano e, como tal, jamais será capaz de decidir de forma neutra.

Assim, o próprio subjetivismo do julgador pode acabar por contaminar a prova testemunhal, sobressaindo sua postura ideológica no tempo da análise das provas.

A Constituição Federal¹⁷, notadamente no artigo 5º, inciso LVII institui garantia sólida ao cidadão brasileiro, primando pela preservação da liberdade em caso de dúvida quanto com cometimento de um crime.

Sabe-se que a presunção de inocência observa aspectos distintos como o momento da instrução processual, quando a presunção legal de não-culpabilidade admite a inversão do

¹⁶ NEUFELD, Peter. *Innocent Project*. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/cases/>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁷ ANGHIERI, Anne Joyce (Org.). *Voze Múscas Acadêmicas de Direito Penal*. 24.ed. São Paulo: Eideel, 2017, p.22.



ênus probatório e, em um segundo momento, quando há a avaliação da prova, que sempre será valorada em favor do réu quando pairar qualquer dúvida.

Considerando a demonstração de fragilidade da prova testemunhal, que tão facilmente pode ser contaminada pelos fatores antes expostos, fica claro que valorar tal prova como base de condenação é violar o princípio do *in dubio pro reo*.

O processo penal não pode ignorar a realidade exposta quase que de forma patológica da falsificação das lembranças, que pode ser observada nas duas fases do processo, ou seja, tanto na fase inquisitorial quanto na fase processual.

A importância do estudo das falsas memórias e a aplicação desses estudos no processo penal tem por objetivo analisar a possibilidade de constatação do fenômeno nos depoimentos de vítimas e testemunhas e evitar que pessoas inocentes sejam investigadas, presas, acusadas e condenadas com base em uma prova que não tem solidez, repleta de distorções que se dissociaram da realidade.

Torna-se necessária a preparação dos profissionais envolvidos com a coleta de depoimentos de vítimas e testemunhas, de forma multidisciplinar – não só profissionais do direito, mas também psicólogos e psiquiatras – a fim de minimizar as consequências danosas.

Almeja-se a produção de uma prova oral com mais qualidade técnica e que, dentro das reais possibilidades dos órgãos responsáveis pela instrução, as investigações e a produção da prova não fiquem adstritas à oitiva da vítima e/ou ao depoimento da testemunha, havendo a qualificação e avaliação de outras provas. O exame metuculoso da prova oral será capaz de evitar erros judiciais que resultam de falsos ou equivocados testemunhos.

O próprio processo penal oferece o contraditório como mecanismos de controle e regramento da produção da prova, entretanto, torna-se imprescindível que a intervenção verbal seja isenta, sem que o entrevistador busque obter a satisfação de sua hipótese.

Considerando que a esfera policial é necessariamente o primeiro contato do ofendido ou da testemunha com o entrevistador, o ideal seria que os profissionais destinados a esta competência estivessem treinados para obter declarações de forma neutra, despidos de induções ou sugestionamentos, objetivando que mesmo a investigação preliminar cumpria sua função de ilidir acusações sem sólido fundamento.

Sendo a prova testemunhal um fator de humanização, indispensável ao regular desenvolvimento do processo penal, é possível melhorar a qualidade da prova oral, reduzindo danos.



A colheita da prova em tempo razoável amenizaria os efeitos da dilação temporal, que provocam o natural esquecimento e permitem a contaminação das memórias por influência da mídia ou mesmo de outras pessoas e opiniões do convívio social.

Por outro lado, as técnicas de interrogatório poderiam ser direcionadas à obtenção de informações quantitativa e qualitativamente superiores àquelas atualmente obtidas, se os entrevistadores fossem tecnicamente preparados para não produzirem informações sugestionadas.

Outra técnica facilmente implementável seria a gravação das entrevistas na fase pré-processual, permitindo o acesso do Juiz aos registros da entrevista e dando ao julgador a chance de observar a quais estímulos a testemunha foi submetida, a fim de apurar indícios de contaminação.

A implementação deste mecanismo tem previsão legal nos termos do artigo 405 do Código de Processo Penal¹⁸, com o fito de obter a fidelidade das informações, dispõe que o registro eletrônico permite a avaliação das técnicas empregadas e as possíveis distorções dos relatos.

Ainda no sentido de melhorar a qualidade das entrevistas, o entrevistador deveria ser treinado para não explorar exclusivamente a versão de acusação, evitando buscar indício de materialidade e autoria do delito. Tal procedimento já evitaria a indução e permitiria o questionamento do depoente sobre a versão efetivamente sólida de seu relato.

CONCLUSÃO

Como se observou ao longo deste estudo, o processo mnemônico, ou seja, de produção da memória, passa por três etapas: aquisição, retenção e recordação. Tal processo não pode ser equiparado a uma produção fidedigna – como, por exemplo, uma fotografia – dos fatos.

Partindo desta premissa inicial, observou-se que cabe aos profissionais ligados à instrução processual o preparo adequado para lidar com a possível contaminação das lembranças das testemunhas bem como o desenvolvimento e aplicação de técnicas que minimizem seus efeitos.

¹⁸ ANGHIERI, Anne Inoyce (Org.). *Faculdade Max Planck Acadêmica de Direito Evidencial*. 24.ed. São Paulo: Rideel, 2017, p.434.



Pesquisadores entre outros estudiosos procuraram desenvolver propostas para mitigar as consequências críticas das falsas memórias no processo penal, um desses procedimentos seria uma coleta de depoimento sem dano, em um procedimento que não permitisse grande dilação de tempo, inclusive com a utilização de aparato tecnológico – como a vídeo conferência, por exemplo – a fim de permitir a “presença” (ainda que virtual) em tempo real, do defensor do investigado, e assim alcançar objetivos legais mínimos de contraditório e ampla defesa.

Identificou-se a falha na coleta de depoimentos na medida em que costumeiramente a autoridade que procede à inquirição induz a testemunha a responder às “lacunas” da narrativa, estimulando o processo criativo já possivelmente estimulado pelo contato com outras testemunhas, vítimas, com notícias veiculadas na mídia. Assim também se produzem memórias a partir de perguntas fechadas, que visam a respostas curtas e diretas, já envolvidas no meio criado por aquele que interroga.

Dentro deste contexto, conclui-se que a produção de falsas memórias no processo penal, da forma como se desenvolve atualmente, não descartada a fase inquisitorial, pode ser considerada como uma patologia, tão grave que é capaz de macular totalmente a confiabilidade da prova produzida e a credibilidade do processo penal.

Tanto os profissionais ligados ao direito, como juizes, advogados, promotores, autoridades policiais, como também profissionais de outras áreas de estudo humano, como psicólogos e psiquiatras, devem trabalhar para evitar problemas dessa ordem e, conseqüentemente, afastar os nefastos resultados deles decorrentes.

Finalmente se observa que o processo penal civilizado deve se desenvolver segundo normas que o legislador estipulou como as mais aptas a produzirem um resultado isento de erros. Para tanto, estas normas devem ser rigorosamente seguidas e respeitadas, buscando-se aliar circunstâncias da realidade jurídica e conjugando estudos de forma multidisciplinar tendo em vista que, aquilo que pode realmente desacreditar a Justiça Penal, não é a absolvição do culpado, mas a condenação do inocente.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rídalel*. 24.ed. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Revisão Criminal: RVCR 70049748627 RS – Inteiro Teor. 2015. Relator: Desembargadora Genacéia da Silva Alberton.



Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113187072/revista-criminal-rvcr-70049748627-rs/inteiro-teor-113187084>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. 0029476-06.2013.8.19.0008. MPX André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso. 2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/66561388/dj-rj-iv-judicial-1a-instancia-interior-20-02-2014-pg-4>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 mar 2016.

GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GOMES, Rodrigo Rougllas Elni. *Aspectos gerais sobre a implantação de falsas memórias*. REVISTA DA ESMAPE, v. 17, n. 36, jul/dez. 2012.

GORPHE, François. *La Critique Des Témoignage*. Paris: Librairie Dalloz, 1927.

GULOTTA, Guglielmo. *Verità e realtà processuali*. In: FORZA, Antonio (org.). *Il processo invisibile: le dinamiche psicologiche nel processo penale*. Venezia: Marsilio, 1997.

NEUFELD, Peter. *Innocent Project*. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/cases/>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

LOFTUS, Elizabeth F. *Creating False Memories*. Scientific American Magazine, Washington (USA), v. 277, n.3, 1997.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual e sua Conformidade Constitucional*, V.1. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso das Direitas Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Falsas Memórias*. In: *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHACTER, D. L. *Os Sete Pecados da Memória: Como a mente esquece e lembra*. Tradução GUNN, Sueli Ancões. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

SOUZA, Felipe Pires de. *Prova Testemunhal*. Coimbra (Portugal): Almedina, 2013.

LEI GERAL DA COPA E ESTADO DE EXCEÇÃO: A VENDA DE MEIA-ENTRADA E DE BEBIDAS ALCOÓLICAS NA COPA DO MUNDO DE 2014

Pedro Henrique Lamy Basílio

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – a recepção da Copa do Mundo de 2014 pelo Brasil trouxe inúmeros aspectos positivos para o país, mas também demonstrou o quão relativa pode ser a sua soberania. Isso porque o próprio poder de autodeterminação plena do Estado pode servir de fator justificante para que modificações no ordenamento jurídico ocorram permeadas por interesses alheios à vontade da população. A edição da Lei Geral da Copa, com a conseqüente restrição da venda de meia-entrada para estudantes e a liberação de bebidas alcoólicas nas arenas esportivas são exemplos das polêmicas que repercutiram diretamente na sociedade brasileira. A essência desse trabalho é demonstrar a vulnerabilidade do ordenamento jurídico nacional diante dos mais variados fatores externos impostos para a realização de um evento de cunho privado.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Lei Geral da Copa. Soberania. Estado de Exceção. Meia-entrada. Bebidas Alcoólicas.

Sumário – Introdução. 1. A Relativização da Soberania Brasileira com a Edição da Lei Geral da Copa: uma reflexão sobre a vulnerabilidade jurídica constitucional face aos interesses econômicos privados. 2. Os Subterfúgios Legislativos para a Restrita Venda de Meia-Entrada na Copa do Mundo de 2014. 3. O Retrocesso Social e Jurídico da Liberação do Consumo de Bebidas Alcoólicas nos Estádios para a Copa do Mundo de 2014. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a temática acerca da relativização da soberania brasileira frente às adequações necessárias no ordenamento jurídico do país para a recepção da Copa do Mundo de 2014. O objetivo do presente estudo é discutir as questões atinentes à venda de meia-entrada e de bebidas alcoólicas neste megaevento do futebol ocorrido no Brasil, que repercutiu diretamente – e ainda apresenta reflexos – na sociedade.

Nos últimos anos, o Brasil atravessou um fenômeno não antes experimentado pelo país com a realização dos chamados megaeventos. Desde os Jogos Pan-Americanos de 2007, realizados na cidade do Rio de Janeiro, já aqui ocorreram os Jogos Mundiais Militares, no ano de 2011, a Copa das Confederações FIFA 2013, a Copa do Mundo FIFA 2014, além dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016.

No entanto, para candidatar-se à recepção desses eventos, o governo brasileiro teve de comprometer-se a cumprir diversas garantias exigidas pelos respectivos comitês

organizadores, o que levantou questionamentos acerca da submissão do país às entidades esportivas, em nome da realização de eventos privados. O marco factual em que se baseará esta pesquisa reside na edição da Lei n. 12.663/2012, denominada ‘Lei Geral da Copa’, a qual adequou a legislação brasileira para a recepção da Copa do Mundo FIFA 2014.

Com a edição da Lei Geral da Copa, inúmeras foram as controvérsias surgidas quanto a sua aplicabilidade, visto que muitos de seus dispositivos contrariavam o disposto em legislações específicas consolidadas no arcabouço jurídico brasileiro. Em razão disso, verdadeiras celeumas eclodiram entre os operadores do direito e a sociedade em si, questionando a submissão do Brasil à FIFA, entidade máxima do futebol.

Neste contexto, busca-se discutir a disposição do ordenamento jurídico frente às exigências impostas para a realização de eventos privados. O primeiro capítulo do trabalho inicia-se com a reflexão acerca da relativização da soberania do Brasil para honrar os compromissos assumidos na arena internacional, analisando-se a eventual configuração de um movimento de exceção.

O segundo capítulo destina-se a apresentar a política da venda de meia-entrada para as partidas da Copa do Mundo de 2014, apontando as suas incompatibilidades com a legislação brasileira então em vigor. Por fim, no terceiro capítulo pretende-se realizar a análise sobre o retrocesso social e jurídico ocorrido no país com a liberação da venda e do consumo de bebidas alcoólicas nos estádios da Copa do Mundo de 2014.

Nesta perspectiva, o estudo pauta-se em demonstrar os reflexos na sociedade das referidas mudanças legislativas realizadas para a recepção da Copa do Mundo de 2014, bem como sua repercussão nos dias atuais. Para tanto, a pesquisa é desenvolvida pela metodologia qualitativa, de natureza descritiva e parcialmente exploratória, utilizando-se o pesquisador de acervo doutrinário, legal e jurisprudencial, pertinente à temática em foco, para expor o seu objeto, disenti-lo e embasar a sua tese.



1. A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA BRASILEIRA COM A EDIÇÃO DA LEI GERAL DA COPA: UMA REFLEXÃO SOBRE A VULNERABILIDADE JURÍDICA CONSTITUCIONAL FACE AOS INTERESSES ECONÔMICOS PRIVADOS

A Lei n. 12.663/2012¹, denominada 'Lei Geral da Copa', foi editada no contexto de adequar o sistema legal brasileiro às exigências para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014, materializando o contrato de organização do evento no plano interno de nosso país. No entanto, muito embora tenha sido uma medida necessária para a recepção da Copa do Mundo, diversas foram as vozes contrárias à edição da referida lei, por entender estar ela na contramão de preceitos constitucionais, como a própria soberania brasileira.

Soberania, nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco², consiste no "poder de autodeterminação plena, não condicionado a nenhum outro poder, externo ou interno". Assim, como foi editada com a função particular de atender às peculiaridades jurídicas que permeiam a organização de um evento privado, a Lei Geral da Copa aparentou ser um reflexo de submissão do governo brasileiro às imposições da FIFA, o que acabaria por ferir o fundamento da soberania da República Federativa do Brasil.

O promotor de justiça Maurício Antônio Ribeiro Lopes³, à época componente do Plano Integrado de Atuação do Futebol do Ministério Público de São Paulo, afirmou - antes de sua edição - que a Lei Geral da Copa instituiria um verdadeiro estado de exceção no Brasil, diante das diversas garantias constitucionais que deixariam de ter vigência. Segundo ele, na medida em que o governo brasileiro estaria revogando temporariamente inúmeros direitos dos cidadãos, o Brasil deixaria de ser uma república federativa para transformar-se em um estado-membro da FIFA.

Na mesma toada foi o professor de Filosofia do Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Andityas Soares de Moura Costa Matos⁴, ao relatar que, ao trazer a Copa do Mundo para o país, o Brasil adotou várias medidas vulneráveis ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, afirmou o professor ter havido a constituição de um movimento de

¹ BRASIL. Lei n. 12.663, de 05 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12663.html>. Acesso em: 13 dez. 2016.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 856.

³ PROMOTOR acusa governo de ceder soberania à FIFA. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/promotor-acusa-governo-de-ceder-soberania-a-fifa/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁴ COPA muda ordenamento jurídico e faz movimento de exceção, afirma professor da Faculdade de Direito. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/online/arquivos/03248.shtml>>. Acesso em: 20 out. 2016.



exceção, perante a suspensão da legalidade – ainda que temporária - em prol de interesses econômicos.

Em virtude do estado de exceção econômico ocasionado pela recepção dos megaeventos no Brasil, o Estado Democrático de Direito brasileiro foi inteiramente desmontado, sob a justificativa do interesse público, de acordo com o professor Andiytas. De maneira irônica, relatou o professor que o mais espetacular foi o fato de a exceção impor-se no melhor estilo “cavalo de Tróia”, conquistando corações e mentes ao apelar para um pseudo-orgulho de uma nação sem identidade, ávida pelo espetáculo da bola⁵.

De maneira inversa, porém, o professor e membro do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD) Álvaro Melo Filho⁶ detona a “perversa folia verbal da mídia brasileira à Lei Geral da Copa”. De acordo com o catedrático da Universidade Federal do Ceará, o fato de o governo brasileiro atender às exigências prestadas à FIFA configura não a quebra da soberania nacional, mas o exercício do poder soberano em honrar os compromissos por ele assumidos.

Ademais, acrescenta que o Brasil candidatou-se voluntariamente para ser o organizador deste evento internacional, aderindo às condicionantes fixadas para todo e qualquer país que quisesse receber o torneio, havendo semelhantes ditames nas sedes das Copas do Mundo anteriores. Por fim, reitera não haver qualquer ingerência na soberania nacional, visto ser a Lei Geral da Copa fruto da vontade livre e independente dos membros do Congresso Nacional⁷.

No mesmo sentido foi a opinião de Alice Maria Gonzalez Borges⁸, procuradora aposentada do Estado da Bahia e Membro da Comissão Permanente de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros, em parecer a respeito do tema. Segundo ela, a Lei Geral da Copa não suspende a eficácia de leis vigentes, mas efetuou uma compatibilização necessária das regras estatutárias da FIFA e certas disposições legislativas nacionais, que tiveram flexibilizada sua aplicação durante o período necessário à realização dos eventos.

Embora sejam intermináveis as discussões acerca da relativização da soberania brasileira com a edição da Lei Geral da Copa, fato é que ela contemplou certos dispositivos

⁵ MATOS, Andiytas Soares de Moura Costa. A Copa da exceção no tribunal da Tercia Para do Direito. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 8, p. 49-75, jul. 2014.

⁶ MELO FILHO, Álvaro. Prefácio. In: CAMARGOS, Wladimir Vinícius de Moraes; SANTYERRO, Luiz Felipe Guimarães. *Lei Geral da Copa Confederada: Lei 12.653/2012 e normas complementares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 10.

⁷ *Ibid.*, p. 10-11.

⁸ BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Lei Geral da Copa do Mundo 2014: Parecer*. Disponível em: <<http://www.internacional.org.br/mais/sessao-plenaria/pareceres-iba/pareceres-2012/230-2011>>. Acesso em: 20 out. 2016.



que tratavam de algumas matérias já regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro de forma diferente. Isso denota que, quando há interesse, mudanças legislativas - e, conseqüentemente, sociais e jurídicas - surgem com base no próprio poder de autodeterminação plena do Estado, ainda que mais adversos os cenários para tanto.

2. OS SUBTERFÚGIOS LEGISLATIVOS PARA A RESTRITA VENDA DE MEIA-ENTRADA NA COPA DO MUNDO DE 2014

A política da venda de meia-entrada para estudantes nas partidas da Copa do Mundo de 2014 foi um tema que suscitou bastante polêmica quando do advento da Lei n. 12.663/2012, a Lei Geral da Copa. Com efeito, até o final do ano de 2013 não existia uma lei federal geral tratando sobre o assunto, com a única menção ao benefício, no âmbito da União, constando da Medida Provisória n. 2.208, de 17 de agosto de 2001, que, na verdade, apenas dispunha sobre a forma de identificação dos beneficiários dos descontos previstos em outras legislações⁹.

Nesse contexto, na medida em que não existia lei federal disposta sobre a regulação da meia-entrada para estudantes, Estados e Municípios passaram a legislar sobre o assunto, alegando o primeiro tratar-se de matéria de competência legislativa concorrente - na forma do art. 24 da CRFB/88 - e o segundo ser questão atinente ao interesse local - consoante o art. 30, I, também da CRFB/88. Com isso, diversas foram as leis editadas disposta sobre o tema, destacando-se a Lei n. 7.844/92 do Estado de São Paulo¹⁰, pioneira na temática, e a Lei n. 3.364/00 do Estado do Rio de Janeiro¹¹.

A lei paulista, inclusive, foi alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 1.950-3/SP -, proposta pela Confederação Nacional do Comércio perante o Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2005. Com base no federalismo brasileiro, a Corte Suprema decidiu, por maioria dos votos, julgar improcedente a ação, declarando a

⁹ BRASIL. Medida Provisória n. 2.208, de 17 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/legis/antigas_2001/2208.htm>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁰ SÃO PAULO. Lei n. 7.844, de 13 de maio de 1992. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1992/lei-7844-13.05.1992.html>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹¹ RIO DE JANEIRO. Lei n. 3.364, de 07 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://alerj.tal.alerj.rj.gov.br/contleis/ref/69d90307244602bb032567e8200668818/c/1434e5a49cae45a03256863005b18a6?OpenDocument>>. Acesso em: 13 dez. 2016.



constitucionalidade da Lei n. 7.844/92 do Estado de São Paulo e fixando um direcionamento sobre a matéria¹².

Nos termos do voto do relator, o então Ministro Eros Grau¹³, a temática acerca do pagamento de meia-entrada para estudantes aborda a seara do direito econômico, cuja legislação é de competência concorrente da União e dos Estados, conforme disposto no artigo 24, I, da CRFB/88. Ademais, destacou o ministro que os Municípios também teriam competência para tanto, uma vez que são autorizados a legislar sobre assuntos de interesse local, aí abrangidos os atinentes a sua economia, segundo o artigo 30, I, da CRFB/88.

De fato, a Constituição da República enumera matérias submetidas à competência concorrente, traduzida, nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁴, em um verdadeiro “condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-membros”. Na inexistência de diploma federal, porém, pode o Estado legislar amplamente, até a edição superveniente da norma geral faltante, quando a eficácia da lei estadual ficará suspensa naquilo que contrariar o alvitre federal.

Nesta toada, diante da inexistência de lei federal regulando a concessão de meia-entrada para estudantes, possuíam os Estado competência plena para legislar sobre a matéria, na firma do artigo 24, par. 3º, da CRFB/88. Assim, embora não de maneira unânime, o STF decidiu pela constitucionalidade da lei do Estado de São Paulo referente à meia-entrada para estudantes, configurando um importante precedente judicial a respeito da questão e fixando uma base jurídica para direcionamento do assunto.

No entanto, não obstante a existência de leis estaduais e municipais no ordenamento jurídico brasileiro disciplinando especificamente o tema, a Lei Geral da Copa tentou estabelecer uma restrição do benefício da meia-entrada para estudantes nas partidas para a Copa do Mundo de 2014. No bojo de seu texto, precisamente em seu artigo 26, fixou a lei que a venda de ingressos com valor reduzido pela metade para os estudantes restringir-se-ia aos bilhetes da categoria popular, denominada de ‘categoria 4’¹⁵.

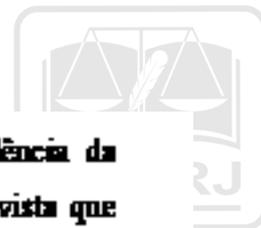
A intenção do legislador era a de excluir temporariamente a aplicação das leis estaduais e municipais tocantes à meia-entrada para estudantes na Copa do Mundo de 2014, de maneira a não deixar qualquer resquício de dúvida sobre a questão. Todavia, o dispositivo

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.950-3/SP. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://mediu.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ MENDES, *op. cit.*, p. 844.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 12.663, de 05 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm>. Acesso em: 13 dez. 2016.



que suspendia de maneira expressa as legislações locais foi vetado pela Presidência da República, sob a justificativa de possível violação ao pacto federativo, tendo em vista que uma lei federal estaria suspendendo gratuidades e descontos previstos em normas de Estados e Municípios¹⁶.

Com o veto proferido pela Presidência da República, as controvérsias quanto à aplicabilidade do artigo 26, da Lei Geral da Copa, começaram a aflorar. Isso porque não poderia uma lei federal, cujo intuito era o de regular as medidas para a recepção da Copa do Mundo da FIFA pelo Brasil, restringir um benefício consagrado em legislações estaduais e municipais que dispunham de maneira específica sobre o tema. Nesse sentido, o desconto de 50% no valor dos ingressos para os estudantes deveria ser estendido para todas as categorias de bilhetes disponíveis, e não restringir-se aos de categoria popular.

Diante da discussão surgida e da insatisfação da FIFA, o Congresso Nacional - coincidentemente ou não - editou, no final do ano de 2013, com posterior sanção presidencial, a Lei 12.933/13¹⁷, estabelecendo normas gerais acerca da venda de meia-entrada para estudantes e outras categorias. Nela, constou expressamente que as normas ali trazidas não se aplicariam aos eventos relacionados à Copa do Mundo de 2014.

Assim, a União pôde valer-se do argumento de estar fixando normas gerais sobre a matéria atinente à concessão de meia-entrada para estudantes, de maneira a suspender a eficácia das leis estaduais e municipais então vigentes, ainda que temporariamente durante a Copa do Mundo de 2014. Além disso, para sepultar qualquer incerteza em relação à temática, alguns dos próprios entes que possuíam leis específicas tratando da concessão do benefício optaram por editar uma nova lei suspendendo-o no período da Copa do Mundo de 2014, caso da Lei 15.456/14 do Estado de São Paulo¹⁸ e da Lei 6.363/12 do Estado do Rio de Janeiro¹⁹.

No fim, prevaleceu a disposição constante na Lei Geral da Copa, com os estudantes apenas conseguindo adquirir ingressos da categoria popular com os respectivos descontos. Os idosos, por sua vez, não foram abrangidos por essa restrição, conseguindo adquirir ingressos com valor reduzido pela metade em qualquer categoria de bilhetes, na medida em que o

¹⁶ BRASIL. Mensagem n. 243, de 05 de junho de 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Msg/VEP-243.htm>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 12.933, de 26 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112933.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

¹⁸ SÃO PAULO. Lei n. 15.456, de 09 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15456-09.06.2014.html>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

¹⁹ RIO DE JANEIRO. Lei n. 6.363, de 19 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://leisjbr1.alexj.rj.gov.br/CONTEUDO/LEI/958916/amb49cac80325846e0065ab4/1ces77944ccas9983257a1a0067deas?OpenDocument>>. Acesso em: 14 dez. 2016.



Estatuto do Idoso, norma de caráter federal, garantia-lhes o benefício da meia-entrada em eventos esportivos²⁰.

Nesse contexto, percebe-se que saídas foram encontradas pelo governo brasileiro para cumprir com as garantias prestadas à FIFA, no intuito de evitar um conflito com a entidade e realizar um evento da magnitude da Copa do Mundo. Contudo, não há como negar a interferência mercadológica externa que permeou os meios utilizados para tanto, suprimindo normas vigentes em nosso ordenamento jurídico em prol da realização de um evento de cunho privado.

3. O RETROCESSO SOCIAL E JURÍDICO DA LIBERAÇÃO DO CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS NOS ESTÁDIOS PARA A COPA DO MUNDO DE 2014

A liberação da venda de bebidas alcoólicas nos estádios brasileiros durante as partidas da Copa do Mundo de 2014 foi outro ponto de grande polêmica, senão o de maior, na edição da Lei Geral da Copa. Com efeito, a Copa do Mundo da FIFA é patrocinada pela Budweiser, marca mundial de cerveja, sendo óbvio o interesse dos administradores da sociedade empresária que a gerencia na divulgação e na venda do produto nas partidas da Copa do Mundo de 2014 no Brasil.

O governo brasileiro, então, almejando receber a Copa do Mundo no país, comprometeu-se a não impor quaisquer restrições à exploração comercial dos produtos, incluindo bebidas, dos parceiros comerciais da FIFA no período das competições²¹. Entretanto, a venda de bebidas alcoólicas no interior das arenas esportivas brasileiras encontrava barreiras na legislação do país, o que acabou por ocasionar grandes controvérsias.

A problemática iniciou-se em virtude das diversas interpretações conferidas ao artigo 13-A, II, do Estatuto do Torcedor²², que prevê ser proibido o acesso e a permanência de torcedores em recintos esportivos portando bebidas suscetíveis de gerar ou possibilitar a prática de atos de violência. A redação ampla do dispositivo levantou debates quanto ao fato dele referir-se, ou não, às bebidas alcoólicas.

²⁰ BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

²¹ GARANTIAS Governamentais para a Copa do Mundo de 2014. Disponível em: <<http://apublica.org/wp-content/uploads/2012/05/FIFA-1-Estado-Brasileiro-Garantias-Governamentais.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

²² BRASIL. Lei n. 10.671, de 15 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.671.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.



O Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros²³, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.112, proposta contra a Lei 12.959/14 do Estado da Bahia – que regulamentava a venda de álcool em eventos esportivos no Estado –, foi firme ao dizer que o dispositivo do Estatuto do Torcedor refere-se, sim, às bebidas alcoólicas. De acordo com o Procurador, a palavra “bebidas” não foi incluída no texto legal para criar regra inócua, de maneira que o termo não poderia referir-se a líquidos como água e refrigerantes, uma vez que estes não guardam relação com episódios de violência entre as torcidas²⁴.

Por outro lado, os professores Wladimir Vinycius Camargos e Luiz Felipe Santoro²⁵ asseveram que o Estatuto do Torcedor não menciona, em qualquer de suas passagens, a vedação a bebidas alcoólicas em recintos esportivos. Asseveram que o comando trazido pelo texto legal trata-se de uma norma “em branco”, ou seja, que só adquire conteúdo jurídico se apoiada em outra regra válida. Assim, depende o aplicador da lei de definições constantes de outros diplomas normativos sobre o que seriam bebidas capazes de gerar a prática de atos de violência para proibi-las²⁶.

Em uma linha similar de raciocínio está o criminalista Luiz Flávio Gomes²⁷, para quem também a lei não proíbe a venda de bebidas alcoólicas nos locais em que se realizarem eventos esportivos. Segundo ele, o intuito da legislação foi o de proibir o acesso e a permanência no recinto esportivo do torcedor que porte bebida suscetível de acarretar um perigo de dano, isto é, geradora em potencial de atos de violência, como, por exemplo, uma lata ou garrafa de vidro contendo bebida, pouco importando se alcoólica ou não.

Diante das controversas interpretações conferidas ao dispositivo do Estatuto do Torcedor, o legislador – mais uma vez visando evitar conflitos com a FIFA – optou por suspender a aplicação desse artigo durante o período da Copa do Mundo de 2014²⁸. No entanto, assim como ocorreu nas questões referentes ao pagamento de meia-entrada para estudantes, a restrição ao comércio e ao consumo de bebidas alcoólicas nos estádios de futebol também era prevista em leis estaduais e municipais.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5.112/BA [Petição Inicial]. Relator atual: Ministro Roberto Falcão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=5699542&tipo=TP&descricao=ADI%2F5112>>. Acesso em 14 dez. 2016.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ CAMARGOS, Wladimir Vinycius de Moraes; SANTORO, Luiz Felipe Guimarães. *Lei Geral da Copa Convestida: Lei 12.663/2012 e normas complementares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 115-117.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ GOMES *apud* CAMARGOS, Wladimir Vinycius de Moraes; SANTORO, Luiz Felipe Guimarães. *Lei Geral da Copa Convestida: Lei 12.663/2012 e normas complementares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 117.

²⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 15.



Desta maneira, coube aos Estados a decisão de adaptar as suas respectivas legislações no intuito de receber as partidas da Copa do Mundo em seus territórios. Nessa toada, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei n. 6.363/12, afastando as normas estaduais que restringiam o consumo de bebidas alcoólicas nos locais oficiais de competição²⁹, e o Estado de São Paulo editou a Lei n. 15.456/14, excluindo a legislação estadual que proibia o comércio e a utilização de bebidas alcoólicas no interior das arenas esportivas no período da Copa do Mundo³⁰.

No mesmo caminho foram todos os demais Estados brasileiros que receberam partidas da Copa do Mundo em seus estádios. O Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, editou a Lei n. 14.194/12, permitindo em caráter excepcional e temporário a comercialização de bebidas alcoólicas no estádio Beira-Rio, que recebeu as partidas da competição, durante as datas de jogos da Copa do Mundo³¹. O Estado de Minas Gerais, por sua vez, editou a Lei n. 20.711/13, afastando as normas, ajustes ou quaisquer outros instrumentos jurídicos estaduais que restringissem o consumo de álcool no interior dos locais de competição³².

A suspensão das medidas restritivas do consumo de bebidas alcoólicas nas arenas esportivas do Brasil foi vista com perplexidade pelo Ministério Público dos Estados e da União. Isso porque, conforme dados da Comissão de Prevenção e Combate à Violência nos Estádios de Futebol, do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, a restrição à venda e ao consumo de bebidas alcoólicas havia ocasionado uma significativa redução da violência no interior dos estádios do país, resultando no retorno das famílias e no maior comparecimento de torcedores³³.

Nesta perspectiva, o atuar do Congresso Nacional e das Assembleias Legislativas no sentido de liberar a venda de bebidas alcoólicas apenas durante o período da Copa do Mundo de 2014, além de aniquilar conquistas e resultados até então alcançados, revelou uma postura discriminatória em desfavor do torcedor brasileiro³⁴. Novamente, as imposições feitas pela

²⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 19.

³⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 18.

³¹ RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 14.194, de 31 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/MD10/MD100099.ASP?Hid_Tipo=TRXTO&Hid_TudoasNormas=58912&Hid_Texto=&Hid_IDNormas=58912>. Acesso em: 15 dez. 2016.

³² MINAS GERAIS. Lei n. 20.711, de 11 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consultas/legislacao/completa/completa.html?tipo=LHE&num=20711&comp=&num=2013&ab=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 15 dez. 2016.

³³ COMISSÃO Permanente de Adoção de Medidas de Prevenção e Combate à Violência nos Estádios de Futebol – CNPG. Disponível em: <http://www.cnpg.org.br/images/arquivos/grupo_estadios/outa_bebida_alcoolica.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

³⁴ *Ibid.*

FIFA prevaleceram perante o arcabouço jurídico vigente no Brasil, priorizando-se a visão econômica em detrimento da segurança.

Ultrapassada a Copa do Mundo, o dispositivo do Estatuto do Torcedor e as leis estaduais e municipais reguladoras do tema voltaram a vigurar. Contudo, aproveitando-se da brecha oportunizada pela Lei Geral da Copa e valendo-se de estratégias mercadológicas justificadas com base no entusiasmo momentâneo dos torcedores, alguns dos Estados brasileiros passaram a permitir a venda e o consumo de bebidas alcoólicas em suas arenas esportivas, caso do Estado do Rio de Janeiro, que editou a Lei n. 7.083/15³³, e do Estado de Minas Gerais, que editou a Lei n. 21.737/15³⁴.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 1375/2015³⁵, de autoria do deputado Antônio Goulart, com o intuito de regular a venda e consumo de bebidas alcoólicas, especialmente a cerveja, nos estádios e arenas desportivas brasileiras, na tentativa de uniformizar a matéria no país. Enfim, percebe-se que as conquistas alcançadas com a restrição do álcool em eventos esportivos foram definitivamente ignoradas em favor de interesses econômicos, restando apenas a espera da aferição do tamanho do retrocesso social ocasionado em decorrência do episódio.

CONCLUSÃO

A recepção de um evento da magnitude da Copa do Mundo implica em diversas consequências, positivas e negativas, para o país-sede. Na medida em que envolve questões atinentes à segurança, infra-estrutura, comércio, turismo e, até mesmo, soberania, imprescindível faz-se a participação direta do Estado para que a realização do torneio aconteça nos padrões esperados.

As garantias governamentais assumidas pelo Brasil, como também pelos países que sediaram as competições da FIFA anteriormente, demonstram o desejo que existe em um Estado em receber a Copa do Mundo em seu território, pouco importando as eventuais

³³ RIO DE JANEIRO. Lei n. 7.083, de 16 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://alerj.la.alerj.rj.gov.br/CONTELDIUSF/cba0900025f5ef8032564ec0060dfff/dcr5ea3b7655be8283257ee4005c07b0?OpenDocument>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

³⁴ MINAS GERAIS. Lei n. 21.737, de 05 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/cms/legislacao/completa/completa.html?tipo=L.EI&num=21737&comp=&num=2015>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

³⁵ BRASIL. Projeto de Lei n. 1375, de 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codtext=1372807&filename=PL+1375/2015>. Acesso em: 16 dez. 2016.



barreiras existentes para tanto. A ânsia em receber o evento parece não possuir quaisquer limites, nem mesmo os afetos à própria soberania estatal.

De fato, foram inúmeros os benefícios conseguidos pelo Brasil com a recepção da Copa do Mundo de 2014. Através da realização do torneio o país fortaleceu a sua imagem no exterior, ampliando o turismo externo e interno, e, conseqüentemente, impulsionou uma significativa melhora nos serviços ligados ao setor, como nos de hotelaria. Houve, também, uma melhoria na qualidade dos serviços prestados à população, um aprimoramento dos controles de gestão pública e uma ampliação da integração entre as regiões do país.

No entanto, a Copa do Mundo não gerou somente aspectos positivos para o Brasil. Escândalos de superfaturamento e desvio de dinheiro público, obras de infra-estrutura inacabadas, insatisfação da sociedade com o aporte financeiro destinado à construção de estádios ao invés de aos setores de saúde e educação são alguns dos episódios que marcam o período em que o evento aconteceu e que ainda repercutem nos dias atuais.

Além disso, a edição da Lei Geral da Copa, embora tenha sido essencial para a ocorrência da Copa do Mundo no Brasil, serviu para demonstrar o quão relativa pode ser a soberania de um país. As polêmicas acerca da venda de ingressos com desconto para estudantes e da liberação de bebidas alcoólicas no interior das arenas desportivas brasileiras foram apenas poucos exemplos das celeumas geradas quando da edição da Lei 12.663/12.

Com efeito, soberania consiste no poder de autodeterminação plena. Contudo, o próprio poder de autodeterminação plena pode servir de justificativa para que o Estado modifique o ordenamento jurídico no intuito de torná-lo mais conveniente aos interesses que lhe convém em determinada situação. Isso reforça o fato de ser a conveniência, infelizmente, um elemento primordial para o início das mudanças legislativas, sociais e jurídicas, que a sociedade tanto almeja.

Uma conquista inenarrável para a sociedade brasileira seria a continuação deste ímpeto e desta eficiência, emergida nos atores políticos durante a preparação para a Copa do Mundo de 2014, no tratamento de outros assuntos que carecem de regulamentação adequada no ordenamento jurídico brasileiro, adaptando-os ao chamado 'padrão FIFA'. Do contrário, poder-se-á concluir que a Lei Geral da Copa foi meramente um jogo de interesses políticos e que, no final, a maior vergonha da Copa do Mundo para o Brasil pode não ter sido a goleada sofrida contra a Alemanha.

REFERÊNCIAS

BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Lei Geral da Copa do Mundo 2014: Parecer*. Disponível em: <<http://www.iahnacional.org.br/mais/sessao-plenaria/pareceres-iah/pareceres-2012/230-2011>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.671, de 15 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.671.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. Lei n. 10.741, de 1ª de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. Lei n. 12.663, de 05 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Lei n. 12.933, de 26 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112933.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. Medida Provisória n. 2.208, de 17 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2208.htm>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Mensagem n. 243, de 05 de junho de 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Msg/VEF-243.htm>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Projeto de Lei n. 1375, de 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/jprop_mostrarintegra?codtext=1328807&filena me=PL+1375/2015>. Acesso em 16 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.950-3/SP. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5.112/BA [Petição Inicial]. Relator atual: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=5699542&tipo=TP&descricao=A DI%2F5112>>. Acesso em 14 dez. 2016.

CAMARGOS, Wladimir Vinycius de Moraes; SANTORO, Luiz Felipe Guimarães. *Lei Geral da Copa Comentada: Lei 12.663/2012 e normas complementares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

COMISSÃO Permanente de Adoção de Medidas de Prevenção e Combate à Violência nos Estádios de Futebol – CNPG. Disponível em: <http://www.cmpg.org.br/images/arquivos/grupo_estadios/nota_bebida_alcoolica.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.



COPA muda ordenamento jurídico e faz movimento de exceção, afirma professor da Faculdade de Direito. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/online/arquivos/033248.shtml>>. Acesso em: 20 out. 2016.

GARANTIAS Governamentais para a Copa do Mundo de 2014. Disponível em: <<http://apublica.org/wp-content/uploads/2012/05/FIFA-1-Estado-Brasileiro-Garantias-Governamentais.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A Copa da exceção no tribunal da Teoria Pura do Direito. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 8, p. 49-75, jul. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gomes. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. Lei n. 20.711, de 11 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulta/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=20711&comp=&ano=2013&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. Lei n. 21.737, de 05 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulta/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=21737&comp=&ano=2015>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

PROMOTOR acusa governo de ceder soberania à FIFA. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/promotor-acusa-governo-de-ceder-soberania-a-fifa/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

RIO DE JANEIRO. Lei n. 3.364, de 07 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://alesjnl1.alesj.rj.gov.br/contlei.nsf/69d90307244602bb032567e800668618/c1434e5a49cae4fa03256863006b18a6?OpenDocument>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Lei n. 6.363, de 19 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://alesjnl1.alesj.rj.gov.br/CONTLELNSF/e9589b9aabc9cac8032564fe0065abb4/1cea77944c2aaa9983257ada0067dead?OpenDocument>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. Lei n. 7.083, de 16 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://alesjnl1.alesj.rj.gov.br/CONTLELNSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/dcc5ea3b7655be8283257ee4005c67b0?OpenDocument>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 14.194, de 31 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.alrs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=58912&hTexto=&Hid_IDNormas=58912>. Acesso em: 15 dez. 2016.

SÃO PAULO. Lei n. 15.456, de 09 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15456-09.06.2014.html>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. Lei n. 7.844, de 13 de maio de 1992. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1992/lei-7844-13.05.1992.html>>. Acesso em: 13 dez. 2016.



O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO, REPRESENTATIVO E ILLUMINISTA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS: CASOS REPRESENTATIVOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Rafael Frias Cabral de Moraes Reis

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Advogado.

Resumo – As cortes constitucionais vêm sendo muito demandadas atualmente, tendo em vista o fenômeno da judicialização da vida, que se põe em andamento nas democracias contemporâneas. Com isso, a essência do trabalho é discutir o papel do órgão de cúpula do Poder Judiciário como uma instância concretizadora de direitos fundamentais, tendo por base as suas funções contramajoritária, representativa e iluminista. Busca-se, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das Cortes Supremas estrangeiras, demonstrar que é possível a criação de um diálogo institucional apto a qualificar o conceito de prestação jurisdicional, a qual deve ser exercida sem subserviência, mas com parcimônia.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Cortes Constitucionais. Contramajoritário. Representativo. Iluminista. Democracia.

Sumário – Introdução. 1. Função contramajoritária: uma discussão partada na releitura do conceito de democracia e no descolamento entre a vontade do povo e as decisões políticas tomadas pelos poderes eleitos. 2. Função representativa: uma discussão permeada por um diálogo, sem subserviência, entre a corte constitucional e a sociedade civil. 3. Função iluminista: uma contribuição da instância de cúpula do judiciário, a ser usada com parcimônia, para a concretização de direitos das minorias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar as funções desempenhadas pelas Cortes Constitucionais, em especial o Supremo Tribunal Federal, à luz da judicialização da vida, do ativismo judicial e da teoria dos diálogos institucionais entre os poderes. Nesse sentido, busca-se estudar as funções contramajoritária, representativa e iluminista dos órgãos de cúpula do Judiciário.

A título de contextualização, tem-se que, no Brasil, com o advento da CRFB/1988, e, no mundo, com o pós Segunda Guerra, muitos direitos foram positivados em documentos internacionais e nas Constituições de cada país, formando-se o chamado rol de direitos fundamentais do cidadão. A Carta Política, acima de tudo, era um documento analítico e programático. E o Estado, para concretizar todos esses direitos, passou a ter de cumprir inúmeros deveres. Ocorre que, no ordenamento brasileiro, passaram mais de 20 anos da



promulgação do Texto Magna, a sociedade não viu a materialização de nem metade das promessas constitucionais, razão pela qual a vida passou a ser judicializada. Nesse diapasão, problemas cotidianos foram trazidos ao Poder Judiciário e, em especial, ao maior intérprete da CRFB/1988, o Supremo Tribunal Federal, analisar.

No primeiro capítulo, analisa-se se o Supremo Tribunal Federal, como uma última trincheira da concretização constitucional, poderia invalidar uma lei editada pelo Poder Legislativo, com o fito de proteger direitos fundamentais, sem que isso se configure em um malferimento da cláusula de separação de poderes. Partindo do conceito de “dificuldade contramajoritária”, cunhado por Alexander Bickel, a ideia é problematizar o descolamento que existe entre os órgãos legislantes e a vontade do povo.

O segundo capítulo, por sua vez, busca examinar as três faces da legitimação democrática, dentre as quais o voto é apenas uma delas. Pesquisa-se, desse modo, em que medida o ativismo judicial pode ser uma ferramenta para que um corte constitucional concretize direitos que a sociedade inteira deseja e espera, mas que, por alguma razão, não foram positivados pelos poderes representativamente eleitos. Aqui, o conceito de legitimidade discursiva dos magistrados terá enfoque privilegiado.

No último capítulo, pretende-se investigar se as cortes constitucionais podem desempenhar uma última e mais ponderada função, qual seja, a iluminista, que ocorre quando um órgão de cúpula do Judiciário reconhece direitos das minorias, indo contra a vontade da maioria social e do poder legislativo eleito. A ideia é problematizar se, com isso, o Supremo Tribunal Federal conseguiria fazer andar a roda da história, aplicando a Carta da República em prol de todos os cidadãos, incluindo os marginalizados, rechaçados pelos poderes classicamente representativos.

No que tange aos procedimentos metodológicos, o trabalho monográfico é realizado sob o método de abordagem técnico-conceitual e descritivo-interpretativo, mediante a interpretação crítica sobre o fato de uma corte constitucional poder, ou não, desempenhar as funções contramajoritária, representativa e iluminista. Utiliza-se, aqui, o chamado raciocínio tópico entendido como uma *teclae* do pensamento que se orienta para o problema, sopesando as questões norteadoras já propostas.

O método a ser adotado é de caráter histórico-dogmático. O procedimento investigatório centra-se, assim, na evolução qualitativa das perspectivas doutrinárias e jurisprudencial acerca da tríplice função das cortes constitucionais e nas implicações que o julgado traz na vida da sociedade brasileira.



1. FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA- UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA RELEITURA DO CONCEITO DE DEMOCRACIA E NO DESCOLAMENTO ENTRE A VONTADE DO POVO E AS DECISÕES POLÍTICAS TOMADAS PELOS PODERES ELEITOS

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e tem por função precípua a defesa da Constituição. Uma das formas de defendê-la e de sanear o ordenamento jurídico, tendo-a por base, é o chamado controle de constitucionalidade. Na sociedade atual, tudo chega às mãos de um juiz. A vida foi judicializada, de sorte que as pessoas, atualmente, buscam a concretização dos seus direitos fundamentais, na boa parte das vezes, em fóruns e em salas de audiências. Esse fenômeno, se corriqueiro na primeira instância, com muito maior razão, alcançaria o Supremo Tribunal Federal, sobretudo pela via do controle de constitucionalidade, quando o tema posto em debate fosse de afetação nacional.

Nesse contexto, a academia sempre discutiu o poder que as Cortes Constitucionais possuem em invalidar atos normativos do Congresso Nacional e da Presidência da República, órgãos de chefia dos Poderes da União. O embate acadêmico se calca na estranheza em se constatar que a interpretação da Constituição feita pelo voto de seis ministros do STF não eleitos¹ se sobrepõe à interpretação feita por parlamentares e pelo próprio Presidente da República, agentes políticos investidos de um mandato representativo, legitimado no voto de milhões de brasileiros. A essa circunstância, que desperta uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, Alexander Bickel apelidou de “dificuldade contramajoritária”².

É bem verdade que esta função contramajoritária do controle de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceita. Para Barroso³, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: (1) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política

¹ Seis ministros dentre onze, uma vez que o quórum previsto no art. 10 da Lei n. 9.868/1999 para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é a maioria absoluta. Ver BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1996/leis/9868.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017.

² BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Justiça constitucional, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.dereitofranca.br/dereitofranca/PKCRBimagine/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2017.



maioritária; e (ii) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. Ocorre que, mesmo sendo incorporado ao ordenamento jurídico de vários países, esta realidade de um poder não eleito conseguir invalidar atos normativos emanados de poderes legitimados pelo voto ainda gera muita discussão na teoria constitucional.

Para descompatibilizar essa controvérsia, dois são os vetores a serem analisados.

O primeiro deles é o fato de que a dificuldade contramajoritária não implica uma burla ao princípio democrático. Aliás, ratifica-o. Democracia, nos dias de hoje, é mais do que o simples governo da maioria (dimensão procedimental). Ela, por definição, é também o respeito ao direito da minoria, que, mesmo tendo perdido nas urnas, continua a existir na vida em sociedade e merece ser respeitada, ouvida e tida em consideração pelos poderes constituídos. Fala-se, então em dimensão substantiva da democracia, que agrega as noções de igualdade, solidariedade e justiça material⁴. Nesta perspectiva conceitual, não é possível dizer que o Estado deixou algum de seus cidadãos para trás.

Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político não estão desamparados e entregues à própria sorte⁵. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política⁶. Nesse dispação, em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas⁷ é o tribunal constitucional, uma vez que lá é possível se ter um locus qualificado para a ponderação de princípios e para a reflexão mais isonômica das questões jurídicas nacionais. Deste modo, tem-se que a função contramajoritária das cortes constitucionais não é antidemocrática.

O segundo vetor a ser estudado é a suposta congruência permanente entre a vontade dos representantes e representados no processo político. Sim. Isso porque, para se dizer que uma corte constitucional exerce um papel efetivamente contramajoritário, está a se partir da lógica de que os poderes representativos, ao editarem atos normativos, encontram-se em consonância com a maioria do povo, seu eleitor. E, na prática, não é possível aderir a esse

⁴ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 147, p. 12-25, mai. 2012.

⁵ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁶ MENDONÇA, Eduardo. *A democracia das massas e a democracia dos processos: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese de doutorado, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, mimeografada, 2014, p. 84: "Os perdedores de cada processo decisório não se convertem em dominados, ostentando o direito fundamental de não serem desqualificados como membros igualmente dignos da comunidade política".

⁷ A expressão consta do título do livro de GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

pressuposto. De acordo com Nagib⁸, o que se vê é que deputados e senadores acabam representando interesses de alguns grupos que têm superior capacidade de organização, normalmente grupos que possuem invejável força econômica, deixando-se em segundo plano, até mesmo, os programas dos partidos políticos a que são filiados.

Neste contexto, o ambiente político passa pela chamada crise de representatividade, na medida em que a sociedade nutre pelos poderes majoritários um efetivo descrédito, ceticismo e insatisfação. Não por outro motivo, em locais nos quais o voto é obrigatório, como no Brasil, o percentual de eleitores que vai às urnas tem sido cada vez menor⁹. Já os que vão, poucos são capazes de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Essa conjuntura é fruto de um sentimento de disfuncionalidade que tem permeado a classe política, muito impactada com as denúncias de corrupção e com os acordos de delação premiada que estampam o noticiário. Cada vez mais se tem indícios de que uma boa parcela dos agentes políticos utilizam a máquina pública para a captura de interesses privados.

Aliás, o fenômeno é, em certa medida, universal. Analisa Barroso¹⁰ que, nos Estados Unidos, cuja política interna tem visibilidade global, os desmandos do financiamento eleitoral, a indesejável infiltração da religião no espaço público e a radicalização de alguns discursos partidários determinaram o debate público e afastaram o cidadão comum. Vicissitudes análogas acometem países da América Latina e da Europa, com populismos de esquerda, em uma, e de direita, em outra. Vive-se situação delicada, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo.

A consequência disso é o descolamento do sistema representativo em relação à vontade majoritária da população¹¹. Essa crise de legitimidade dos poderes que, em tese, estariam legitimados pelo voto, fez com que existisse uma real expansão do Poder Judiciário e, em último medida, das Cortes Constitucionais¹². No Brasil, por exemplo, diversos temas,

⁸ JOENE NETO, Nágibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 87.

⁹ A título de exemplo, analise-se a eleição para a Prefeitura do Município do Rio de Janeiro em 2016: Dos 4.898.044 de eleitores cadastrados na justiça eleitoral, o atual prefeito conseguiu ser eleito com 1.700.030 votos. O segundo colocado angariou 1.163.662 votos, número que é inferior ao próprio montante de eleitores faltosos, qual seja, 1.314.950. Os votos em branco somaram 149.886; e os nulos, 589.536. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.

¹¹ KLARMAN, Michael J. The majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *The Georgetown Law Journal*, Georgetown, v. 49, n. 85, p. 33-51, dez. 1994.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Neconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, n. 1, p. 41, set. 2005: “Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleito. No geral, o processo político



cuja discussão deveria ser verticalmente empreendida nas instâncias políticas tradicionais, chamaram muito mais atenção da sociedade quando a matéria alcançou as portas do Supremo Tribunal Federal. Cite-se o caso da lei de biossegurança, que é o diploma legal por meio do qual se permitiu as pesquisas com células-tronco embrionárias. Durante a sua tramitação no Congresso, pouco se falou sobre o projeto. Quando a lei foi impugnada no STF, o debate no país se instaurou.

Analisando esses dois vetores, chega-se à conclusão de que as cortes constitucionais possuem legitimidade democrática para invalidar atos normativos do Poder Executivo e Legislativo. E mais: a função contramajoritária, haja vista o *déficit* de representação existentes nos agentes políticos da atualidade, não seria tão contramajoritária assim. Ressalve-se que, no Brasil, essa função da corte constitucional, quantitativamente, não é tão utilizada¹³. De todo modo, uma vez estudado, em tese, esse papel, vamos às ilustrações práticas em que o Supremo Tribunal Federal tenha afastado (definitiva ou temporariamente) do ordenamento jurídico uma lei pensada, editada e promulgada por representantes do povo.

A primeira¹⁴, aquela em que o STF declarou inconstitucional a lei que tratava da participação de sociedades empresárias no financiamento de campanha eleitoral. Alguns ministros sustentaram que o direito de participação política só valia para cidadãos, e não para pessoas jurídicas. A segunda¹⁵, a que o STF asseverou a inaplicabilidade da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, sob o argumento de incidência do princípio da anterioridade eleitoral, constante no art. 16 da CRFB/1988, o que contrariava fortemente a maioria do anseio popular. A terceira¹⁶, a que o STF declarou inconstitucional a lei que regulamentava a

majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por distorções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação”.

¹³ De acordo com o levantamento estatístico elaborado pela Secretaria de Gestão Estratégica, do Supremo Tribunal Federal, foi possível identificar apenas 93 dispositivos de lei federal declarados inconstitucionais, desde o início de vigência da Constituição de 1988. Um número nada expressivo, diante das 5.379 leis ordinárias federais, somadas às 88 leis complementares. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoIntegracaoInformacaoTecnica>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.650. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4650&tracao=ADIN&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

¹⁵ Idem. Supremo Tribunal Federal. RECT n. 633.703. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=633703&tracao=RECT&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

¹⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4983. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&tracao=ADIN&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

vaquejada como prática desportiva e cultural no estado. A maioria da corte considerou haver crueldade intrínseca aplicada aos animais.

Essa é a função contramajoritária exercida pelas cortes constitucionais. Tendo-a explorado, passa-se à análise da função representativa.

2. FUNÇÃO REPRESENTATIVA: UMA DISCUSSÃO PERMEADA POR UM DIÁLOGO, SEM SUBSERVIÊNCIA, ENTRE A CORTE CONSTITUCIONAL E A SOCIEDADE CIVIL

Uma segunda função desempenhada pelas cortes constitucionais é a representativa, que ocorre quando a cúpula do judiciário (i) promove a completude do ordenamento jurídico, nas hipóteses de omissão inconstitucional do legislador, e (ii) atende aos anseios e demandas sociais não satisfeitos, tempestivamente, pelos parlamentares ou pelo chefe do executivo. Nesse caso, a sociedade como um todo aguarda por uma postura dos representantes eleitos, os quais, quedando-se inertes, abrem uma via de ação para as cortes constitucionais.

Diversos foram os fatores que levaram essa função a se encontrar, atualmente, fortalecida. Alguns, como a crise de representatividade dos poderes majoritários e o descolamento democrático entre esses poderes e o povo, já foram estudados anteriormente. De fato, vive-se em uma época, na qual se confia mais em juizes do que em políticos. Agregue-se a esse contexto que, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 é extremamente analítica, razão pela qual todos os temas nela contidos, se não forem concretizados, acabam sendo levados ao Poder Judiciário. Ademais, o controle de constitucionalidade brasileiro possui diversos legitimados ativos, de modo que, hoje, uma entidade de classe de âmbito nacional ou um confederação sindical podem ter voz no plenário do STF. Por fim, registre-se o grande poder que algumas bancadas, dentro do natural jogo político, possuem dentro Congresso, o que influencia, diretamente, na disposição e na vontade de alguns parlamentares em discutirem certas propostas e engavetarem outras.

Com isso, o Judiciário ficou bem mais próximo dos problemas sociais, sendo mais requisitado a resolver inúmeros tipos de conflitos. Por conta dessa judicialização da vida, a própria Constituição passou a ser mais debatida nos noticiários e nas ruas. Isso porque, com o

pós-positivismo¹⁷, ela conseguiu, efetivamente, ocupar o seu lugar de máxima magnitude na ordem jurídica, configurando-se como um diploma legal que tem força capaz de irradiar seus comandos para todas as áreas do direito. Ela passou a ter como núcleo axiológico a dignidade da pessoa humana¹⁸. Desse modo, a interpretação constitucional obrigou-se a ver o destinatário do seu processo hermenêutico como um cidadão digno, que merece ser ouvido pelo Estado e ser respeitado nessa dinâmica de prestação jurisdicional.

Nesse contexto, o judiciário começou a se entender como um poder também apto a interpretar o sentimento majoritário e as demandas da população como um todo. Eis algumas das razões para este fenômeno. Primeira, o concurso público é uma forma de recrutamento bastante heterogênea, na medida em que candidatos de diferentes origens¹⁹ podem alcançar a aprovação, desde que sejam advogados e estudem perseverantemente²⁰.

Isto traz à magistratura um conjunto de visões distintas e de histórias de vida peculiares, de sorte que a aplicação do direito tem mais chance de acontecer menos elitizadamente. Segunda, os juízes gozam das garantias da imovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios, de sorte que conseguem se blindar contra o tráfico de influências que poderiam sofrer. Assim, o prestador jurisdicional poderia levar em conta apenas a lei e sentimento social, sem que existissem pressões de quaisquer outros poderes. Terceira, os juízes não estão sujeitos às circunstâncias da política eleitoral de curto e médio prazo, já que seus cargos públicos são estáveis. Deste modo, o político que deseja barganhar com o magistrado para obter qualquer vantagem não possuiria guarda.

¹⁷ Entenda-se pós-positivismo como uma doutrina que se inspira na "revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura esprender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma, incluem-se a reorientação dos valores na interpretação jurídica; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma ressignificação entre o Direito e a ética". BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 249-250.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica das princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁹ Sobretudo após a inclusão das ações afirmativas nos testes para juiz, ao que cerne aos candidatos negros, índios e deficientes físicos. No concurso para ingresso na carreira da magistratura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a previsão de reserva de vagas consta desde o edital do 46º certame. Edital disponível em: <<http://www.tjuj.jus.br/concursos/magistratura/ativ>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

²⁰ De outra forma, o recrutamento ao Poder Legislativo, que se dá por meio da captação de votos, exige um custo financeiro alto do candidato, que o obriga, quase que necessariamente, a buscar financiamentos e alianças com diferentes atores empresariais. Essa circunstância faz com que existam parcerias, aptas a, quem sabe, maliciar a independência do futuro parlamentar.

Quarta, e a principal delas: o Judiciário tem como se comunicar com o seu auditório por meio de decisões fortemente motivadas. Isso faz com que a população deixe de associar a função jurisdicional a um ato de voluntarismo ou arbitrariedade²¹. As decisões precisam ser calcadas em razões. Os argumentos judiciais publicados na sentença fazem com que venha à tona a lógica, o raciocínio e o poder de convencimento do julgador²². Aqui, é possível resgatar a noção de democracia deliberativa. O juiz, quando interpreta o sentimento da população, exerce um papel democrático. Esse papel é fulcrado, sobretudo, na chamada legitimidade discursiva. Pessoas racionais são aptas a concordar com argumentos sólidos. E são esses argumentos que fazem com que os juizes, mais do que agentes puramente especializados, sejam servidores que dialogam com o meio social.

Foi nesse diapasão que o próprio Supremo Tribunal Federal²³ passou a se enxergar como um órgão que poderia dizer o direito, prestando contas da sua função à sociedade. Não é que os ministros precisem se transformar em políticos. Ocorre que, de acordo com Mendonça e Barroso²⁴, em uma democracia, todo poder (mesmo aquele composto por agentes não eleitos) precisa ser exercido no interesse e em nome do povo. Assim, o STF criou uma percepção de si mesmo como órgão também representante da soberania popular. Em realidade, como representante das opções soberanamente materializadas na Constituição de 1988 e não implementadas pelo Poder Legislativo ou Executivo, razão pela qual, em algumas oportunidades, a Corte passou a ser mais permeável à opinião pública.

Permeável, sem ser subserviente. Não é deletério que juizes e ministros olhem para as ruas, antes de proferirem suas decisões. Magistrados, como qualquer servidor público, não são seres encapsulados, insensíveis às demandas sociais. Não por outro motivo, a própria sociedade projeta no Judiciário uma visão muito menos alinhada a um poder técnico e

²¹ Ao estabelecer um diálogo entre as áreas do conhecimento jurídico, pode-se dizer que esse ideal de fundamentação expositiva foi, inclusive, positivado no Novo Código de Processo Civil de 2015. Em seu art. 489, § 1º, encontra-se previsto as balizas de uma decisão bem fundamentada, não se considerando como tal o pronunciamento judicial que (i) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (v) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

²² MOURIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Técnicas do poder*: parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

²³ Robert Alexy se refere à corte constitucional como "representante argumentativo da sociedade". ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 572, p. 578, jan. 2005.

²⁴ MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luis Roberto. *STF entre seus papéis constitucionais e representativos*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-constitucionais-representativos>>. Acesso em: 28 mai. 2017.



especializado nos conflitos jurídicos, e muito mais coadunada com a de um poder capaz de escutar os anseios do povo. Na atualidade, o Judiciário acabou por se transformar na última trincheira de luta pela concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

De todo modo, não se está aqui a defender uma juristocracia. De acordo com Mendonça e Barroso²⁵, em inúmeras ocasiões, a decisão justa e acertada não é a mais popular. E, nesses casos, a corte constitucional necessita de ousadia para desagradar as ruas. Não se pode aceitar que o Judiciário se converta em mais um canal da política majoritária, sempre adublado da opinião pública e das pressões midiáticas. Certamente, o populismo judicial é tão devastador para o equilíbrio dos poderes quanto qualquer outro. Contudo, a autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. E uma forma de se angariar essa confiança é, no mínimo, escutar o que a sociedade clama. Escutar, que é diferente de sempre ouvir.

Aliás, essa prática de ouvir o maior número possível de atores sociais é desempenhada, conseqüentemente, pela corte quando os ministros, por exemplo, (i) admitem a intervenção de um *amicus curiae* nos processos em curso²⁶; ou (ii) convocam audiências públicas, nos casos em que a complexidade e os desdobramentos do tema assim o exigem²⁷. Esses mecanismos aumentam o capital político²⁸ de que a corte dispõe. E, se analisarmos a jurisprudência do STF, veremos que inúmeros foram os casos em que a corte constitucional brasileira, num contexto de paralisia dos poderes eleitos, teve de prestar a jurisdição escutando a voz que vinha das ruas e concretizando anseios do povo tutelados pela Constituição de 1988.

²⁵ Idem. *STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-03/nostrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opiniao-publica-subserviente>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

²⁶ A figura do *amicus curiae*, ou amigo da corte, é prevista no art. 4º, § 2º da lei n. 9.868/1999. Segundo o dispositivo, o ministro relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de órgãos ou entidades, que não compareçam o polo ativo ou passivo da ação de controle. Isso com a intenção de problematizar e verticalizar a análise da questão sob julgamento. Ver BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017.

²⁷ Desde a Bandeira Regimental n. 29/2009, que regulamentou as audiências públicas no âmbito do STF, esse mecanismo de democratização da jurisdição constitucional já foi utilizada dezenove vezes pelos ministros. Dentre as audiências públicas mais divulgadas, cite-se aquelas em que se discutiu: (i) as políticas de ação afirmativa para acesso ao ensino superior; (ii) a proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias; (iii) a interrupção de gravidez nas hipóteses de feto anencefálico; (iv) a publicação de livros que continham biografias não autorizadas; e (v) o ensino religioso em escolas públicas.

²⁸ A expressão é de Pierre Bourdieu, que discutiu sobre o tema em 1986. BOURDIEU, Pierre. *The Forms of Capital*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/fr/bourdieu-forms-capital.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2017.



Como primeiro exemplo²⁹, pode-se mencionar a decisão do STF, depois até sedimentada na súmula vinculante n. 13, que asseverou a proibição do nepotismo nos três poderes. Pelo conhecimento convencional, seriam exigíveis lei federal e leis estaduais para impor esse tipo de restrição. Contudo, após um longo aguardo da sociedade civil, as leis não vinham, tendo a corte constitucional que implementar tal vedação, sob o argumento de que o nepotismo violava o princípio da impessoalidade e moralidade administrativa. Um segundo exemplo³⁰ poderia ser aquele atinente à fidelidade partidária, em que o STF determinou a perda do mandato por parlamentar que trocasse de partido, uma vez que a troca implicaria burla ao princípio democrático. Tal acórdão veio ao encontro da sanatória de uma das grandes queixas da sociedade, qual seja, a mudança constante de parlamentares de um partido para outro. Embora existente as reclamações, o parlamento não aprovava lei restringindo essa conduta.

Um terceiro exemplo³¹ seria aquele em que o STF consignou a competência concorrente entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e as corregedorias dos tribunais estaduais para instaurar processos disciplinares contra magistrados, oportunidade em que atendeu ao anseio social pela reforma do Judiciário, malgrado a resistência de setores da magistratura. Como quarto exemplo³², cite-se o julgamento no qual o STF, depois de vinte anos de omissão inconstitucional, declarou a possibilidade de servidores públicos entrarem em greve, tendo por base uma analogia da lei de greve do setor privado. Por fim, como quinto exemplo³³, ressalte-se o caso no qual o STF exigiu a criação de vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos em unidade próximas de suas residências, sob pena de multa diária. Isso com base no princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente.

Essa é a função representativa empreendida pelas cortes constitucionais. Tendo-a analisado, passa-se ao estudo da função iluminista.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 1.261. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=1612358>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. MS n. 26.604. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=2514122>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³¹ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.638. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=4125637>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³² Idem. Supremo Tribunal Federal. MI n. 712. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=2244628>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³³ Idem. Supremo Tribunal Federal. AREXT n. 639.337. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=4063691>>. Acesso em: 28 mai. 2017.



3. FUNÇÃO ILUMINISTA: UMA CONTRIBUIÇÃO DA INSTÂNCIA DE CÚPULA DO JUDICIÁRIO, A SER USADA COM PARCIMÔNIA, PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS DAS MINORIAS

A melhor forma de se entender esta última função é analisando-a, em paralelo, com a função representativa. Nesta, o que se tem é, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal exerceando-se como uma instância de poder apta a interpretar os anseios sociais em que, num panorama de lacuna do legislativo e executivo, acaba concretizando direitos fundamentais presentes na Constituição – direitos esses ansiados por toda a população (não apenas pela maioria). O povo, como um todo, deseja uma determinada postura do Congresso e/ou da Presidência, pede por ela, aguarda-a, mas ela não vem.

Já na função iluminista, o Supremo Tribunal Federal continua se entendendo como um intérprete da vontade popular. No entanto, e com grande parcimônia, a Corte, encarregada de empurrar a história, assegura em seus pronunciamentos os direitos das minorias, agindo de forma contrária à opinião pública majoritária. Aqui, o STF não contraria o silêncio dos poderes eleitos para ir em prol de toda a população, mas sim (e apenas) para fazer com que as minorias também se vejam como sujeitos de direitos.

O fundamento dessa última função se aloja no fato de que, no ambiente tradicional do debate público, qual seja, o parlamento, a minoria (pela razão mesma de se constituir como minoria, isto é, com um menor número de deputados e senadores) não conseguiria fazer frente às decisões políticas, que ostentem seus direitos. E não se está aqui a falar sobre as discussões parlamentares legítimas, em que, naturalmente, um quantitativo perderá seu desagrado com o resultado de uma votação. É normal que o *locus* político seja uma arena na qual, diariamente, se façam vencedores e vencidos quanto aos temas em pauta. Não é esse o ponto sob análise. Até porque, se as cortes constitucionais agissem, de forma corriqueira, a desconstituir uma votação legislativa majoritária, apenas e tão somente para aguardar uma minoria social, o que se teria, em última análise, é o fim da separação de poderes, com a instituição de um poder hegemônico, o judiciário.

O estudo, aqui, recai sobre as situações em que uma minoria parlamentar (de que, lembre-se, representa um minoria social) é calada, é diminuída, é obstada de ver concretizado seus direitos fundamentais, também insculpidos na Constituição de 1988. A constituição veio para todos. E, com o fim de fazer andar com a roda da história, cabe, por vezes, às cortes constitucionais assegurarem o direito fundamental à isonomia das minorias,

de sorte que estas sejam tratadas de forma igual pelo restante da sociedade. Isso pelo simples fato de que, malgrado se configurarem como minoria, também são pessoas humanas e, por conseguinte, detentoras de dignidade. A lógica desta função, mais do que se calcar num ideal de justiça, é a promoção de alguns avanços civilizatórios, com base em valores racionais; é a superação de preconceitos e discriminações.

Se observarmos o plano internacional, foi a Corte Constitucional da África do Sul³⁴, no julgamento *State v. Makwanyane*, que proibiu a pena de morte em seu ordenamento jurídico, protegendo a minoria social composta pelos condenados criminais. De igual modo, foi a Suprema Corte Norte-Americana³⁵ que, no caso *Brown v. Board of Education*, deslegitimou a discriminação racial nas escolas públicas, tutelando, portanto, os direitos dos negros. Na mesma linha, pontua-se o julgamento ocorrido na Suprema Corte de Israel³⁶, em que o órgão de cúpula determinou a proibição da tortura, ainda que se tratasse de interrogatório de suspeitos de atividade terrorista. Por fim, cite-se o caso ocorrido na Alemanha³⁷, no qual o Tribunal Constitucional Federal cancelou a negação do holocausto como sendo uma conduta criminosa, resguardando, com isso, o direito à memória do povo judeu.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal também teve seus momentos de ousadia, como na oportunidade em que equiparou o regime jurídico das uniões homoafetivas ao das uniões estáveis convencionais³⁸, tutelando, pois, o direito das minorias gays e lésbicas. Se se olhasse para a sociedade civil, talvez este não fosse um desejo majoritário. No congresso, algumas bancadas conservadoras também obstavam a tramitação da PEC que alteraria a Constituição de 1988, no sentido de que o casamento não apenas pode se dar entre o homem e mulher. Contudo, cuida-se de um direito fundamental à igualdade, razão pela qual a situação encontrava-se legitimada. Outro exemplo³⁹ seria aquele em que o STF concordou com a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol de forma contínua, sob o

³⁴ ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. CCT n. 3. Relator: Ministro Arthur Chaskalson. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte do Estados Unidos. US n. 483. Relator: Ministro Earl Warren. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~reading/Brown1.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³⁶ ISRAEL. Suprema Corte de Israel. HCI n. 5.100. Relator: Ministro A. Barak. Disponível em: <http://elyon.lcort.gov.il/files_eng/94/000/051/AD9/94051000.s09.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³⁷ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE n. 241. Relator: Ministro Duke. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090241.html>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4063691>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

³⁹ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. PET n. 3388. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 28 mai. 2017.



fundamento de que, muito embora obstasse a produção de alguns autozeiros, seria o melhor para a proteção da cultura indígena, entendida esta como minoria social.

Já no que tange à proteção dos direitos das mulheres – grupo que, malgrado seja maioria populacional, configura-se como minoria jurídica – cite-se como exemplo⁴⁰ o julgamento em que o Supremo Tribunal Federal declarou a possibilidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de feto anencefálico. A interpretação do artigo que criminaliza o aborto, no sentido de inserir o caso sob julgamento como uma hipótese de excludente do delito foi muito criticada por diversos setores da sociedade. Contudo, entendeu a Corte que o que estava em jogo não era a vida ou a morte do feto, já que este morreria logo após seu nascimento, mas sim o direito de escolha da gestante de não levar ao final uma gestação que estava fadada ao insucesso estranhero.

Por ser uma função polêmica das cortes constitucionais, que vai em defesa de uma minoria rechaçada e contraria o sentimento majoritário das ruas e do congresso, o Parlamento, por vezes, chega a editar um novo diploma legal que contraria a decisão de natureza iluminista tomada pelo órgão de cúpula do judiciário. No Brasil, deu-se a isto o nome de “superação ou reação legislativa”⁴¹. Como exemplo desse fenômeno⁴², cite-se o caso em que o STF, no julgamento das ADIs 4.430⁴³ e 4.795⁴⁴ deu interpretação conforme a um preceito da Lei das Eleições, no intuito de salvaguardar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Contudo, pouco meses depois da sessão Plenária, o Congresso editou a lei n. 12.875/2013⁴⁵, retirando das novas legendas o acesso ao direito de antena.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

⁴¹ Nos Estados Unidos, esse fenômeno recebe o nome de *backlash*. Resulta-se como um dos casos emblemáticos de reação legislativa aquele que incide contra o julgamento de *Furman versus Georgia*, em 1972, no qual a Suprema Corte considerou inconstitucional a pena de morte, tal como aplicada em 39 Estados da Federação. Em 1976, entretanto, a maioria dos Estados tinham aprovada novas leis sobre pena de morte, contrariando o quanto decidido pela Suprema Corte. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=backlashes>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 5.105. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=4552286>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

⁴³ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.430. Relator: Ministro Dias Toffini. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=3903848>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

⁴⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 4.795. Relator: Ministro Dias Toffini. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/procreso/verProcessoAndamento.asp?incidente=4257995>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

⁴⁵ Idem. Lei n. 12.875, de 30 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12875.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017.



Discute-se, aqui, em que medida a reação do poder legislativo é legítima à luz da complexa estrutura de divisão funcional de poderes (*checks and balances*)⁴⁶. Entende a corte constitucional brasileira que, num contexto de diálogo constitucional, é o Supremo Tribunal Federal quem detém a última palavra no âmbito do Estado Democrático de Direito. Contudo, o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade não atinge o legislador, razão pela qual o espaço de conformação legislativa não pode, em qualquer hipótese, ser considerado ato injurioso a qualquer Tribunal Constitucional. Até porque o poder legislativo é também intérprete autêntico da Constituição.

Neste contexto, a conclusão que se alcançou é a de que o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, a invalidação somente poderá ocorrer, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição de 1988 (limites formais, circunstanciais e materiais), sobretudo no que cerne às cláusulas pétreas. Se, porém, a reversão jurisprudencial for introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da corte nasce com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar que a correção do precedente se afigura legítima. Deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem⁴⁷.

De todo modo, a função iluminista não é utilizada com frequência pelas cortes constitucionais, devendo ser empregada com parcimônia, de modo que exista um necessário equilíbrio entre a ousadia e a autocontenção dos órgãos de cúpula do judiciário. Por esse motivo, as reações legislativas, muito embora aconteçam, não são a regra.

CONCLUSÃO

Após a análise de todo o objeto da pesquisa, pôde-se perceber que o Judiciário, atualmente, é um poder em larga expansão, para o qual toda a sociedade direciona grandes expectativas. O pós-positivismo fez com que as Constituições ganhassem uma efetiva

⁴⁶ ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. *Comparative Administrative Law*, Michigan, v. 27, n. 11, p. 52-70, set. 2010.

⁴⁷ Essa questão de trazer argumentos novos não se configura, em si, como um problema para o diálogo institucional entre os poderes, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, que se caracteriza, de acordo com o Barroso, "quando, por ato normativo próprio, procura-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional". BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, 2010, p. 167.



normatividade. As Constituições passaram a ser mais abrangentes, com um rol de direitos fundamentais bem delimitado. E os direitos fundamentais não concretizados pelos poderes Legislativo e Executivo permitiram que o cidadão buscasse as cortes constitucionais, como uma última trincheira de lutas.

Essa conjuntura remodelou o papel dos órgãos de cúpula do judiciário. As demandas sociais eram muitas e todas tinham de ser solucionadas com pressa. Por mais de duas décadas o Texto Maior, já promulgado, aguardava ser normatizado, ao passo que população também não suportava mais uma espera para a efetivação do seu status de sujeito de direitos. Os poderes majoritariamente eleitos permaneciam em paralisia, momento em que a suprema corte passou a se empenhar como uma instância apta a interpretar os anseios sociais, seja de toda a população, seja apenas dos grupos minoritários. Essa é a maior conclusão do estudo.

É preciso, entretanto, fazer a ressalva de que a atividade judicial, malgrado venha sendo exercida sem subserviência, deve também se calcar na parcimônia e na autocontenção. Isso porque, dentro da teoria dos diálogos institucionais, a tripartição deve ser preservada. Não é admissível que exista um superpoder, o qual sempre proclame a última palavra nas pautas em debate. O juiz não é um político. O político não é um juiz. Ainda que, como visto na pesquisa, haja interseções entre ambas as funções, é preciso sempre manter o equilíbrio. O essencial é que, dentro dos limites da missão institucional de cada poder, procure-se dar concretude aos direitos fundamentais. Esse deve ser o norte para a conduta de qualquer dos poderes nas democracias contemporâneas.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquien. *Comparative Administrative Law*, Michigan, v. 27, n. 11, p. 52-70, set. 2010.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 572, p. 578, jun. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.direitofianca.br/direitounov/FKCEImagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2017.

_____. Neconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, n. 1, p. 41, set. 2005.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOURDIEU, Pierre. *The Forms of Capital*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/fr/bourdieu-forms-capital.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

JORNE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

KLARMAN, Michael J. The majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *The Georgetown Law Journal*, Georgetown, v. 49, n. 85, p. 33-51, dez. 1996.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 147, p. 12-25, mai. 2012.

_____, Eduardo. *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese de doutorado, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, mimeografada, 2014.

MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luis Roberto. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

_____. *STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-fui-permeavel-opinio-publica-subserviente>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder: parte I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Kaziane Galiza Marcolino dos Santos

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Município. Advogada.

Resumo – a complexidade dos crimes está cada vez maior, a dificuldade de promover uma ação penal com um resultado satisfatório só aumenta e o prejuízo estatal só se agrava, nesse ambiente se desenvolve e cresce o instituto da delação premiada, colocando em cheque princípios até então essenciais e trazendo com isso uma incerteza sobre o futuro de sua utilização. A essência do trabalho é abordar de maneira clara as possíveis consequências de uma utilização desenfreada de um instituto recém introduzido no ordenamento brasileiro, afastando por ora a imagem lúdica de sua criação.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Princípios. Ministério Público. Delação Premiada. Manobras investigativas.

Sumário – Introdução. 1. Breves explanações sobre o princípio da obrigatoriedade do Ministério Público e conceito de delação premiada. 2. Controvérsias sobre a restrição da condução investigativa pelo Ministério Público em face do princípio da obrigatoriedade. 3. Do instituto da delação premiada como manobra de vingança e sua banalização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a esclarecer o eventual conflito entre o instituto da delação premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Isso porque o desenvolvimento da política criminal em busca de soluções para frear o crescimento das práticas criminosas levou à implementação do instituto da delação premiada no Brasil.

Um instituto que funciona como mecanismo de premiação do agente envolvido na prática criminosa, chamado de delator, que fornece informações valiosas para a condução das investigações em troca de redução da pena ou até mesmo de extinção da punibilidade, através do perdão judicial, concedido em algumas legislações específicas.

No entanto, tal instituto, em um primeiro momento, mitiga o princípio processual da obrigatoriedade da ação penal, segundo o qual determina que o Ministério Público é obrigado a denunciar o agente que praticou o crime.

O que evidenciaria uma contrariedade entre os objetivos do instituto na esteira e a norma principiológica.

Sendo assim, no primeiro capítulo, pretende-se conceituar e abordar o princípio da obrigatoriedade, de maneira a apurar possível influência e limitação deste princípio nas políticas criminais. Assim como realizar a análise da relativização deste princípio processual frente aos interesses públicos em voga, como a segurança pública.

Já no segundo capítulo, será dado o enfoque sobre a real obrigação do Ministério Público de denunciar. Observando se tal princípio restringe de alguma maneira a atuação investigativa do *parquet*.

E no terceiro e último capítulo, abordar-se-á se a delação premiada pode ser usada pelo acusado como mecanismo de vingança contra os seus antigos comparsas, tornando-se um traidor e, ao mesmo tempo, o legitimando a utilizar de instrumento estatal em sua empreitada pessoal. De modo a tornar o instituto banalizado e, conseqüentemente, carecedor de credibilidade social.

Contudo, o assunto ao qual se busca aprofundar não é muito batido na doutrina, o que dificulta a análise sobre diversos ângulos do instituto. De maneira que se torna um tema instigante e de uma busca necessária pelo esclarecimento.

Intenta-se, através do método argumentativo e descritivo, utilizar os poucos livros existentes sobre assunto, assim como os diversos artigos científicos publicados para tentar alcançar uma solução, ou melhor, um esclarecimento sobre a temática, ainda tão obscura.

A análise de julgados, doutrina e legislações também serão meios que a presente pesquisa se buscará para fundamentar e sustentar o presente trabalho.

1. BREVES EXPLANAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E CONCEITO DE DELAÇÃO PREMIADA

De acordo com Pacelli¹, o princípio da obrigatoriedade tem origem no dever estatal da persecução penal, ou seja, tendo sido cometido um ilícito penal, o Ministério Público tem a obrigatoriedade de promover a ação penal.

Não cabe ao *parquet* qualquer juízo de mérito, análise de conveniência ou oportunidade, no momento da propositura da demanda. O mencionado autor² explica que “a

¹ Oliveira, Rogério Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 128.

² *Ibid*.

obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal.”

No entanto, com a evolução deste trabalho se verificará que não é exatamente isso que acontece na prática, isso porque tal princípio dito obrigatório sofre mitigações, que o descaracterizam por completo e até o afastam do ordenamento jurídico.

A Lei n. 9.099/95³ prevê, por exemplo, o instituto da transação penal, primeiro mecanismo que admite legalmente o afastamento do princípio. Assim como no disposto nas Leis n. 12.529/2011⁴ e n. 12.850/2013⁵, onde consta o instituto da colaboração/premiação premiada.

Convém esclarecer, em síntese, que transação penal é uma proposta de aplicação de pena alternativa à prisão, inclusive, como forma de evitar o oferecimento da denúncia, e conseqüentemente, impedir a ação penal propriamente dita. Sendo, portanto, considerada uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, porque permite ao Ministério Público, ainda que dispondo de indícios da autoria e prova de uma infração penal, abrir mão da peça acusatória e transacionar com o autor do fato.

Além disso, a Lei n. 12.529/2011⁶ prevê expressamente a mitigação do princípio em estado, em seu art. 86, ao estabelecer que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - poderá celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica.

Importa explicitar que o acordo de leniência é uma proposta feita ao acusado, que ao aceitar colaborar com as investigações, informando os outros agentes envolvidos na empreitada criminosa ou admitindo a sua culpa, o mesmo terá direito a alguns benefícios, como a não aplicação de prisões e multas.

³Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 1/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem

³BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁴_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁵_____. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁶BRASIL, *op cit*, nota 4.

⁷Ibid.



econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

O artigo seguinte ao citado estabelece a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Com o cumprimento do dito acordo, ocorre a extinção automática da possibilidade.

Com isso, criou-se uma nova causa de suspensão do prazo prescricional, pois o prazo para oferecimento de denúncia no o andamento processual, relativo ao colaborador, ficará suspenso por até seis meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração.

Por fim, a Lei n. 12.850/2013⁸, que versa sobre a organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, estabelece que o magistrado possui a faculdade de conceder, por exemplo, pena judicial ou reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde o acusado cumpra com os seguintes requisitos:

⁸Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenda um ou mais dos seguintes resultados:

I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. [...]

Devendo-se, em qualquer caso, levar em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração, para a concessão do benefício.

Diante disso, o Ministério Público poderá⁹ deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou se for o primeiro a prestar efetiva

⁸ BRASIL, *op cit.*, nota 5

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Poder-dever



colaboração, o que revela uma drástica evolução da mitigação do princípio da obrigatoriedade.

Isso porque, não faz nenhum sentido denunciar alguém quando se sabe de antemão que será, na sentença final, beneficiado pelo perdão judicial e, conseqüentemente, com a extinção da punibilidade. Logo, faltaria ao Ministério Público uma das condições para o exercício da ação penal - o interesse de agir, sob o aspecto da utilidade.

Nesse ponto, nota-se que o princípio, ora em análise, conflita diretamente com os propósitos da política criminal, pois inviabilizaria a instituição da delação premiada, mecanismo encontrado como forma de frear o avanço criminal mais complexo.

Cabe ressaltar ainda que se a colaboração for posterior à sentença, a lei dispõe que "a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos." Logo, até na fase do processo de execução penal, poderá o delator ser beneficiado, ao menos com a progressão de regime.

Isso em busca de uma processo penal mais efetivo e eficiente.

Alguns aspectos formais devem ser observados, tais como: para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o Delegado de Polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor, não participará o Juiz das negociações realizadas, caso contrário incidiria o instituto da prevenção disposto no art. 83, do Código de Processo Penal¹¹.

A lei afirma, ainda, que se as partes se retratarem do acordo, as provas produzidas em razão do colaborador tornam-se inutilizáveis, pois o acordo poderá ser utilizado contra o delator, fere ao princípio da não autoincriminação, previsto no art. 8º, do Pacto de São José da Costa Rica¹².

Outro ponto a ser analisado no instituto da delação/ colaboração premiada é que a mesma será feita de modo sigiloso, de maneira a não identificar o colaborador e o objeto da negociação, a fim de garantir o êxito nas investigações. E o acordo de colaboração premiada apenas deixará de ser sigiloso quando a denúncia for recebida.

Destaca-se que a sentença condenatória não poderá ser fundamentada apenas com as declarações do delator, devendo haver provas que coadunam com o depoimento do delator e

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Delei3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

¹² AMERICANOS, Organização dos Estados. Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. San José: Organização dos Estados Americanos Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicoas/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15 de fev. 2017.

formem, então, o juízo de certeza do magistrado. Caso contrário, o depoimento do acusado se dará apenas como um mero ato investigativo, sem força ou valor probatório.

Diante disso, a delação premiada passa a ser um mero mecanismo de investigação, não sendo um elemento puro e neutro, de modo que carece de outros elementos probatórios para justificar uma condenação criminal.

Dessa maneira, considerando que o próprio Ministério Público poderá propor o acordo de delação premiada, começou-se a indagar se o *parquet* teria poderes de investigação direta, se teria atribuição para tanto.

2. CONTROVÉRSIAS SOBRE A RESTRIÇÃO DA CONDUÇÃO INVESTIGATIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Baseado nas indagações explicitadas anteriormente, passa-se a analisar os limites investigativos do Ministério Público.

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil¹³, o Ministério Público exerce algumas das funções essenciais à justiça, dentre elas a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”¹⁴.

Entende-se como ação penal pública o instrumento utilizado pelo Ministério Público para postular ao Estado a aplicação de uma sanção decorrente de uma infração penal. Contudo, para imputar uma infração penal a alguém é necessário que se saiba se existiu o fato penalmente relevante, assim como quem praticou os atos que configuraram o crime. E para essa apuração há a necessidade de investigar o crime.

A investigação, então, irá verificar as circunstâncias em que ocorreram o crime, quem o praticou, contra quem foi praticado e as consequências lógicas resultantes.

De acordo com a Constituição Federal¹⁵ e com o Código de Processo Penal¹⁶, cabe à polícia judiciária, através de suas autoridades policiais, apurar as infrações penais e sua autoria. Portanto, inicialmente, tem-se que cabe aos delegados de polícia conduzir as investigações, motivo pelo qual se questionou se era possível a condução investigativa pelo membro do Ministério Público de forma autônoma e direta.

¹³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

¹⁴ Artigo 127 combinado com art. 129, inciso I da CRFB/88, vide nota 13.

¹⁵ BRASIL, *op cit*, nota 13

¹⁶ BRASIL, *op cit*, nota 11. Art.144, § 1º, incisos I combinado com parágrafo 4º, da CRFB e Art. 4º, do CPP

O julgamento do Recurso Extraordinário 593.727/ MG¹⁷, julgado em 08 de setembro de 2015, estabeleceu que também cabe ao Ministério Público conduzir de maneira direta e autônoma as investigações criminais. Isso porque, compreendeu-se que se o parquet tem atribuição para promover a ação penal pública, pela teoria dos poderes implícitos, mais razão teria em conduzir diretamente as investigações.

Além disso, destacou-se que a própria Constituição Federal afirmou que o parquet poderia exercer outras funções compatíveis com sua finalidade, o que tornou muito abrangente a sua atuação. Tem-se que o caráter investigativo das polícias judiciárias não é exclusivo, nem mesmo privativo, motivo pelo qual não seria acertado dar interpretação diversa para o art.144 da CRFB¹⁸, que apenas delimitou as atribuições das polícias a fim de demarcar a área de atribuição de cada uma – polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária, polícia civil, dentre outras.

Portanto, não há que se falar em impossibilidade de condução investigativa pelo Ministério Público.

E esclarecido isso, convém saber como esse poder investigatório irá se compatibilizar com o princípio da obrigatoriedade, tratado no capítulo 1 do presente artigo.

Como posto anteriormente, o princípio da obrigatoriedade afirma que o Ministério Público é obrigado a denunciar ao tomar conhecimento de uma infração penal. Contudo, tal princípio foi mitigado por diversos institutos, inclusive pelo próprio instituto da delação premiada, em razão do interesse público envolvido.

A política criminal brasileira, lastreada por movimentos adotados no direito comparado¹⁹, optou por adotar o instituto da delação premiada e, por sua vez, mitigar o princípio da obrigatoriedade. Tal movimento se mostrou necessário diante da crescente e desordenada impunidade de determinados crimes, pois a instrução probatória era insatisfatória e originava uma denúncia ineficaz no combate ao crime.

E em razão dessa ineficácia, por vezes generalizada, uma vez que em algumas situações a verificação da autoria era praticamente impossível, o Ministério Público deixava de oferecer denúncia e requeria o arquivamento do inquérito policial diante da autoria desconhecida e sem perspectiva de solução. O que só fazia aumentar a sensação de impunidade e o fortalecimento de práticas criminosas cada vez mais complexas.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 593.727. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cons/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=137088>> Acesso em: 06 mar 2017.

¹⁸ BRASIL, *op cit.*, nota 13

¹⁹ Notadamente nos Estados Unidos e na Itália

Diante disso, ou seja, da ausência de elementos probatórios robustos e esboçados de uma condenação devida, o Ministério Público deixou de funcionar como mero espectador da produção das provas e passou a integrar o procedimento prévio, com incisões mais diretas e incisivas, ao ponto de o próprio membro do *parquet* ser o responsável não só pela ação penal, mas também pela própria condução do procedimento investigativo.

Tal mudança de posição gerou conflitos, inclusive com a própria polícia, pois a instituição policial compreende a figura do promotor como condutor das investigações preliminares como uma afronta à Constituição e uma verdadeira invasão de atribuição.

No entanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal²⁰ se posicionou no ano de 2015 para conceder ao Ministério Público o poder de conduzir diretamente as investigações, nos seguintes termos:

O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cesar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffioli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheceriam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade de sempre presente no Estado democrático de Direito de permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelas membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Assente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenária, 14.05.2015.

O que solucionou a controvérsia existente sobre a restrição da condução investigativa pelo Ministério Público e deu ao princípio da obrigatoriedade mais eficiência. Quer-se dizer, diante do conhecimento de uma infração penal, o *parquet* obrigado a oferecer denúncia, oferece-a, porém de forma mais embasada e concreta, pois a prova, por ele diretamente produzida, possibilita uma prestação jurisdicional eficiente e produtora. E não mais uma perspectiva frustrada de solução penal.

A condução investigativa direta pelo *parquet* é fundamental para a adoção do instituto da delação premiada no ordenamento brasileiro, pois através da atuação direta daquele que

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 593.727. Relator: Ministro Cesar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=227089>> Acesso em: 06 mar 2017.



possui legitimidade para propor a ação penal pública viabiliza a realização de acordos²¹ e permite a punição concreta dos reais envolvidos no esquema criminoso, possibilitando o alcance das principais mentes criminosas das organizações criminosas.

Além disso, permite uma aplicação eficiente do princípio da obrigatoriedade, ao sustentar o pedido condenatório, embora ocorra uma mitigação do mesmo no bojo da prática investigativa para se chegar a um resultado mais amplo e benéfico a todos.

3. DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA COMO MANOBRA DE VINGANÇA E SUA BANALIZAÇÃO

Além de todo o exposto, é possível inferir que a delação premiada pode ser usada pelo acusado como forma de vingança contra os seus antigos comparsas, tornando-se um traidor e, ainda, um legitimado a utilizar de instrumento estatal em sua empreitada pessoal.

Confirme-se extrai do art. 4º, parágrafo 4º, da Lei 12.850/2013²², o Ministério Público apenas poderá deixar de oferecer denúncia, em razão da proposta da delação premiada, se o agente não for o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração, nos moldes do caput do artigo mencionado e conforme explicado anteriormente.

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advinha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

§4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. [...]

Ou seja, havendo uma efetiva colaboração por parte do acusado, o parquet estará autorizado a não denunciar, e conforme visto, uma expressa mitigação do princípio da obrigatoriedade.

Contudo, tal prática, tão privilegiada pelo legislador e pela opinião pública, em geral, merece uma melhor análise.

²¹ Como o acordo de leniência.

²²BRASIL. BRASIL, *op cit.*, nota 5



O estudo crítico do instituto revela uma manobra investigatória que expõe, antes de tudo, uma ineficiência administrativa declarada por parte dos órgãos responsáveis pela investigação²³. Isso porque se “impõe” ao outro o dever de cooperar e facilitar o trabalho investigatório, quando, na verdade, a elucidação dos crimes, por mais complexos que sejam, caberia apenas e somente aos entes estatais.

Trata-se de um atalho, de um caminho mais fácil e menos oneroso para a máquina estatal, que, por sua vez, justifica sua atuação em prol da solução de grandes esquemas criminosos. Mas se revela um erro notório.

O caminho “mais fácil” pode, contudo, mostrar-se mais oneroso a longo prazo.

Na realidade, institucionalizar a fraqueza do acusado pode se voltar contra o Estado, na medida em que grandes esquemas poderão ser traçados justamente para violar o instituto e usá-lo em benefício do delator e da organização criminosa.

A delação premiada nada mais é do que a institucionalização e legitimação da traição.

É, no mínimo, contraditório com todo o sistema processual penal. De acordo com a base do estado do processo penal e, consequência do sistema acusatório, o Ministério Público deve zelar pelo princípio da indivisibilidade²⁴, ou seja, a ação penal é indivisível.

Quer-se dizer, o Ministério Público não pode escolher processar um autor do fato e não processar o outro, quando os dois agem em concurso. Estando os dois envolvidos na prática do crime, os dois deverão ser denunciados por esses crimes. Tal princípio tem o objetivo de justamente impedir a utilização da ação penal como forma de vingança ou manobra política, garantindo uma justiça isonômica e respeitável.

E cabe ressaltar que há divergência doutrinária sobre o caráter divisível da ação penal pública incondicionada, pois alguns autores defendem pelos motivos expostos acima, que não há discricionariedade, o Ministério Público não pode escolher quem deseja denunciar (Renato Brasileiro, Fernando da Costa Turinho Filho, Aury Lopes Jr. e outros). Enquanto, outra corrente defende que haveria uma divisibilidade da ação penal pública, pois enquanto não tivesse notícia de todos os envolvidos na prática criminosa, o Ministério Público poderia oferecer denúncia apenas contra os que possui conhecimento, podendo aditar a denúncia e momento posterior, durante o curso processual (é a posição que prevalece no STJ²⁵ e STF²⁶).

²³ Seja o Ministério Público, seja a Polícia Judiciária.

²⁴ BRASIL, *op cit.*, nota 11. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processamento de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REC n. 34.233-SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em:

<https://www2.stj.jus.br/jurisprudencia/externa/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cust=73714778637>

Acesso em: 06 mar 2017.

Mas ao adotar como base a linha de defesa da primeira corrente, tem-se que com o advento da colaboração premiada, o que se vê é justamente a contramão dos princípios basilares do sistema processual penal.

Ocorre uma verdadeira ruptura com a ética dentro do Estado Democrático de Direito, pois o Estado se utiliza de meios, até então empregados pelos criminosos, para legitimar sua condução processual.

Com o sucesso de prisões importantes e desarticulação de esquemas vultosos, a delação premiada é vista como um “achado”, um meio inovável, mas não “exergam” as consequências dessa prática, não criam um sistema mais imparcial e fechado, a fim de evitar a utilização desenfreada do instituto.

Uma quadrilha capaz de desviar milhões de reais das contas públicas durante décadas sem desconfiança e com o envolvimento de autoridades será capaz também de firmar planos para desarticular esse método de tração premiada. Ou ainda, utilizá-la a seu favor.

É completamente possível que grupos criminosos combinem entre si quem será o denunciado da vez, em troca de resguardar interesses maiores, com um benefício mais vantajoso para o “delator”, como proteção integral e privilégio para a família.

Pois o presente instituto, enquanto legal, se revela um perigo, inclusive, para o próprio delator, pois é uma violação ética até mesmo no mundo do crime. E se o Estado não tem capacidade de resolver os “seus” problemas, com os “seus” agentes e meios, tendo a necessidade de contar com a ajuda do criminoso para realizar o seu trabalho, o que dizer da competência para proteger e garantir a segurança pessoal do delator e de sua família.

O Estado acaba justificando os meios para alcançar o fim²⁷ a qualquer custo. O bem jurídico protegido pela delação - a segurança pública - justificaria a sua utilização, ou seja, o fim legitimaria o meio. Combate-se um exagero - no caso da violência desenfreada - com um absurdo - a delação premiada.

Além disso, a cultura contemporânea do imediatismo, da emergência desenfreada e sem limites ganhou um forte aliado com o surgimento da delação premiada, porque se abriu uma gama de possibilidade de atos atentatórios à real prática da justiça. Torna-se possível o manejo de interesses pessoais na condução da investigação, transforma o Estado em refém dos interesses dos criminosos, por vezes sequer percebida durante o encaminhamento da solução e trato penal.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REHC 95141-RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5407091/recurso-em-habeas-corpus-rhc-95141-rj>>. Acesso em 06 mar 2017.

²⁷ “Os fins justificam os meios”

Em última análise, premiar o delator seria o mesmo que premiar o crime.

Essas e outras críticas merecem uma especial atenção, uma reflexão, uma vez que deixando a hipocrisia de lado e assumindo - e confessando - a sua ineficiência, será possível traçar novas rotas e encontrar meios mais seguros que viabilizem a atuação estatal, sem a sua deslegitimação perante a sociedade a longo prazo.

O tema da delação premiada desafia diversos questionamentos: desde sua conveniência político-criminal, passando por sua apreciação sob o ponto de vista da quebra da ética inerita ao proceder dentro de um Estado Democrático de Direito, ou pelas questões relativas ao seu valor probatório, até sua natureza jurídico-penal, sua função processual penal e as implicações daí decorrentes para o postulado do devido processo legal no direito positivo brasileiro.

Surgem dúvidas basilares, como por exemplo, se ao premiar a delação, o Estado não elevaria ao grau de virtude a traição? Poderia o Estado ter meios éticos do que os cidadãos que ele encarcera? Pode o Estado barganhar vantagens para o preso em troca de atitudes que o degradam, que o violentam, e alcançam, de súbito, a autoridade estatal? E como evitar que o instituto seja manejado pela organização criminosa?

É certo que em outras legislações, inclusive em países desenvolvidos economicamente, a figura da *delatio* já existe há algum tempo, como ocorre nos Estados Unidos *bargain*, e na Itália, *patteggiamento*, entre outros países. Contudo, são exemplos que não deveriam ser seguidos, pois desprovidos de qualquer caráter moral ou ético.

CONCLUSÃO

An longo do desenvolvimento do presente trabalho foi possível conceituar, esclarecer e demarcar o conflito existente entre o instituto da delação premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Constatou-se uma tendência da mitigação do princípio da obrigatoriedade a fim de fortalecer a independência do Ministério Público na condução do procedimento investigativo de maneira a permitir o desenvolvimento eficiente da política criminal, gerando soluções para frear o crescimento de práticas criminosas.

E graças a essa mitigação, o instituto da delação premiada pode ser aplicado sem viciar o sistema acusatório, além de reduzir a sensação de impunidade tão difundida nos dias atuais.

Contudo, o mencionado instituto, que até então surgiu como uma saída eficaz para crimes de difíceis elucidações, com pouca produção probatória, passou a ser analisado sob a perspectiva crítica, sob o aspecto das suas consequências negativas.

A ideia de premiação para aquele que “entrega” o esquema ao delatar os seus companheiros deve ser observado com cuidado e desconfiança.

Afinal, o Ministério Público que antes não podia fazer distinção entre os agentes envolvidos na prática criminosa para denunciá-los, passa a ter uma liberdade, ainda que “assistida”, para escolher quem irá denunciar, tendo autonomia para fazer acordos segundo seu critério discricionário de decisão, embora tecnicamente seja vinculado aos ditames e regramentos da lei.

Constata-se uma preponderância da segurança pública face aos direitos fundamentais do agente transgressor, admite-se que o mesmo produza prova contra si mesmo, sem que com isso o Estado seja representado frente às Organizações Internacionais, sem que se caracterize, por exemplo, uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana, ou ainda, da dignidade do preso.

O Ministério Público tem sua legitimidade para a condução investigativa direta reconhecida e exaltada ao seu extremo.

Precisa-se apostar, ainda, uma especial atenção à utilização do instituto a fim de evitar que o mesmo seja usado como manobra dos próprios delinquentes, pois o nível de organização das associações criminosas é alto e inteligente, de modo que não deve ser subestimado, uma vez que seria possível criar esquemas para induzir a aplicação do instituto da delação premiada, porém sob o controle e a ótica dos próprios investigados, viciando a condução investigativa e a própria resposta penal ao ilícito.

Ainda, verificou-se a possibilidade de utilização da delação premiada como mecanismo de vingança do agente contra os seus antigos companheiros, assim como a institucionalização da traição pelo Estado. E, por fim, a certificação da ineficiência dada pelo próprio Estado em cumprir com suas obrigações inerentes de investigação, processamento e julgamento.

Conclui-se a análise com um alerta de se observar a aplicação do instituto de maneira a evitar a sua banalização ou o induzimento ao erro das autoridades públicas e, consequentemente, a redução da legitimidade representativa do Estado-juiz.

REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.nas.org/basicos/portugues/c.convencao_americaa.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoempilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em 15 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 593.727. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=227089>>. Acesso em: 06 mar 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 95141-RJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5407091/recurso-em-habeas-corpus-rhc-95141-rj>>. Acesso em: 06 mar 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 34.233-SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@not-%2714718%27>>. Acesso em: 06 mar 2017.

CARDOSO, Fábio Fettercia. *A delegação premiada na legislação brasileira*. Disponível em: <<https://fabiofettercia.jusbrasil.com.br/artigos/174959721/a-delegacao-premiada-na-legislacao-brasileira>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A regra da obrigatoriedade da ação penal pública e as suas exceções no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121939017/a-regra-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica-e-as-suas-excecoes-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 20 dez. 2016.



MOSSIN, Heráclito Antônio; Mossim, Júlio César O. G. *Delegação Processual – Aspectos jurídicos*. 2. ed. rev. e atual. Leme/SP: JH Mizuno, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Cursos de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Frederico Valvez. *Delegação Processual – Legitimidade e Procedimento*. 3. ed. Paraná: Jurua, 2016.

PROCESSUALIDADE PARTICIPATIVA: O DEVIDO PROCESSO LEGAL DEMOCRÁTICO E A FORMAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Raphael Alves Oldenburg

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo: O Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do direito administrativo demandam que o administrador público adote uma nova postura na gestão da coisa pública. Um desses reflexos ocorre na dinâmica das escolhas do Poder Público, sobretudo a partir da processualização de suas atividades. A essência do trabalho é demonstrar os ganhos efetivos à sociedade e ao Estado quando os princípios processuais são respeitados no caminho para formação das decisões da Administração Pública.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Processo administrativo. Processualidade. Participação.

Sumário – Introdução. 1. Constitucionalização e democratização da Administração pública: diálogos com a sociedade. 2. Escolhas administrativas e processualidade: percurso necessário à formação das decisões da Administração Pública 3. Devido processo legal democrático: por que não se trata de mero formalismo. Conclusão. Referências.

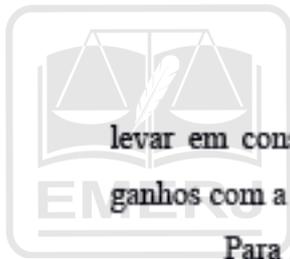
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica pretende demonstrar os ganhos efetivos à sociedade e ao Estado quando os princípios processuais são respeitados no caminho para formação das decisões da Administração Pública.

Constata-se faticamente que, por vezes, a Administração Pública ignora a participação dos administrados nos processos decisórios. Entrementes, a existência de um Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do direito administrativo, por outro lado, reclamam do administrador uma nova postura na gestão da coisa pública. Isso porque a formação das decisões do Poder Público e o devido processo legal que o instrumentaliza precisam ser adequados àquelas novas ordens, com vistas à inclusão do administrado e o efetivo diálogo no processo administrativo.

Procura-se sustentar que a processualização administrativa requer o respeito a diversos princípios até se alcançar seu produto final, a decisão administrativa. Para tanto, abordam-se posições doutrinárias a respeito do tema com vistas a conseguir discutir os elementos informadores do devido processo legal democrático a ser seguido pelo administrador.

O estudo desse caminho favorece as seguintes reflexões: até que ponto o modelo Estado democrático de direito e a constitucionalização influenciaram a função administrativa dos dias atuais? É possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que a Administração Pública deve



levar em consideração a participação dos administrados na tomada de suas decisões? Quais os ganhos com a adoção de um devido processo legal democrático?

Para melhor compreensão do tema, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão e a importância da constitucionalização do direito administrativo e do Estado Democrático do direito para as manifestações e funções do Poder Público.

No segundo capítulo, busca-se expor a evolução dos parâmetros para as escolhas administrativas e a imprescindibilidade do processo para a construção dessas.

No terceiro capítulo destina-se a demonstrar os reflexos da adoção de um devido processo legal democrático na tomada de decisões administrativas e seus ganhos efetivos.

Por fim, busca-se defender a necessidade do administrador abrir e fomentar à participação aos administrados na decisão administrativa, em razão dos novos paradigmas traçados pelo Estado contemporâneo, bem como respeitar-se os princípios processuais que consolidam a ideia de devido processo democrático.

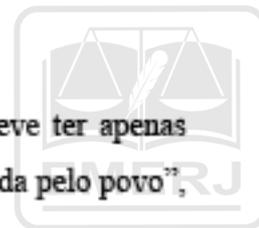
A metodologia empregada no trabalho consiste na construção da pesquisa a partir da revisão da bibliográfica de autores de livros e artigos nas áreas de direito público e direito processual, bem como na análise das disposições do direito positivo brasileiro sobre o tema.

1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DIÁLOGOS COM A SOCIEDADE

A partir do século XX, a ideia de democratização veio a ser inserida na agenda dos Estados, quando esses passaram a refletir sobre as ideias de formação legítima de poder e representação política¹. Com o passar do tempo, o modelo de Estado Democrático de Direito, que se fundamenta no ideal de soberania popular, passou a estar presente em grande parte dos Estados contemporâneos.

As conquistas desse regime democrático garantiram que o povo de forma direta ou indireta ganhasse voz para formular as pautas das políticas a serem adotadas pelo Estado. Tal medida, por conseguinte, é responsável por trazer cores de legitimidade às preferências feitas, elevando o papel da sociedade como ator de mudanças e não mais de mero espectador.

¹BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.



Nessa linha, José Joaquim Gomes Canotilho sustenta que o Estado não deve ter apenas uma constituição ou leis, mas que esse deve possuir uma “ordem de domínio legitimada pelo povo”, em que o real poder derive dos cidadãos².

Com o regime, atraiu-se para o centro da ordem jurídica dois princípios basilares, quais sejam, os direitos do homem e a democracia substantiva. Esses, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, foram elevados ao status de mega-princípios, sobretudo com a proteção conferida pela carta constitucional³. “As ideias de direitos fundamentais e democracia representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos”, e atuam, também, como, “os fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito”.⁴

Assim, inaugurou-se uma “era de relações paritárias”, em que a cena política deve ser transformada pelas “ações da Administração e dos cidadãos”⁵.

O papel da Constituição, por sua vez, foi sendo modificado ao longo dos séculos. Em tempos passados, a norma fundamental tinha o exclusivo papel de elencar normas de organização do Estado. Com a maior intervenção do Estado em diversas áreas, essa passou a ser considerada um “estatuto fundamental do Estado e da Sociedade”⁶.

A nova função deu maior importância aos princípios, os quais receberam força vinculante e normatividade, bem como traçaram uma característica aberta à Constituição, esta essencial para uma sociedade com rotineiras transformações. Além disso, trouxeram valores humanísticos em seu conteúdo⁷, de sorte que a supremacia daquele texto passara a ser, não apenas formal, mas também material em relação à legislação infraconstitucional.

Todas essas repercussões trouxeram à tona a necessidade de adequação dos atos da Administração Pública à Constituição, com vistas à sua validade dentro do sistema. Com isso, não é suficiente que o ato seja calcado no simples aspecto da legalidade formal, mas que alcance a legitimidade material requerida pelo princípio democrático e pelos princípios elencados no arranjo constitucional.

Se não fossem suficientes as premissas da nova ordem posta, fala-se atualmente em déficit democrático da democracia representativa⁸. Por óbvio, essa insuficiência democrática deságua nas

²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 98 e 99.

³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 19.

⁴BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.49.

⁵MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 231, p. 129-156, jan./mar., 2003, p. 133.

⁶SARMENTO apud BINENBOJM, op. cit., p. 63.

⁷Ibidem, p.64.

⁸Cristiano Ferri Soares de Faria explicita que “as críticas ao sistema representativo parlamentar têm aumentado nos últimos anos. Parlamentares são considerados corruptos, ineficientes e perdulários. Pesquisas de opinião e estudos



engrenagens da Administração Pública, uma vez que as peças principais na topografia dos quadros administrativos são, em verdade, escolhas dos candidatos eleitos pelo processo eleitoral. Assim, a crise de representatividade se soma a antiga realidade de que a atividade administrativa muitas das vezes ignora as opiniões da sociedade e de grupos que sofrem interferência direta de suas ações.

Nesse contexto, como legitimar a atuação estatal?

A busca pela legitimidade, em um primeiro momento, repousou na forte vinculação do Estado à lei; em um segundo instante, no Estado Social, aos diversos comandos normativos que extrapolavam a estrutura clássica prevista à separação de poderes, resultando na distribuição das funções entre diversos atores da seara administrativa, alguns deles sob fortes críticas no tocante à legitimidade.

No cenário atual, uma das vertentes que busca resolver esse problema é a linha da democratização da formação dos atos do poder público, que sugere o reforço das “formas comunicativas e participação popular”, com conseqüente “abertura e fomento à participação” das pessoas na proteção dos interesses individuais e difusos.⁹

A inserção do cidadão no processo decisório administrativo, que resta calcado na própria ideia de democracia participativa, porém, não é um modo de superação do modelo representativo. Deve, pois, atuar de forma harmônica com o primeiro, a fim de suprir as deficiências do segundo, com vistas “a compatibilizar as decisões estatais às aspirações e reais interesses da coletividade”¹⁰.

Nessa linha, uma das formas de inserir o cidadão nessa construção da vontade administrativa e, portanto, alcançar a legitimação daquele ato, é pela via procedimental. A ideia também é sustentada por Peter Häberle, quando defende uma extensão do *status* ativo¹¹ para transformá-lo em *status activus processualis*, de modo a garantir que “o indivíduo tenha direito à participação no procedimento da tomada de decisão por parte do Poder Público”¹².

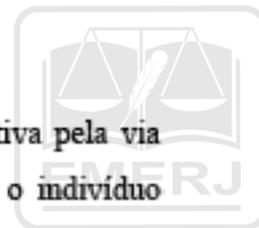
mostram haver profunda desconfiança em instituições públicas, especialmente em parlamentos”. A sensação, segundo o autor, é de que “após a eleição, parlamentares exerceriam o mandato à revelia do seu eleitorado, compondo parte de um jogo de interesses e negociações ilegítimo”, de modo que a “agenda legislativa, e as decisões, conseqüentemente, refletiriam os interesses de minorias influentes nos centros de decisão, concretizadas em leis injustas, que favoreceriam determinados grupos em detrimento de outros grupos e cidadãos”. FARIA, Cristiano Ferri Soares de. *O parlamento aberto na era da internet: pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis?* Brasília: Edições da Câmara, 2012, p.23-25. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/7867/parlamento_aberto_faria.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 jul.2017.

⁹BINENBOJM, op. cit., p.77.

¹⁰MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.233.

¹¹George Jellinek formulou a Teoria do “status” para explicar a relação do indivíduo com o Estado, enumerando quatro tipos de situações: “status passivo”, “status negativo”, “status positivo” e “status ativo”. A quarta situação (*status activus*) consistiria no conjunto de prerrogativas e faculdades que o indivíduo possui para participar da formação da vontade do Estado. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

¹²HÄBERLE apud RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.



Na lógica de uma Administração Pública que realiza sua função administrativa pela via procedimental, abre-se o necessário espaço à cidadania administrativa, prestigiando o indivíduo como protagonista das escolhas públicas e preservando o seu direito fundamental à participação.

2. ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS E PROCESSUALIDADE: PERCURSO NECESSÁRIO À FORMAÇÃO DAS DECISÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

As atividades administrativas podem ser resultantes das manifestações provenientes do poder vinculado e do poder discricionário. Enquanto no primeiro todo o caminho e chegada já estão descritos em lei, o segundo fornece uma margem de discricionariedade ao administrador para que ele forme a decisão administrativa a partir de uma análise de oportunidade e conveniência.

A formação das escolhas administrativas e a sua juridicização passaram por transformações ao longo do tempo.

Superado o Estado de Polícia, em que os atos estatais eram quadros sem moldura, os valores do Estado de Direito desenharam para a Administração Pública seus primeiros limites, a partir da primitiva concepção francesa¹³. O exercício de suas funções, neste primeiro momento era restrita à lógica da legalidade, de modo que suas manifestações seguiriam o primado da lei.

Entretanto, nem todas as situações da vida pública cabem na moldura legal. E a partir dessa premissa viu-se necessária a flexibilização do rígido caminho da legalidade. Com isso, a teoria das escolhas administrativas passou por três aberturas nos dois séculos posteriores à experiência napoleônica.

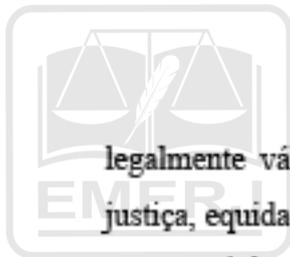
A primeira foi a adoção dos conceitos indeterminados na legislação administrativa, a partir do sucesso na experiência do direito privatista. Nesses moldes, o legislador concede ao administrador uma margem de liberdade para a execução de suas funções, de modo que ele verifique no exame concreto das circunstâncias e dos interesses qual a “opção essencialmente válida a ser tomada”.¹⁴

A segunda abertura¹⁵, segundo Diogo, deve-se a construção do instituto da discricionariedade administrativa, em que se deixam a cargo do administrador algumas opções

¹³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Mutações Juspolíticas*: em memória de Eduardo G. de Enterría, jurista de dois mundos. São Paulo: Fórum, 2016, p. 315.

¹⁴Ibidem, p. 316.

¹⁵Ibidem, p. 317.



legalmente válidas. Sua escolha se pauta com base em critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade, responsáveis por formar o chamado mérito administrativo¹⁶.

A legitimidade da aplicação dessas normas por parte do gestor público só ocorre quando se dá a correta aplicação dos critérios acima ventilados. São aqueles os parâmetros não positivos que orientam e limitam o emprego de sua vontade.

A terceira abertura, por fim, seria a da regulação, que ampliou “as possibilidades de escolha pela Administração da modalidade de função mais adequada para atuar conforme as circunstâncias”, sufragada pela ampliação da participação dos administrados no processo¹⁷.

Agora, como saber o que se decide; por quê; para quê?

Patrícia Baptista¹⁸ observa que inicialmente o direito administrativo não se interessou pelo caminho percorrido até aquele ato decisório. Nesse passo, a atividade administrativa era tida como “livre em seu itinerário e regrada em seu resultado”.

Entretanto, essa preocupação já existia no século XIX, quando se observou a importância da processualização da decisão para a formação da escolha administrativa. Isso porque “certos conceitos constantes das leis só podem ser afirmados ou negados depois de um complexo processo interpretativo em cadeia”¹⁹.

O afastamento das arbitrariedades, ademais, exige o conhecimento do percurso percorrido pelo administrador. Não é por outra razão, aliás, que, segundo Sundfeld²⁰, o processo deve ser o “modo normal de agir do Estado, sendo consequência direta da ideia de função”.

Controlar a formação da escolha administrativa faz parte da essência do Estado Democrático de Direito e o processo proporciona a verificação de cada passo que o administrador deu até a formação do ato administrativo final.

Mas não é só isso. Fora a transparência trazida pela verificação concreta desse caminhar, observa-se a construção uma outra faceta: a “legitimidade pelo procedimento”²¹. Essa ganhou toques democráticos com a maior abertura e envolvimento dos interessados na decisão, se destacando,

¹⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Bahia. 2007, n. 9, fev./mar./abr., 2007, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em 16 de mai.2017.

¹⁷MOREIRA NETO, op. cit., 2016, p. 318

¹⁸BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.230.

¹⁹GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 51-54.

²⁰SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 84. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 67.

²¹A participação procedimental suscita ainda o tema da legitimidade pelo procedimento, em que a legitimidade da decisão repousaria nas competências de decisão e na realização dos correspondentes procedimentos, ambos traçados previamente por lei”. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Bahia, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, set./out./nov., 2005, p. 18. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-3-SETEMBRO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em: 16 de mai.2017.

nessa linha, a figura da participação popular e a “igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias”²².

Ora, o processo administrativo não deve ficar restrito à própria Administração Pública e seguir uma “trilha autoritária guardada a sete chaves”²³. O cidadão, enquanto sujeito de direitos, tem o direito de participar do processo decisório, de modo a construir seu futuro ao lado do administrador às escolhas públicas que influenciam seu dia a dia. Nesse passo, a Administração autoritária cede espaço a uma Administração democrática, na qual “a moral advém como resultado do diálogo e da participação do cidadão”²⁴.

Por fim, o direito à boa administração busca sempre a eficiência. A eficiência na função administrativa está ligada à ideia de processo. Isso porque proporcionou a racionalização dos recursos e abriu aos outros interessados a possibilidade de interferência na formulação das decisões²⁵. Com essa participação de conteúdo, melhora-se a própria decisão e, por conseguinte, aumentam-se as chances da Administração alcançar os resultados por ela pretendidos.

Com isso, fica clara a evolução no processo de escolhas administrativas e a imprescindibilidade do processo para sua formação. Mais do que organizar o caminho até o produto estatal, a processualidade da função administrativa é fator de garantia, legitimidade e eficiência.

3. DEVIDO PROCESSO LEGAL DEMOCRÁTICO: POR QUE NÃO SE TRATA DE MERO FORMALISMO.

A adoção do processo para a formação de decisões não se restringe à seara jurisdicional, mas abrange todas as funções estatais²⁶, já que deve ser percebido como uma “garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões”²⁷.

²²BAPTISTA, *op.cit.*, p.244-245.

²³ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 209, p. 189-222, 1997, p. 195

²⁴*Ibidem*.

²⁵OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método: 2014, p.320.

²⁶MEDAUAR, *op.cit.*, p. 222.

²⁷MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 73, jan./abr., 2013, p. 195. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em 16 de mai. 2017.



A existência da processualidade administrativa instrumentaliza a relação entre administrador e administrado dentro de um Estado de Direito e impede, portanto, que as decisões daquele sejam tomadas de forma arbitrária ou secreta. É a processualidade, dessa forma, figura pertinente e imprescindível ao exercício de um poder²⁸, o qual deve ser exercido à luz do devido processo legal²⁹.

A obediência a essa cadeia de atos que conduzem à manifestação estatal e aos princípios a ela inerentes possibilita que o administrado enxergue, ao fim, os diversos aspectos levados em consideração pelo Estado até alcançar o ato administrativo final.

O devido processo legal, portanto, deve informar todos os processos judiciais e administrativos³⁰, sendo cláusula expressa no art. 5º, LIV e LV, da Constituição. Não foi à toa que o Código de Processo Civil (CPC) vigente deixou claro que suas normas incidiriam supletiva e subsidiariamente nos processos de natureza administrativa (art. 15). Isso inclui, por óbvio, os corolários derivados do devido processo legal, os quais fazem parte da própria estrutura de um processo democrático.

Celso Antônio Bandeira de Mello³¹ afirma que tais dispositivos constitucionais obrigam que a Administração Pública, antes de tomar suas decisões, venha a oportunizar um espaço para que os interessados e afetados por elas se manifestem, à luz do contraditório e da ampla defesa³². Essa abertura à participação no processo administrativo se alinha, aliás, a ideia de processo cooperativo (art. 6, CPC), no qual todos os atores, aí incluídos os cidadãos, cooperam para um processo justo e que alcance o melhor resultado possível em termos de direito material (devido processo substancial)³³, isto é, o melhor interesse à sociedade.

Acerca do contraditório, esse pode ser decomposto em três vertentes, quais sejam, a “informação prévia; o direito de manifestação; e o direito de ver seus argumentos levados em consideração [...]”³⁴.

²⁸MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências Públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 210, p. 11-23, 1997, p. 12.

²⁹MEDAUAR, op.cit.p. 224-225.

³⁰FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 209, p. 7-18, 1997, p. 11.

³¹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013 p.118.

³²Lei n. 9.784/99: Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...) III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; e art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses.

³³THEODORO JÚNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no estado democrático de direito. In GAIO JR., Antônio Pereira.; CÂMARA, Alexandre Freitas (coords.) *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 172-173.

³⁴CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da Audiência Pública. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Bahia. 2008, n. 13, fev./mar./abr., 2008, p.4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-ANTONIO%20CABRAL.pdf>> Acesso em: 16 de mai.2017.



Por isso é importante que a administração publicite todas as informações previamente, em período razoável, com vistas a melhor compreensão dos participantes, os quais estarão, por conseguinte, mais aptos a contribuírem na discussão³⁵. Aqui incide de forma cristalina o prisma informativo do contraditório e a sua deferência ao princípio da publicidade.

Para que se tenha esse efetivo contraditório, porém, é necessário que a Administração pública não só garanta o direito formal de ser ouvido ou de audiência (*right to a fair hearing*), mas assegure o direito de participação na construção cooperativa da decisão, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa³⁶ - 3ª vertente. Só assim se pode perceber um contraditório substantivo, e não apenas formal. É o que requer, inclusive, o Código de Processo Civil em vários de seus dispositivos (arts. 9º, 10º, 489, IV e §1º etc).

A fundamentação das decisões, por sua vez, deve ser transportada também à função administrativa. Em um Estado Democrático de Direito, não há espaços para decisões arbitrárias, uma vez que a fundamentação das escolhas públicas decorre do próprio princípio democrático plasmado no art. 1º, parágrafo único, bem como do art. 93, IX, ambos da Constituição.

Em razão disso, para efetividade do controle social sobre os atos administrativos, deve o administrador cumprir com o dever de motivação, independente das naturezas daqueles atos, vinculados ou discricionários³⁷. Ademais, esse dever de fundamentação é potencializado em um cenário de “Estado Pluriclasse”³⁸, em que muitos são os interesses dos diversos grupos sociais envolvidos. A fundamentação torna possível a verificação da atividade desenvolvida pelo Administrador e a análise se sua escolha melhor atende ao interesse público.

O dever de fundamentação demanda com que o administrador deva exercer um ônus de argumentação maior para afastar as conclusões dos participantes do processo, sobretudo quando as decisões administrativas requeiram a participação direta da sociedade na sua construção, como nos casos de instrumentos de participação popular. Nestas hipóteses de democracia participativa, portanto, “fixado o interesse público em certa direção, deverá o administrador empreender um trabalho de justificação, na motivação do ato administrativo em maior grau do que o exigido em decisões semelhantes”³⁹.

³⁵Ibidem, p.4-5.

³⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto; et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 111-112.

³⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.212-213.

³⁸Idem. Participação Popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 30

³⁹CABRAL, op.cit., p.8.



Deve-se destacar que a participação social resulta em um acréscimo de legitimidade do provimento administrativo, uma vez que leva em consideração a interferência popular, bem como diminui a arbitrariedade, já que é preciso racionalizar os fundamentos da decisão a ser seguida.⁴⁰

Antonio Cabral, no estudo sobre o instituto da audiência pública, indica outro efeito processual, que seria a função de “acertamento fático”, o qual pode ser transportado para os casos que o Administrador realiza a abertura participativa aos interessados. Trata-se da possibilidade de se coletar as manifestações desenvolvidas pelos participantes e com elas alimentar a instrução probatória, balizando, portanto, as alegações a serem trazidas pelas partes de uma possível medida judicial⁴¹.

Não obstante, esse efeito possibilita o aparecimento de uma função preventiva. Observa-se aqui a incidência do princípio da prevenção litigiosa, quando da aplicação do mecanismo participativo em referência, pois com o diálogo entre administração e administrado, resta a possibilidade da identificação prévia dos problemas e, com isso, solucioná-los antes do possível ajuizamento da medida judicial.

Essa prática, assim, estimula o ideal conciliatório e evita a profusão de litígios judiciais⁴². A imagem dessa Administração consensual se alinha, por sua vez, às diretrizes traçadas no art. 3º, §§2º e 3º do CPC, as quais indicam a preferência por soluções conciliatórias e mediadas. Neste diapasão, o diálogo entre a sociedade e a administração pode, por isso, trazer uma decisão construída a partir de uma negociação dos muitos interesses existentes, produzindo, portanto, um consenso entre esses.

A fiel observação dos princípios emanados do devido processual legal culminam na construção de uma decisão administrativa válida e ainda mais efetiva, fundada nos princípios de um modelo de devido processo democrático.

CONCLUSÃO

Verificou-se no trabalho que a afirmação do Estado Democrático de Direito e o processo de constitucionalização do direito administrativo trouxeram o imprescindível diálogo entre Estado e sociedade para dentro da Administração Pública. Por isso, a participação administrativa, que é uma

⁴⁰Ibidem.

⁴¹Ibidem, p.11.

⁴²Ibidem, p.13.

vertente do direito fundamental à participação, não só deve ser assegurado como, também, incentivado.

A elevação do cidadão de súdito para colaborador no processo de construção das escolhas públicas, portanto, é próprio de uma democracia que busca o tratamento de todos com igual respeito e consideração. Com isso, fortalece-se a pessoa humana como a grande protagonista das escolhas de seu meio social, dignificando-a, e reposiciona-se o Estado como instrumento viabilizador e concretizados de seus direitos fundamentais.

Nesta esteira, o mérito das decisões administrativas, que ainda é decidido de forma autoritária por diversos gestores públicos precisa passar por uma releitura ante a processualização administrativa e os contornos delineados pela aplicação de um modelo de devido processo democrático.

A partir desses dois condicionantes, o processo administrativo à formação das decisões administrativas, tal como qualquer outro processo, precisa respeitar os diversos princípios de índole processual a ele inerentes. Mais do que mero formalismo, esses limitam e norteiam as atividades da Administração Pública contemporânea a chegar a um processo efetivamente justo.

Por isso, o respeito ao contraditório substantivo, à fundamentação das decisões e à cooperação fortalecem a ideia de legitimidade da atuação estatal por meio do procedimento. Não obstante, a abertura aos interessados torna mais eficiente as decisões do administrador, já que as informações trazidas por esses podem ser decisivas à Administração na tomada da melhor decisão.

Essa atuação que leva em consideração as diversas opiniões possibilita, ainda, a prevenção de inúmeros litígios, fator de enorme importância em um cenário onde a fazenda pública figura como maior litigante nos tribunais de todo o país. Atinge-se, deste modo, o modelo tão festejado de administração consensual.

Não se pode esquecer de mencionar que, apesar de as bases estarem fundadas na própria Constituição de 1988, a promulgação de um novo código de processo civil fortaleceu ainda mais as conclusões aqui trazidas. O diploma cristalizou em seu corpo alguns importantes fundamentos legais que devem ser respeitados e aplicados também nos processos administrativos.

Saliente-se que tanto o constituinte quanto o legislador não buscaram asfixiar a formação do mérito administrativo, mas sim traçar os caminhos para sua formação. Todas as decisões administrativas devem ser passíveis de controle social e, para que se alcance esse objetivo, é necessário que se conheça as etapas realizadas na formação do ato administrativo.

Mais do que mudanças legislativas, porém, o que realmente se espera é que o administrador altere a cultura administrativa antidemocrática e profira decisões válidas à luz de um



devido processo democrático. Com isso, a legalidade e a legitimidade dos atos administrativos estarão, de fato, protegidas.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

_____. Lei n. 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 16 mai. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da Audiência Pública. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Bahia. 2008, n. 13, fev./mar./abr., 2008, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-13-FEVEREIRO-2008-ANTONIO%20CABRAL.pdf>> Acesso em: 16 de mai.2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Bahia. 2007, n. 9, fev./mar./abr., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em 16 de mai.2017.

_____. Participação Popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

FARIA, Cristiano Ferri Soares de. *O parlamento aberto na era da internet: pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis?* Brasília: Edições da Câmara, 2012. Disponível em:

<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/7867/parlamento_aberto_faria.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 jul.2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 209, p. 7-18, 1997.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade e Reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Audiências Públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 210, p. 11-23, 1997.

_____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Novas Mutações Juspolíticas: em memória de Eduardo G. de Enterría, jurista de dois mundos*. São Paulo: Fórum, 2016.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 231, p. 129-156, jan./mar., 2003.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 73, jan./abr., 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 16 de mai. 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Bahia, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 3, set./out./nov., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-3-SETEMBRO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em 16 de mai.2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método: 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 209, p. 189-222, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 84. São Paulo: Malheiros, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no estado democrático de direito. In GAIO JR., Antônio Pereira.; CÂMARA, Alexandre Freitas (coords.) *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



LIMITES DE SINDICABILIDADE DA VALORAÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONCEITOS INDETERMINADOS: A PUBLICIDADE NA LEI DE PREGÃO

Renan de Freitas Ongaratto

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ. Advogado. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Cândido Mendes.

Resumo – diante das crescentes e complexas mudanças e diferenças sociais verificadas no Brasil, vale-se o legislador de mecanismos que lhe possibilitem conferir maior aplicabilidade e efetividade aos textos normativos. A essência do trabalho é abordar a tarefa de interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados, expondo os rigores metodológicos necessários ao tratar do tema, definindo os limites de atuação dos órgãos de controle da escolha administrativa e apontando quais os mecanismos capazes de evidenciar, com a maior precisão possível, que tal escolha foi correta.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Discricionariedade Administrativa. Valoração Administrativa. Conceitos Jurídicos Indeterminados. Legitimidade. Razoabilidade. Vinculação. Sindicabilidade. Limites. Controle Judicial. Controle Externo. Pregão. Jornal de Grande Circulação. Publicação.

Sumário – Introdução. 1. Concretização de conceitos indeterminados enquanto juízo de legalidade vinculado. 2. O controle de legalidade, legitimidade e constitucionalidade da valoração administrativa de conceitos indeterminados. 3. Publicidade na lei de pregão e o conceito jurídico indeterminado de jornal de grande circulação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa científica ora realizada destina-se a analisar a sindicabilidade da valoração administrativa de conceitos indeterminados com intuito de definir a possibilidade de se realizar o controle de atos administrativos interpretativos e a medida em que se faz possível tal controle, estabelecendo, ao fim, os limites e parâmetros mais adequados de interpretação, em termos compatíveis com os princípios constitucionais norteadores do atuar administrativo e com a separação dos poderes, especialmente no que se refere à aceção dada ao termo jornal de grande circulação na lei de Pregão (Lei 10.520/02).

Em um estado democrático de direito, o direito administrativo encontra balizas garantidoras dos objetivos almejados em especial no princípio da legalidade – que ao contrário da legalidade aplicável ao ramo do direito privado, sujeita o administrador aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, em todos seus atos, não podendo fazer

senão o que a lei expressamente permite – e no constante controle externo exercido sobre o executivo por parte do legislativo, do judiciário e das cortes de contas.

Diante da expansão do direito administrativo, porém, as dificuldades em tutelar as inúmeras particularidades existentes em um país continental, aliadas a impossibilidade de delimitar todos os possíveis comportamentos do administrador diante das situações a ele impostas, fizeram o legislador buscar o ótimo mediante legislações que contem com normas jurídicas fluidas e vagas, que dão ao intérprete, em tese, margem para adotar a decisão que, subjetivamente, lhe pareça a melhor para o caso concreto, o que traz o debate a possibilidade e os limites de controle sobre tais decisões.

Tendo em vista esse cenário, tem-se como justificativa para a abordagem do referido tema a necessidade de se assegurar a garantia dos direitos individuais por meio do direito fundamental à boa administração consubstanciado no controle externo dos atos administrativos.

Neste sentido, este artigo acadêmico se propõe a discutir limites interpretativos para os conceitos indeterminados de forma a pautar a atuação do Estado e frear abusos interpretativos na aplicação do direito, exigindo da Administração Pública e dos gestores públicos vinculação aos mandamentos constitucionais. Busca-se assim, discutir a possibilidade e os limites de controle dos conceitos indeterminados em busca de uma melhoria na aplicação do Direito pelo administrador, afastando desconfianças decorrentes do desconhecimento sobre os reais fundamentos dos atos administrativos.

Com este propósito, no primeiro capítulo, analisa-se que – embora haja quem sustente que os conceitos indeterminados levariam, invariavelmente, ao reconhecimento de uma atividade discricionária do administrador, não passível de controle – não há, em verdade, discricionariedade quando da interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, não havendo confusão entre a concretização de conceitos indeterminados com o uso de poder discricionário.

Em seguida, o segundo capítulo se presta a defender que os órgãos de controle são os responsáveis pela análise de legalidade, legitimidade e constitucionalidade dos atos administrativos, inserindo-se nesses limites a análise da valoração de conceitos indeterminados com a indicação dos parâmetros a serem seguidos em busca da uma melhor aplicação do direito.

No terceiro capítulo, estuda-se as balizas de verificação da concretização do conceito indeterminado de “jornal de grande circulação” exigido na Lei de Pregão como meio de



garantir a publicidade do certame, expondo com rigor metodológico os limites de sindicabilidade mais indicados a serem adotados.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, baseando-se em determinadas premissas e daí analisando propostas hipotéticas, que serão demonstradas ou rejeitadas argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. CONCRETIZAÇÃO DE CONCEITOS INDETERMINADOS ENQUANTO JUÍZO DE LEGALIDADE VINCULADO

É certo que a indeterminabilidade dos conceitos legais cessa diante da necessidade concreta de aplicação da norma, momento antes o qual o preceito legal abstrato ainda não incide diretamente na esfera jurídica dos jurisdicionados. Ou seja, conforme aponta a Marçal Justen Filho¹, o fator de abstração perdura somente até o momento da ocorrência de fatos que venham a tal norma se subsumir e a ela conferir concretude.

Resta-nos perquirir, porém, diante da dificuldade de se extrair objetivamente uma solução unívoca frente à fluidez das expressões legais, se tal atividade de concretização leva, invariavelmente, ao reconhecimento de uma atividade discricionária do administrador, não passível de controle externo. A respeito de tal proposição a doutrina divide-se.

Uma primeira corrente sustenta que a concretização adequada decorreria do juízo subjetivo volitivo do administrador daquilo que considerar oportuno e conveniente como forma de preenchimento do conceito indeterminado. Nesse sentido, afirma-se existir, portanto, margem de livre apreciação administrativa capaz de configurar tal ato como discricionário. Nesse sentido se posicionam Celso Antônio Bandeira de Mello² e José dos Santos Carvalho Filho³.

¹ “[Os conceitos jurídicos indeterminados] são expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993. p. 420.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Controle Judicial da Concretização dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista de Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 54, 2001. p. 114.



Em sentido diametralmente oposto ao anteriormente exposto, apresenta-se uma segunda corrente, defendida por Eros Roberto Grau⁴, Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández⁵ e Gustavo Binembóim⁶, que afirma que a interpretação e consequente concretização do conceito indeterminado levaria a uma única resposta correta para o caso sob análise, pelo que inexisteria atividade discricionária, pois caberia ao administrador tão somente a interpretação, inserida no juízo de legalidade.

Além das posições apresentadas, inúmeros juristas debatem o tema trazendo relevantes contribuições⁷, todavia, para fins deste trabalho considerou-se o embate entre as duas principais correntes sobre o tema, acima expostas.

Para o enfrentamento da divergência exposta cabe, primeiramente, definir o que se pode entender por atividade discricionária, decorrente de um juízo de oportunidade da Administração, e traçar importante distinção entre tal atividade e a de interpretação do direito, decorrente de um juízo de legalidade.

Segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸, a discricionariedade administrativa pode ser assim definida:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Fato e o Direito Pressuposto*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 203.

⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 301/304.

⁶ Nas palavras do autor: "Como visto, o ato discricionário pressupõe um poder de escolha do administrador. Este, diante de uma situação concreta, pode optar por um ou outro caminho, de acordo com critérios racionais que, a seu ver, produzam a melhor solução. Tal resultado pode: (i) já estar previsto na norma de competência, havendo, nesse caso, a opção por uma solução A, B ou C (discricionariedade de escolha); ou (ii) ser de livre escolha do administrador, que se mantém vinculado, apenas, pela finalidade estabelecida na lei (discricionariedade de decisão). Já os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são fruto de uma opção do administrador. Se é que há uma eleição, esta é da própria legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido". BINEMBÓIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Revovar, 2006. p. 219.

⁷ Deve-se destacar a existência de importante tese de Germana de Oliveira Moraes, que analisa os conceitos indeterminados de acordo com os tipos de situações que pretendem regular e espica não haver nexo essencial entre discricionariedade e conceitos indeterminados, podendo o conceito indeterminado conferir ou não margem de liberdade para o administrador. Para ela nos conceitos indeterminados que façam referência a uma situação atual haverá atividade vinculada e, ao contrário, nos conceitos que envolvam uma ponderação valorativa de interesses concorrentes ou um juízo de prognose, realizar-se-á atividade não vinculada. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p.61.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.



Do exposto é possível extrair a ideia por ele defendida de que os conceitos indeterminados, caracterizados na expressão “finezas das expressões da lei”, ensejam a discricionariedade administrativa, sendo um dos seus elementos caracterizadores. Todavia, esse não parece ser o melhor entendimento.

Com a vênia para discordar do ilustre jurista, entender que a concretização dos termos legais conduz à discricionariedade levaria, conseqüentemente, a necessidade de admitir como inserida na esfera de atribuições discricionárias do administrador praticamente toda a interpretação das normas de direito administrativo.

Nesse sentido, não se pode enquadrar na noção de discricionariedade a atividade interpretativa, pois a discricionariedade é, em verdade, fruto de expressa atribuição legal e não consequência do emprego de termos indeterminados⁹. Em outras palavras, a discricionariedade é atribuída pela lei que confere ao administrador o juízo de oportunidade para optar entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, permitindo pluralidade de soluções justas¹⁰, mas à tal ideia não se estende ou se aplica à atividade do intérprete legal.

Em adição, não se mostra razoável admitir que o administrador ao realizar a interpretação que comina a concretização do conceito indeterminado pratique um ato discricionário, decorrente de um juízo de oportunidade, mas que quando tal ato é questionado judicialmente a interpretação oriunda da análise judicial seja tida como jurisdição (dizer o direito), ou seja, juízo de legalidade.

Não há, portanto, relação entre a adoção de conceitos indeterminados no texto legal e a atividade discricionária do administrador, pois, ainda que diante de conceitos indeterminados, este terá de atuar nos limites dispostos pelo legislador e pelos princípios jurídicos.

Conforme expõe Eros Roberto Grau¹¹, não se pode confundir a liberdade conferida pela lei com o processo de concretização dos conceitos indeterminados, o que decorre de juízo de legalidade e não de oportunidade:

⁹ GRAU, op. cit., p. 192.

¹⁰ Na doutrina espanhola: “O peculiar destes conceitos jurídicos indeterminados é que sua qualificação em uma circunstância concreta não pode ser mais que uma: [...] ou há utilidade pública ou não há; ou se há, com efeito, uma perturbação da ordem pública, ou não se há; ou o preço que se indica é justo ou não o é, etc. Tercium no datur. Há, pois, e isto é essencial, uma unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma circunstância concreta. Aqui está o peculiar do conceito jurídico indeterminado frente ao que é próprio às potestades discricionárias, pois o que caracteriza a estas é justamente a pluralidade de soluções justas possíveis como consequência de seu exercício”. ENTERRÍA apud FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 38, n. 151. Senado Federal, jul/set. 2001, p. 118. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/abrfitem?id/703>>. Acesso em: 11 out. 2016.

¹¹ GRAU, op. cit., p. 204.



Penso, assim, podemos apartar as duas técnicas na consideração dos juízos aos quais correspondem. No exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indifferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados (vale dizer, das noções) o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que — e não porque o número de soluções justas varia de uma outra hipótese — são distintas as duas técnicas.

A tarefa de aplicação de conceitos indeterminados, portanto, se mostra como uma atividade vinculada, pois diz respeito à concretização de uma linguagem instrumentalmente definida por lei.

Antes de escolhida a conduta a ser adotada não é possível se falar em discricionariedade, uma vez que as opções que se põem diante do administrador são as mesmas que colocam diante de qualquer cidadão, frente a qualquer dispositivo legal, qual seja, atender ao comando legal ou não. É, neste sentido, irrelevante do ponto de vista jurídico haver uma, duas ou mais opções capazes de atender àquele comando, pois, em última análise, ou ele será ou não atendido, o que diz respeito a uma análise de legalidade.

Após a escolha feita, concretizado o conceito jurídico indeterminado, tampouco pode-se falar em discricionariedade uma vez que o controle dirá respeito à análise de submissão do fato à norma.

Assim, verifica-se que a vinculação do administrador se presta a racionalizar a atuação administrativa e a favorecer um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, uma vez que não há que se falar em conveniência e oportunidade em se atender à lei.

2. O CONTROLE DE LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA VALORAÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONCEITOS INDETERMINADOS

A questão a respeito do controle da valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, e seus limites, passa, necessariamente, pela discussão sobre se tratar a concretização de conceitos jurídicos indeterminados de ato discricionário ou vinculado. Quanto a tal ponto, conforme demonstrado no capítulo anterior, o espaço de tomada de decisão conferido ao administrador não o põe diante de uma verdadeira liberdade, e sim, de um juízo de estrita vinculação, o que traz repercussões diretas no espectro de sindicabilidade.

Como é cediço, no exame de atos administrativos que digam respeito ao poder discricionário, em princípio, qualquer das opções dadas ao administrador, dentro do espaço

conferido pelo legislador, será incensurável e inexamável¹². Nesses casos, conforme tradicional doutrina¹³, o julgador somente entenderá uma medida como ilegal quando verificar a incompetência da autoridade, a irregularidade da forma empregada ou o excesso de poder¹⁴.

Por outro lado, quando a análise se pauta em juízo vinculado o julgador realizará juízo de adequação do fato apresentado às finalidades da norma que se pretende cumprir para determinar a correção da conduta administrativa, pois não resta espaço ao administrador no seu atuar em qualquer dos elementos do ato administrativo. Assim sendo, permite-se as possibilidades de exame quanto à correção ou incorreção da escolha realizada.

Ainda sobre a possibilidade de controle da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, cumpre verificar quais os seus limites. Ou seja, é necessário determinar em que hipóteses e de que forma o julgador poderá afirmar que a interpretação conferida se presta a atender o comando legal.

Em determinadas hipóteses a verificação a respeito da regular concretização de um conceito jurídico indeterminado é facilmente aferida. O problema surge justamente nos casos em que não é possível afirmar, de imediato, que determinada aplicação é adequada aos fins que se propõe. É de se notar que, embora quem possua oito anos de idade possa se inserir no conceito de jovem e quem possua oitenta não o possa, suscitaria dúvidas definir se um indivíduo de quarenta anos se enquadraria no conceito.

Nesse sentido, surgem os conceitos de zonas de certeza positiva, negativa e de incerteza¹⁵, sendo esta a que traz maior dificuldade ao julgador. Isso, pois trata de hipóteses que não estão claramente incluídas ou excluídas na submissão de uma determinada realidade ao conceito proposto.

¹² SILVA, Almir do Couto e. *Power discricionário no direito administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, n. 179/180, jan./jun. 1990, p. 60.

¹³ "Éro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionabilidade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, 'invadir' opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repare mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração". MIRRELLLES, Hely Lopes de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120.

¹⁴ Destaca-se que essa tradicional visão sobre os limites do controle judicial, restrito à análise de legalidade, encontra amplitude diante do princípio da juridicidade, que amplia o espectro de controle, uma vez que leva em consideração para análise de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, ainda que discricionários, a conformidade deles não apenas com a lei, mas também com os princípios norteadores do atuar administrativo. Sem embargo, o mérito continua indelegável ao controle pelo Poder Judiciário, mas, estão, já se está em uma esfera além da legalidade e da juridicidade.

¹⁵ "Na estrutura do conceito indeterminado, é identificável um núcleo fixo (Begriffkern) ou 'zona de certeza', configurado por dados prévios e seguros, uma zona intermediária ou de incerteza ou 'bola do conceito' (Begriffhof), mais ou menos imprecisa, e, finalmente, uma 'zona de certeza negativa', também certa quanto à exclusão do concreto". ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990. op. cit. p. 396.



É nessa área de penumbra que ganha importância a atuação dos órgãos de controle externo da administração, visto que aferição, no caso concreto, se a administração pública atuou de forma legítima, de acordo com as finalidades legais e em conformidade com os princípios constitucionais que regem a matéria.

Destaca-se que, por mais tormentosa e de difícil determinação que seja a questão, o julgador não pode deixar de decidir sob a alegação de inexistência de norma adequada ao caso, ante o mandamento do *non liquet*, ao contrário do que afirma parte da doutrina¹⁶. Nesse sentido, ressalta-se os dizeres de Fredie Didier Jr.¹⁷:

[...] todo problema que for submetido ao Tribunal precisa ser resolvido, necessariamente. É dizer: ainda que a situação concreta não esteja prevista expressamente na legislação, caberá ao magistrado dar uma res posta ao problema, classificando-a como lícita ou ilícita, acolhendo ou negando a pretensão do demandante.

Percebe-se, portanto, que nas situações em que não seja possível extrair uma nítida resposta jurídica, o julgador não pode, nem deve, se abster do dever de julgar. Nesses casos, para que se possa estabelecer critérios decisórios, deve-se observar o contexto em que está inserido o conceito indeterminado, a finalidade perseguida pela norma em que se encontra inserido e os objetivos buscados pelo interlocutor, no caso, o legislador.

O fruto de tal análise deve ser interpretado sistematicamente, à luz das normas principiológicas incidentes sobre o caso. Somente dessa forma o julgador poderá firmar seu convencimento, por meio de decisão motivada, sobre a adequação da concretização aos mandamentos legais e a consequente regularidade ou irregularidade da situação administrativa decorrente do enquadramento em uma zona positiva ou negativa.

O que se busca aqui evidenciar como parâmetro de sindicabilidade, portanto, é que, diante de conteúdo periférico vago e impreciso, com alto grau de controvérsia e incerteza, deve o julgador interpretar os elementos do caso concreto em consonância com vetores constitucionais que pautam a administração para guiar seu juízo, de modo que qualquer opção ilegítima seja efetivamente excluída e sancionada com a invalidade.

¹⁶ Há entendimento doutrinário no sentido de que quando verificada a impossibilidade de determinar se a interpretação dada a determinado conceito atende ou não os fins leis, o magistrado deveria deixar de apreciar o acerto ou erro por não saber como decidir: "O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite a priori estabelecido na lei. O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe crubar outra alternativa senão a de pronunciar um *non liquet*, deixando intocada a decisão administrativa." (SILVA, Almir da Costa e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 179/180, jun./jul. 1990, p. 58.).

¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 160/161.



Caso a análise realizada pelo julgador, todavia, não o leve a aferir qualquer desconformidade com os postulados do bloco de juridicidade (zona de certeza negativa), deve-se preservar como legítima a escolha administrativa, ainda que não se possa afirmar categoricamente que a concretização inseriu-se em uma zona de certeza positiva.

Destaca-se que se a Administração firmou uma intelecção comportada pelo conceito no caso concreto – ainda que outra também pudesse sê-lo –, seu ato não pode ser revisto por qualquer órgão controlador de legitimidade. Nesses casos, como a administração pública está mais perto dos problemas e, de regra, mais bem aparelhada para resolvê-los, caberá ao poder judiciário a postura de autocontenção, “*judicial self-restraint*”, deixando de intervir na decisão administrativa.

Percebe-se, portanto, que, além de desejável, é exigível que se imponha como balizas interpretativas das escolhas do poder constituído a submissão aos princípios constitucionais norteadores do atuar administrativo, que são os pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito e das garantias dos jurisdicionados.

A função do controle externo nesse aspecto é a de fiscalizar o processo decisório e orientar o direcionamento do vetor interpretativo, valendo-se, para tanto, dos mecanismos de revisão ou anulação dos atos e da punição dos agentes. Tal atuação visa, sobretudo, a oferecer diretrizes para o aperfeiçoamento da atividade administrativa.

3. PUBLICIDADE NA LEI DE PREGÃO E O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO DE JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO

O legislador, inspirado pelo princípio da publicidade e procurando dele extrair a regra aplicável à modalidade de licitação criada pela Lei n. 10.520/02, determinou, no art. 4º, I desta lei¹⁸, que para pregões de vulto a publicidade também se desse em jornal de grande circulação, “nos termos do regulamento de que trata o art. 2º”.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017. Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o art. 2º; (BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>). Acesso em: 03 mar. 2017.



Nota-se, todavia, que o citado dispositivo foi vetado, uma vez que uma lei federal não poderia contemplar os certames dos Estados, Municípios e DF. Nesse sentido, Marçal Justen Filho¹⁹, afirma a correção do veto:

Há referência à regulamentação do tema por parte do decreto referido no art.2º, o qual nunca chegou a existir em virtude do veto presidencial. Antes assim, eis que a pretensão do Executivo Federal de regulamentar a publicidade dos atos estaduais, municipais e distritais incorreria em evidente infração ao princípio da Federação.

Tendo em vista que a lei nacional de Pregão traça somente normas gerais sobre o tema, a doutrina, o judiciário e os Tribunais de Contas, de um modo geral, reforçam que caberia aos regulamentos de cada um dos entes da Federação prever os parâmetros, valores, do que seria o vulto da licitação, que demandaria uma publicação de maior amplitude,

A análise dos decretos regulamentadores municipais revela, contudo, que as regulamentações²⁰ ficam aquém do comando da legislação federal, vez que não estipulam tanto o alcance territorial do veículo de publicação considerando o vulto do certame, o que apenas reforça a incerteza sobre a concretização do conceito jurídico “jornal de grande circulação”.

Tal opção normativa deficiente importa, ainda, em um tratamento indistinto às licitações de grande vulto e às de pequeno vulto, que são submetidas à publicação de mesma amplitude, o que viola o princípio da publicidade, levando os prejudicados a buscarem uma resposta dos órgãos de controle.

Impõe-se verdadeiro desafio nas hipóteses em que a escolha do periódico se situa fora de uma zona de certeza positiva, em que efetivamente foram atendidos os princípios da publicidade e razoabilidade, mas também fora de uma zona de certeza negativa, em que há inequívoca infringência aos princípios referidos.

Como solução ao problema, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pretendendo tornar mais objetiva a análise quanto à observância do requisito legal, estipulou o

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 6.ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 144.

²⁰ A título de exemplo cita-se o caso do Decreto Municipal n. 4.748/05 do Município de Angra dos Reis, que, em seu art. 11, I, dispõe: Art. 11. (...) I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em órgão de publicação oficial do Município ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação na região; Outro exemplo ocorre com o Decreto Municipal n. 2.510/09, de Belford Roxo, que, no art. 11, I, do Anexo I, praticamente repete os termos do art. 4º, I, da Lei n. 10.520/02: Art. 11. (...) I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de grande circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação; Em sentido semelhante, o art. 6º, I, do Decreto Municipal n. 50/2003 do Município de Valença: Art. 6º (...) I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso específico no Boletim Oficial do Município, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação.



critério da tiragem mínima diária de 20.000 (vinte mil exemplares)²¹, passível de comprovação por quaisquer meios idôneos²². Tal entendimento, todavia, não aparenta ser o mais adequado, uma vez que constitui um número fixo e pré-determinado, cego às peculiaridades de cada ente da Federação, o que vai justamente de encontro ao que buscou o legislador ao empregar um conceito jurídico indeterminado.

Tendo por certo que a finalidade da publicidade dos atos administrativos norteia-se pelo dever de transparência e informação da Administração perante o cidadão e também pelo próprio interesse do cidadão pela notícia ou ato administrativo publicado, constata-se que a tiragem do jornal, a abrangência²³, a tradição do periódico na publicação de editais²⁴, e ainda outros pontos, conforme evidenciado nas pesquisas realizadas, devem ser analisados, pois servem de indicadores do fim buscado pelo legislador.

Nesse contexto, verifica-se que, apesar de muitos critérios se apresentarem como balizadores aptos a subsidiar a análise a ser realizada, nenhum deles, por si só, ou sequer a conjugação deles é capaz de definir o que se pode entender como jornal de grande circulação. Isso, pois a efetiva determinação sobre se a valoração administrativa do conceito indeterminado foi regular impescinde dos fatos concretos apresentados ao julgador e da submissão deles às finalidades do dispositivo em que se insere o conceito à luz dos princípios constitucionais, nos termos expostos no capítulo anterior.

Deve-se observar, segundo essa perspectiva, que o objetivo a ser alcançado com a publicação dos atos relativos ao tema licitações e contratos é garantir o atendimento ao princípio constitucional da publicidade e possibilitar a ampla competitividade dos

²¹ “De fato, este Tribunal asseverou que a tiragem mínima diária de “jornal de grande circulação” é 20.000 (vinte mil) exemplares, conforme Consulta examinada no TC-8736/026/00, e decisões emanadas nos processos TC-34356/026/11 (Substituta de Conselheira Cristiana de Castro Moraes, sessão de 7/12/11) e TC 00001345-989-12-3 (Conselheiro Roberto Marinho, sessão de 6/2/2013)”. (BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo TC-000144/989/13-4. Relator: Dirceu Edson de Souza. Disponível em <<http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/cepe-ar-06-des-004-tc-000144-989-13-4.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017).

²² Nesse sentido: TC-034356-026-11, sessão de 07/12/11, Conselheira Cristiana de Castro Moraes, Relatora; TC-001117-989-12-9, sessão de 07/11/12, Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, Relator; [entre outros].

²³ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado da União. Processo n. 023.261/2006-7. Relator: Valmir Campelo. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/juris/SviHighLight?key=414345244414E2d4c454741444f2d3935353932&sort=RELEVANCIA&border=DESC&mes=acordao-LBGADO;DECISAO-LBGADO;RELACAO-LBGADO;ACORDAO-RELACAO-LBGADO;&highlight=&posiçãoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

²⁴ [...] “jornal de grande circulação”, para efeito de divulgação de editais de licitação, é aquele que tem presença diária na internet, considerando também a questão da tradição em publicação destes editais. Vencido o senhor Conselheiro Pedro Ângelo Sales Figueireda, que votou no sentido de responder ao corrente que jornal de “grande circulação” é aquele que, além de possuir grande tiragem diária, tem ainda abrangência em vários pontos do Estado. BRASIL. Diário Oficial do Estado da Ceará de 21 de Dezembro de 2011. p. 237. Disponível em: <<http://imgens.sespag.ce.gov.br/PIF/20111221/di20111221p04.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.



procedimentos licitatórios, o que, por conseguinte, incidirá sobre outros princípios, tais como os da economicidade, isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, dentre outros.

Assim, é possível perceber que, embora não seja possível determinar abstratamente se determinado periódico seria ou não de grande circulação, não há margem para interpretações contrárias à de que um jornal somente poderá ser tido como “de grande circulação” quando garantir a observância do princípio da publicidade e a ampliação da competitividade, mormente, quando tratar-se de contratações vultosas.

Tal constatação sobre o atendimento dos princípios constitucionais, por sua vez, deverá ser realizada a partir da quantidade de propostas apresentadas, do diferente perfil dos proponentes, da economicidade atingida e dos demais elementos trazidos ao julgado, pelo jurisdicionado, para comprovar comprovação de que o veículo escolhido não gerou danos à Administração Pública e atendeu ao comando legal.

Assim sendo, quando diante da zona de incerteza, cabe ao julgado ser deferente em relação à escolha administrativa, desde que, cumulativamente tenham sido atendidas as finalidades inerentes à publicação, quais sejam: ampliação da competitividade e da fiscalização pública; e não tenha havido qualquer prejuízo aos bens tutelados pela contratação administrativa, quais sejam a isonomia, vantajosidade, impestualidade, moralidade, publicidade, eficiência; e probidade administrativa²⁵.

CONCLUSÃO

Diante da crescente velocidade em que se dão as mudanças e das grandes diferenças sociais verificadas no Brasil, recorrentemente, vale-se o legislador de mecanismos que lhe possibilitem conferir maior aplicabilidade e efetividade aos textos normativos. Nesse sentido, destaca-se o emprego de conceitos jurídicos indeterminados que permitem a uma legislação de âmbito nacional – ou federal que veicule normas gerais – a aplicação em todo o território de forma mais uniforme e consentânea com as particularidades locais.

Ocorre que a solução do legislador encontra óbices em sua aplicação. O primeiro deles diz respeito a determinar se a interpretação dada aos conceitos indeterminados, de forma a concretizar o comando legislativo, seria atividade discricionária ou vinculada, o que repercute

²⁵ “A validade da licitação depende da ampla divulgação de sua existência, efetivada com antecedência que assegure a participação dos eventuais interessados. O defeito na divulgação do instrumento convocatório constitui indevida restrição à participação dos interessados e vicia de nulidade o procedimento licitatório”. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 2009. p. 242.



diretamente na extensão do controle a ser realizado. Isso, pois diante de conceitos vagos, o julgador deverá e poderá analisar a concretização da norma realizada, todavia, diante de atos discricionários, salvo excessos, deverá respeitar o juízo de conveniência e oportunidade firmado.

Conforme é possível notar, apesar do embate doutrinário existente, o melhor entendimento é o de que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados não se traduz em discricionariedade, pois não haverá opções para o administrador público, mas tão somente a atividade de interpretação e aplicação da norma.

Garantir a possibilidade de controle jurisdicional da valoração administrativa realizada, significa vincular a administração pública ao direito posto e aos ideais e anseios da sociedade. Como consequência reduz-se o espaço para arbitrariedades e inúmeros vícios que maculam a atuação estatal e geram desconfiança nos jurisdicionados.

Assim, conclui-se que a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, trata-se, em verdade, de uma aplicação vinculada à finalidade almejada pela lei, constituindo juízo de legalidade e não de mera apreciação pautada em juízo de conveniência e oportunidade.

Outro óbice encontrado na utilização de conceitos jurídicos indeterminados diz respeito aos parâmetros utilizados para a concretização de tais conceitos.

Nesse contexto, observa-se que os conceitos fluidos, também chamados de conceitos indeterminados, podem se situar numa zona de certeza, positiva – hipóteses em que inequivocamente atende às exigências legais –; numa zona de certeza negativa – isto é, mas quando inequivocamente não se observa as exigências legais –; e, por fim, na zona de incerteza em que se deve perquirir se a escolha administrativa, diante do caso concreto e das finalidades inerentes ao dispositivo legal, prestou-se ao atendimento do interesse público e, cumulativamente, não violou nenhum dos princípios constitucionais, mormente a isonomia; impessoalidade; moralidade; publicidade; eficiência; e probidade administrativa.

Desse modo, o dever do julgador de aferir a adequada concretização dos conceitos fluido, passa pela transposição da mencionada zona de incerteza que lhe é apresentada, para a zona de certeza, seja positiva, seja negativa, uma vez que tal intervenção é necessária para que o ato praticado em desacordo com a finalidade legal cesse seus efeitos.

Nota-se, portanto, que a tarefa de interpretação legal e aplicação dos conceitos indeterminados, por mais vagos que sejam, deve ser feita com organização e rigor metodológicos, pois cabe ao jurisdicionado subsidiar o julgador com balizas capazes de, juntamente com os princípios constitucionais aplicáveis, evidenciar, com a maior precisão possível, que tal escolha foi correta.



Certas matérias, notadamente aquelas que envolvam a definição de critérios para avaliação da observância de princípios constitucionais, devem ser continuamente debatidas e aperfeiçoadas, de modo que os jurisdicionados possam conhecer e aplicar os entendimentos que melhor atendam às finalidades de interesse público perquiridas pelo legislador.

Tal noção quando aplicada ao controle sobre a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados revela a fundamental importância de que as decisões sejam fundamentadas e que os critérios de orientação para apreciação do tema sejam conhecidos, mormente diante das diretas repercussões no interesse público na análise da eficiência dos atos e da gestão de dinheiros públicos.

Por fim, verifica-se que, embora o tema não seja de toda uma novidade, os administradores e juízes encontram diversas dificuldades, mormente por ainda tentarem traçar parâmetros objetivos para caracterização de tais conceitos, a exemplo do que buscou fazer o Tribunal de Contas de São Paulo relativamente à definição do que seria jornal de grande circulação.

Percebe-se que embora parâmetros objetivos como a tiragem, abrangência, especialização do periódico, entre outros, possam subsidiar a verificação de regularidade da escolha administrativa, tal como em relação a qualquer outro conceito indeterminado, somente a análise das repercussões da escolha, no caso concreto, apreciadas à luz dos princípios constitucionais que servem de enquadramento normativo ao tema, serão capazes de determinar o atendimento ao que dispôs o dispositivo legal, por se tratar a interpretação legislativa, em última análise, de uma atividade interpretativa típica, que não pode ser separada da função judicativa.



REFERÊNCIAS

BINENBOIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Diário Oficial do Estado do Ceará. Disponível em: <<http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20111221/do20111221p04.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10520.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Estado da União. Processo nº 023.261/2006-7. Relator: Valmir Campelo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d4c454741444fd3935353932&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=acordao-LEGADO,DECISAO-LEGADO,RELACAO-LEGADO,ACORDAO-RELA CAO-LEGADO,&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 07 mar. 2017

_____. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC-000144/989/13-4. Relator: Dimas Eduardo Ramalho. Disponível em <<http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/epe-m-06-der-004-tc-000144-989-13-4.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Controle Judicial da Concretização dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 54, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2015.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*. v. 38, n. 151. Senado Federal, jul/set. 2001. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/703>>. Acesso em: 11 out. 2016.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 6.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 179/180, jan./jun. 1990.



A DELAÇÃO APÓCRIFA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS LIMITES CONSTITUCIONAIS A VEDAÇÃO AO ANONIMATO

Renata Maria Nascimento da Gama

Graduada pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Advogada.

Resumo: Este trabalho visa questionar a denúncia anônima no ordenamento jurídico brasileiro. Ele se inicia com a polêmica quanto a sua constitucionalidade, pois há dispositivo na Constituição Federal vedando, expressamente, o anonimato nas manifestações de pensamento (art. 5, IV da CF/88), se consolidando o entendimento de que sua admissibilidade deve ser utilizada, com a devida cautela, para embasar um inquérito policial. Todavia, após a pacificação da utilização do precário instituto, questionará o novo embate nos tribunais em que se admita a sua utilização sem a necessidade de inquérito, ao qual se entendeu lícita a invasão de domicílio, pois seu conteúdo confirmado a posteriori, lhe conferiu um momento investigativo diferido. Apontará a mitigação das punições nos crimes de denunciação caluniosa e falsa comunicação de crime, o Estado torna-se, por certas vezes, vítima dos crimes mencionados, por não ter como precisar a localização do denunciante anônimo, não o punindo desta forma.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Denúncia Anônima. Delação Apócrifa. Notícia Crime. Sistema Acusatório. Vedação Constitucional ao Anonimato. Questões.

Síntese: Introdução. 1. Vedação ao anonimato na Constituição Federal: A Problemática Da denúncia anônima à luz das garantias constitucionais. 2. O novo enfoque constitucional quanto a aplicabilidade da denúncia anônima: o retrocesso ao período da inquisição medieval na utilização do instituto. 3. A aplicação da denúncia anônima e seu reflexo sobre o direito penal: a impossibilidade de punição dos delatores que se utilizam do anonimato nos crimes de denunciação caluniosa e falsa comunicação de crime. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma proposta de estudo da legalidade da persecução penal baseada em notícia crime anônima obtida pelos meios admitidos no direito, em especial o Disque-Denúncia. Serão enfocadas especialmente as questões históricas, constitucionais e processuais, tais como, a denúncia anônima na história humana, o anonimato nas manifestações de pensamento, a inviolabilidade das residências e a impraticabilidade das



punições nos crimes de denúncia caluniosa e de falsa comunicação de crime por força do anonimato do denunciante.

O instituto foi utilizado em ordenamentos anteriores, em especial no arcaico sistema inquisitivo, todavia seu retrospecto não é positivo, tendo em vista que foi abolido, vez que mitiga, demasiadamente, os direitos e garantias individuais. Entretanto, a fim de maior efetividade no combate a criminalidade e a impunidade, atualmente, a comunidade jurídica brasileira a vem admitindo como meio de se iniciar a persecução penal, haja vista a enorme descrença da população na autoridade policial e um crescente temor de represálias das facções criminosas.

O primeiro capítulo fará uma breve contextualização da denúncia anônima e a sua constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, apontando o ponto conflitante na doutrina e na jurisprudência, qual seja o anonimato na manifestação de pensamento. Todavia, o Supremo Tribunal pacificou o entendimento admitindo o instituto desde que haja uma investigação preliminar para verificação da veracidade da sua informação, sendo imprescindível sua utilização com a devida cautela.

No segundo capítulo, será abordado o retrocesso, nos ditames da inquisição secular, ao qual a Suprema Corte mitigou os direitos constitucionais do indivíduo, em especial, a presunção de inocência e a admitiu a irrevogabilidade de domicílio sem a devida investigação, dispensando a imprescindibilidade de investigação prévia, por entender que o momento investigativo é diferido.

O terceiro capítulo demonstrará a dificuldade do Estado em punir o denunciante que se vale do anonimato para noticiar um suposto fato, ao qual já tem prévio conhecimento da inveracidade da informação. Por não deixar rastro, este sai impune, tornando, o Estado e o investigado, vítimas nos crimes de denúncia caluniosa e falsa comunicação de crime.



A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo qualitativa, explicativa e bibliográfica. Qualitativa, pois objetivará interpretar a questão do anonimato da denúncia à luz da Constituição Federal e a mitigação dos direitos constitucionais; explicativa, porque explicitará as controvérsias que se dá ao instituto; e será bibliográfica, visto que terá como fontes principais de estudo a legislação, a doutrina e, em especial, a jurisprudência.

1. VEDAÇÃO AO ANONIMATO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A PROBLEMÁTICA DA DENÚNCIA ANÔNIMA À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Cabe ao Estado assegurar a paz e a segurança social, protegendo a liberdade individual, o patrimônio e os demais direitos inerentes ao homem. Trata-se de um dever constitucional que o poder constituinte originário delegou, a ele, em seu art. 144, da Carta Magna¹.

O Estado democrático de direito possui como premissa basilar que se resguarde todos os direitos e garantias constitucionais dos indivíduos, em especial, aqueles que são o sujeito de punição e não mais objetos da investigação. Assim, é necessário o respeito aos ditames que o princípio do devido processo legal impõe para aplicação da pena, isto se chama a persecução penal.

A persecução penal visa apurar uma notícia crime, que é a verificação dos indícios de autoria da prática delitiva, bem como existência da materialidade. Portanto, o nascedouro da ação penal origina-se de uma probabilidade até se chegar na opinião substanciada quanto a existência ou não do cometimento do delito. Assim, a formação desta *opinio delicti* se dá em dois momentos: o primeiro, com as investigações preliminares, a qual se instaura um inquérito policial, e o segundo, com a ação penal, na qual o Ministério Público tem em suas

¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.



mãos a justa causa, que é o suporte probatório mínimo, que são os indícios de autoria e a materialidade.

A denúncia anônima é, também, uma forma das autoridades iniciarem os procedimentos investigatórios. Mas, com o advento da Constituição Federal de 1988, a comunidade jurídica discutiu sobre a constitucionalidade do instituto, pois, o art. 5º, IV, da Constituição Federal² brasileira dispõe claramente: "É livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato".

A delação anônima não deixa de ser uma manifestação de pensamento, pois é a liberdade do indivíduo expressar fatos e seus temores, ou seja, a faculdade de transmitir seus pensamentos ou conhecimentos na sua mente a autoridade que apurará o cometimento de um crime. Porém, a vedação constitucional visa proteger e/ou resguardar os direitos inerentes ao indivíduo, em especial a honra, vida privada, imagem e intimidade.

Em contrapartida, o Estado, na figura do *Parquet*, tem o dever de iniciar os procedimentos cabíveis a infração toda vez que estiver diante da comunicação de um crime, por força do Princípio da Obrigatoriedade, a fim garantir o regime democrático, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis. Este não tem como se escusar da responsabilidade da investigação policial ou da propositura da ação penal.

Ao analisar a questão, é inquestionável que a delação anônima acarreta a instauração de situações de tensão e discussão entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, fazendo surgir um verdadeiro estado de colisão de direitos, que reclamam uma solução.

No ordenamento jurídico há o entendimento minoritário pelo repúdio de tal forma de deflagração da persecução penal por contrariar frontalmente a atual constituição brasileira, tendo em vista a intenção do Poder Constituinte originário, se afastar o regime ditatorial,

² *Ibidem*.



como veremos a seguir.

O grande constitucionalista José Afonso da Silva³ ensina que sempre é necessária a identificação daquele que fez pública a sua manifestação de pensamento.

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí porque a Constituição veda o anonimato. A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito, também fundamental individual, de resposta. O art. 5º, V, O consigna nos termos seguintes: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Esse direito de resposta, como visto antes, é também uma garantia de eficácia do direito à privacidade. Esse é um tipo de conflito que se verifica com bastante frequência no exercício da liberdade de informação e comunicação.

Entretanto, o autor Fernando Capez⁴ enfatiza que a denúncia anônima deve ser, apenas, um elemento de investigação.

A delação anônima (*notitia criminosa inqualificada*) não deve ser repetida de pluma, sendo incerto considerá-la sempre inválida; contudo, requer cautela redobrada por parte da autoridade policial, a qual deverá, antes de tudo, investigar a verossimilhança das informações. Há entendimento minoritário sustentando a inconstitucionalidade do inquérito instaurado a partir de comunicação apócrifa, uma vez que o art. 5º, IV da Constituição Federal veda o anonimato na manifestação do pensamento.

Em entendimento diverso da doutrina majoritária, o mestre Guilherme de Souza Nucci⁵ entende que a denúncia inqualificada deve ser descartada de plano. Para ele é inadmissível a crença de que o instituto seja causa suficiente para a instauração de um inquérito policial. Desse modo, a seu ver, é preciso que a mesma seja feita diante da autoridade policial a fim que seja possível registrar e identificar o delator.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 246.

⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 62.



De forma contrária, o professor Nester Távora⁶ que afirma a viabilidade de um inquérito policial prévio lastreado em uma delação apócrifa. Todavia, ressalta que as autoridades devem atuar com cautela às garantias de que não irá infringir os direitos de personalidade do acusado, evitando assim arbitrariedades.

A chamada delação apócrifa ou *notitia criminis* inqualificada é o que vulgarmente chamamos de denúncia anônima, podendo dar ensejo à instauração do inquérito policial, devendo, contudo, a autoridade proceder com a cautela devida para evitar eventual arbitrariedade. Em que pese a Constituição Federal assegurar a livre manifestação do pensamento, vedando o anonimato (art. 5º, IV), certo é que a polícia deve acastelar-se diante da notícia anônima, e proceder às investigações com cuidado redobrado, porém não deixando de atuar.

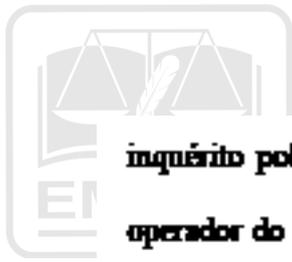
A Corte Suprema⁷, a guardiã da Constituição Federal Brasileira, já se uniformizou o posicionamento, pois existem inúmeros julgados no Supremo Tribunal que aceitam a delação apócrifa para se iniciar a persecução penal.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, A QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – No tocante à nulidade da interceptação telefônica, esse tema não foi examinado. Assim, essa matéria não pode ser conhecida, sob pena de indevida supressão de instância. II - Ao contrário do quanto alegado na inicial, a pronúncia fundamentou-se em farto conjunto probatório, e não apenas em confissão extrajudicial ou em depoimento do delegado que presidiu o inquérito. III - É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que “nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada ‘denúncia anônima’, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados” (HC 105.484/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). IV – Recurso ordinário conhecido em parte e, nessa extensão, a qual se nega provimento.

Percebe-se que o Supremo Tribunal flexibilizou a vedação constitucional do anonimato, pois, admitiu a denúncia anônima com a ressalva de que é necessária abertura de

⁶ TAVORA, Nester; ALENCAR, Rosemar Rodrigues. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. Salvador: Atlas, 2013, p. 115

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 120.787-DF.. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28120787%29&base=baseAcrdoos&url=http://tinyurl.com/y7jshdla>>. Acesso em: 18 ago. 2017.



inquérito policial, com a averiguação prévia da veracidade da informação. Nítido fica ao operador do direito que a delação apócrifa capacitou a autoridade policial na elucidação de vários delitos.

2. O NOVO ENFOQUE CONSTITUCIONAL QUANTO A APLICABILIDADE DA DENÚNCIA ANÔNIMA: O RETROCESSO AO PERÍODO DA INQUISIÇÃO MEDIEVAL NA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO

O homem procura meios de dirimir os conflitos existentes com seus iguais, porém pertence ao Estado o direito de punir, tendo em vista que não se admite a autotutela. Portanto, em períodos diferentes da história da humanidade a denúncia anônima já foi utilizada como forma de compor o conflito.

A idade média foi auge do sistema acusatório, a sociedade era dividida em classes, sendo que a classe dominante era quem indicava qual seria o órgão julgador e a classe dominada ficava subjugada a isto. A ideia era a prevenção e não, apenas, repressão. Assim, os julgamentos eram públicos. O lesado procurava aquele cidadão dotado de poder para julgar o caso, aquele que atuaria como órgão julgador, devendo ele ficar totalmente inerte, a fim de garantir a sua imparcialidade. Deste modo, os julgamentos eram públicos⁸.

Contudo, excesso de publicidade gerou, muitas vezes, o caos, porque se o acusado fosse absolvido, gerava a revolta na população, que, irada, se voltava para o infrator, lhe punindo com a segregação. Entretanto, o que deveria ser uma igualdade de partes, deixou de existir, porque a classe dominante sempre estava em situação de vantagem, seja na produção das provas, seja na contratação de sua defesa, seja no tráfico de influência. Assim não havia paridade de armas.

O sistema passou a ser um desastre, porque o julgador julgava baseado na íntima convicção, ao final da audiência pública dizia “condeno!” ou “absolvo!”, sem precisar explicar o porquê para ninguém.



Na tentativa de consertar o sistema acusatório, nasce o sistema inquisitivo, cujas principais características foram documentação por escrito de todo procedimento e a centralização do poder em só figura (acusador e julgador). Entretanto, também, surge o sigilo no sistema inquisitivo, a ideia era resguardar a figura do réu, para que, caso absolvido, fosse devolvido à sociedade em seu estado anterior. Assim, num primeiro momento, a intenção do sigilo era garantir o réu.

Não é preciso dizer que o sistema inquisitivo não prosperou, pois gerou inúmeras injustiças. Cesare Beccaria⁹, criminalista da Idade Moderna, já considerava a denúncia anônima como algo abominável e degradante.

As acusações secretas constituem evidente abuso, porém já consagrado e tornando necessário em diversos governos, pela fraqueza de sua constituição. Esse costume torna os homens falsos e pérfidos. Aquela que suspeita que um concidadão é um delator vê logo nele um inimigo. Costumam então disfarçar os próprios sentimentos; e o costume de os esconder a outra pessoa faz com que logo sejam discriminados a si mesmo. Como são dignos de piedade os homens que chegaram a esse ponto nefasto? Sem orientação, sem conselheiros e preceitos estáveis, vagam ao acaso no imenso mar da incerteza, preocupados somente em fugir aos naufragos que os ameaçam. Um futuro repleto de mil perigos torna venenosos para eles os momentos presentes.

A utilização da denúncia anônima, em tese, já seria um retrocesso ao período da Inquisição, pois ela mitiga os direitos e garantias constitucionais do investigado, em especial sua presunção de inocência, todavia, ela se fez necessária no atual ordenamento ante o enorme temor da população em colaborar com as investigações preliminares.

O professor Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁰, grande baluarte paulista, expõe de forma clara e objetiva sua opinião sobre a denúncia anônima:

Se se admitisse a delatância anônima, é semelhante do que ocorre em Veneza e em outras cidades da Itália, inclusive na própria Roma, no tempo da inquisição

⁹ BECCARIA, Cesare. *Das Delitos e Das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 33.

¹⁰ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 266-267.



extra ordinem, quando se permitia o povo julgasse nas famosas 'Bocas das Leões' ou 'Bocas de la Verita' (crivas de substância análoga ao concreto, em formato de boca, com pequena abertura) suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobresalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vesame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno. Dai a razão de nosso o CPP não acolher tal modalidade espúria de notitia criminis.

Este não é o posicionamento do Supremo Tribunal, pois ele chancelou sua utilização, ressaltando que a mesma não feriu a nossa constituição federal, desde que ela seja utilizada para iniciar a fase investigada. Porém, tal enfoque acaba de ter uma virada constitucional.

HABEAS CORPUS. "DENÚNCIA ANÔNIMA" SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIS NÃO DECORRENTES DE "DENÚNCIA ANÔNIMA". LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIS INICIADAS. ORDEM DENEGADA. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada "denúncia anônima", desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (36.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010). No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada "notícia anônima", mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. A alegação de que o deferimento da interceptação telefônica teria violado o disposto no art. 2º, I e II, da Lei 9.296/1996 não se sustenta, uma vez que a decisão da magistrada de primeiro grau refere-se à existência de indícios razoáveis de autoria e à imprescindibilidade do monitoramento telefônico. Ordem denegada.¹¹

Entretanto, sabe-se que a inviolabilidade de domicílio é uma garantia constitucional ao qual, apenas, comporta as exceções nos casos de flagrante delito e ordem judicial. Na primeira hipótese, o agente violador do imóvel está vendo, em tese, em tempo real, o cometimento do delito. Na segunda, o magistrado o faz baseado com um lastro probatório pra medida quando expressa seu juízo de valor.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Brasília, DF. Habeas Corpus HC 99.490-SP. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2899490%2ENUMERO%2E+OU+99490%2EHACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/yu5wejpf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

Recentemente, em acórdão não unânime, a Suprema Corte¹² entendeu que é lícito a invasão de domicílio fundamentada em uma denúncia anônima sem a investigação prévia. Foi reconhecida a licitude da diligência, tendo em vista que o agente policial ingressou no domicílio, tendo como base unicamente uma denúncia anônima, porém os fatos contidos nela foram corroborados posteriormente, o que conferiu um momento investigativo diferido.

Vê-se, pois, que, após a prisão em flagrante do ora recorrente e de um corréu, ocorrida em 12/2/2008, tiveram início as investigações para confirmar a prática do delito de tráfico e para permitir a identificação dos supostos fornecedores dos entorpecentes. Tais atos investigatórios resultaram na identificação desses fornecedores e na expedição dos mandados de busca e apreensão, que foram cumpridos em 9/5/2008. Dessa forma, tenho que as denúncias anônimas restaram corroboradas pelas investigações realizadas pela autoridade policial, de modo que não há falha em validade do mandado de busca e apreensão que resultou na apreensão das drogas, como pretende o recorrente.

A decisão não foi unânime, em seu voto vencido o Ministro Gilmar Mendes¹³ entendeu pela inaplicabilidade de tal entendimento investigativo diferido, pois feriu as garantias constitucionais do indivíduo.

Realmente, no presente caso, não foram realizadas averiguações necessárias ao esclarecimento das denúncias anônimas relatadas pela Autoridade Policial. A pequena apreensão (1,6g de maconha) e a ausência de outras diligências investigatórias (interceptação telefônica, quebra de sigilo fiscal etc.) - tendo apenas o monitoramento feito pelos policiais, no meu entender, apontam que a instauração da ação penal com consequente condenação representa medida nitidamente descahida.

O mestre Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁴ não admite tal forma investigativa, sendo necessária a identificação do delator para se resguardar o direito do Estado em as futuras punições, se assim for necessário, como veremos no próximo capítulo.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117988/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?sl=%201175488%20RNDMB%2E+CRU+117988%2EACMS%2B%20&base=baseAcordoes&url=http://tinyurl.com/fjdpbefj>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 267.



O legislador deu ao cidadão a faculdade de levar ao conhecimento da Autoridade Policial a autoria criminal. Mera faculdade. Tanto é faculdade que, se alguém deixar de fazer não sofrerá nenhuma sanção. Evidente que não se trata, aqui, de 'denúncia anônima', mesmo porque, segundo Alariz e Martins, a denúncia anônima 'não é uma denúncia no significado jurídico do termo, pelo que não se pode ser tomada em consideração na lei Processual Penal.

Assim, quem desejar poderá fazer a delatã. Contudo é preciso que assuma a responsabilidade, identificando-a.

Fica evidente que na tentativa de se promover uma atuação mais efetiva em busca de diminuir a impunidade, cada vez mais o ordenamento jurídico vem restringindo os direitos e garantias constitucionais, como na hipótese, agora, ventilada. Entretanto, esta não capacita o agente policial de segurança na informação veiculada a fim de violar direitos e garantias individuais que o poder constituinte originário conferiu a cada indivíduo. Desse modo, um ato que deveria ser embasado de certeza e segurança, se tornou precário, ante a ampla subjetividade e discricionariedade que se conferiu a quem está conduzindo a investigação.

3. A APLICAÇÃO DA DENÚNCIA ANÔNIMA E SEU REFLEXO SOBRE O DIREITO PENAL: A IMPOSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO DOS DELADORES QUE SE UTILIZAM DO ANONIMATO NOS CRIMES DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA E FALSA COMUNICAÇÃO DE CRIME

O Código Penal, também, trata da questão do anonimato, punindo em seu conteúdo repressivo quem faz falsas delações criminosas, com reflexos diretos na sua repressão.

No diploma criminal, os infratores que movem a máquina judiciária desnecessariamente, comunicando às autoridades a prática de um crime que não existiu ou, se existir, sabem que a pessoa, alvo da futura investigação, é inocente, praticam os crimes em espécie contra a administração da justiça, em que, especificamente, enquadram-se nas modalidades dos delitos de denúncia caluniosa e falsa comunicação de crime ou contravenção.

No que tange à primeira modalidade, existe expressa penalização para aquele que se utiliza do anonimato para praticar o delito, acarretando a causa de aumento e 1/6 na pena do acusado. Todavia, na segunda não há a expressa punição, porém a doutrina admite que se utilize, como meio *operandi*, o anonimato. Assim, como o Poder Público poderá instaurar os procedimentos investigativos das práticas delitivas mencionadas, se o agente infrator se vale do anonimato?

O art. 339 do CP¹⁵ trata do crime de Denúncia Caluniosa:

Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016



É, também, denominada de calúnia qualificada, pois o agente dá causa a uma investigação policial, a um processo judicial, a instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém que sabe que não cometeu ilícito algum. Ele tem o prévio conhecimento de que a vítima é inocente, transferindo para si a probabilidade do ato praticado. Esta tipificação tutela a regularidade da administração pública em geral e tem como sujeitos da proteção jurídica, em primeiro lugar, o Estado, pois a prática criminosa prejudica o prestígio e credibilidade da administração pública ou da justiça, expondo-a ao cometimento de injustiças e ao entendimento de ter agido mal e, também, o investigado, que é a pessoa que se vê faltamente acusada.

O sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa que imputa a prática do crime a alguém que o sabe inocente, iniciando assim, a perseguição penal em face do caluniado inocente.

Nelson Hungria¹⁶, grande mestre do direito penal, repudiou o anonimato nas delações apócrifas determinando que o informante é mais covarde do que aquele que se identifica:

O indivíduo que se resguarda sob o anonimato ou nome suposto é mais perverso do que aquele que age sem dissimulação. Ele sabe que a autoridade pública não pode deixar de investigar qualquer possível pista (salvo quando evidentemente inverossímil), ainda quando indica por uma carta anônima ou assinada com pseudônimo; e por isso mesmo, trata de se esconder-se na sombra para dar o bote viperino. Assim, quando descoberto, deve estar sujeito a um plus de pena¹⁷.

O professor Damásio E. de Jesus¹⁷ ensina que é admissível a denúncia anônima no crime de denunciação caluniosa. Ele entende ser possível que ela seja causa de instauração do procedimento penal por qualquer meio, em especial carta ou telefonema anônimos.

¹⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. v.9. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 466.

¹⁷ JESUS, Damásio de. *Manual de Direito Penal*. 17. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 327.



Novamente, o Professor Paulista Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁸, defendendo sua posição contrária à da corrente majoritária, dizendo que a denúncia anônima, também, não foi recepcionada no Código repressivo.

Na verdade o CP exigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os 'denunciados' chamar à responsabilidade o autor da *delictio criminis* se este pudesse ser anônimo? A vigora entendimento diverso, será muito cômodo para os saltadores da bruxa albeia vintatera, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pífidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros, da impunidade ... Soblinha-se que o art. 340 do CP pune, com detenção, todo aquele que venha provocar a ação da autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime que sabe não se ter verificado. Assim, como nosso diploma repressivo pune a denúncia caluniosa e a comunicação falsa de crime ou de contravenção, parece óbvio não se poder admitir o anonimato na notícia criminis. Do contrário, já não teria aplicação os arts 339 e 340 do CP, em face da preferência que seria dada à notícia anônima.

O art. 340 do CP¹⁹ trata do crime da comunicação falsa de crime ou contravenção, pois o agente provoca as ações procedimentais de fato que sabe não existir, "Art. 340. Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou contravenção que sabe não se ter verificado: Pena - detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa".

O objeto da tutela jurisdicional, como no delito anterior, é a administração da justiça, porque este crime desprestigia a eficácia na operacionalidade da atividade judiciária e administrativa, que se vê impulsionada a dar início a investigações e diligências inúteis, o que atrapalha o curso natural de suas atividades. O sujeito ativo desse crime é quem move a máquina administrativa desnecessariamente, comunicando crime saber que não existem e o sujeito passivo, igualmente abordado no delito anterior é o Estado e o investigado. Porém, a consumação deste delito, com o registro da comunicação falsa.

Julio F. Mirabete²⁰ entende pela admissibilidade da execução do delito de fuma

¹⁸ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 55 e 56.

¹⁹ BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis/1940/2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016

²⁰ MIRABETE, Julio Fabiani. *Curso de Direito Penal*. 26. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2012, p. 377.



anônima, da seguinte forma: "Essa conduta pode ser praticada através de meios diversos (oral, escrito, pelo telefone, rádio etc.) e de modo anônimo, com nome suposto etc".

Analisando a questão, percebe-se que o instituto não viabiliza que as autoridades dêem o início à persecução penal, haja vista que não possuem, em suas mãos, elementos que poderiam lhe direcionar quem emitiu a comunicação, o que gera a impunidade.

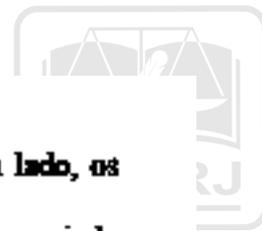
Interessante é que no tribunal carioca, o Detembargador Sergio Verani²¹, levantou a bandeira que a admissão da delação apócrifa seria um retrocesso aos tempos da inquisição.

A "denúncia anônima" não constitui prova de coisa alguma, não se podendo restaurar, no século XXI, o procedimento da Inquisição: "A prática das Inquisições em Espanha pode neste campo servir de modelo: ao comunicar a Acusação, suprimem-se quaisquer circunstâncias de tempo, de lugar, de pessoas, assim como tudo o que possa dar ao Acusado a mínima possibilidade de descobrir quem são os seus Acusadores." (O Manual dos Inquisidores Nicolau Emérico). Ausência de averiguação prévia da suposta situação de ilicitude penal. Prova acusatória inverossímil. A vedação constitucional do anonimato não é compatível com a instauração de persecução criminal fundada em tal notícia. Considerando-se os tipos penais dos arts. 339 e 340, CP, exclui-se o anonimato na notícia criminis, individualizando-se o comunicante para fins de coibirem-se abusos em eventual denúncia caluniosa ou comunicação falsa de crime.

Contudo, mediante os avanços tecnológicos, as delações anônimas, atualmente, são feitas via telefone, ao qual se promete resguardar a identidade do delator, bem como existe a possibilidade no bloqueio da identificação. Se o Estado é o tutelado destas práticas criminosas, como o mesmo irá se defender das inúmeras delações anônimas faltas que lhe são repastadas, diariamente, pelas entidades vinculadas?

Vê-se que, pelo o princípio da obrigatoriedade, o Estado deve investigar os fatos noticiados como prática delitiva, ao qual gastasse o erário público para, ao final das investigações, descobrir que todo o procedimento foi inútil, pois a notícia crime não era verdadeira.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal 0001917-21.2012.8.19.0037. Relator: Des. Sergio de Souza Verani. Disponível em: <<http://www1.tj.jus.br/gestcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GRUID=00048EA580D4A6C1D846E9D88AA44B2ASSC2FCSQ2SB416355>>. Acesso em: 10 ago. 2017.



É necessária uma melhor abordagem jurídica da questão, pois, se por um lado, os órgãos competentes atingem de forma plena a persecução penal em alguns delitos, punindo exemplarmente seus transgressores. Por outro lado, fica bastante precária a punição dos agentes que cometem os delitos mencionados em face ao anonimato a eles privilegiados, porque esta é a forma de se denunciar mais utilizada atualmente.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentado questionou o retrocesso na utilização da denúncia anônima como meio para o Estado iniciar a persecução penal, pois o atual posicionamento da Suprema Corte é a sua admissão sem a investigação preliminar, o que, em muitos casos, há um desrespeito à figura do indiciado ou acusado.

Apesar de a Constituição Federal deixar claro em seu texto normativo a vedação do anonimato, majoritariamente e pacificado pelo Supremo, prevalece o entendimento pela possibilidade da aplicação do instituto, desde que o Estado aja com extrema cautela para não mitigar os direitos e garantias individuais do cidadão, tendo em vista que a delação apócrifa não fornece às autoridades a credibilidade necessária para as incursões ou diligências diretas. Assim, o Estado deve diligenciar investigando a veracidade da informação veiculada a fim de dar robustez às provas posteriormente produzidas. Melhor dizendo, deveria investigar antes de restringir direitos.

Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que, apesar da instável precariedade, a denúncia anônima é um meio de prova necessário para a redução da criminalidade, porque as pessoas têm medo de represálias se forem denunciar.

Todavia, a nova sinalização do Tribunal Supremo, ainda que por maioria de votos, gerou instabilidade jurídica, pois não resguardar os direitos e garantias individuais que foram



duramente conquistados no estado democrático de direito. A nova obra é um regresso ao sistema inquisitivo, ao qual a nova ordem tentou abolir e que foi duramente criticado. Entender que as denúncias anônimas possuem momento investigativo diferido, cancelando invasões à domicílios sem qualquer embasamento investigatório, é um retrocesso, pois tornou o investigado em objeto de direito e não sujeito de direito.

Com estas atitudes, as autoridades almejam resgatar a confiabilidade e o crédito que perderam com a sociedade, porém este caminho pode ensejar um estado de temor para o futuro, pois se pode regressar aos famigerados tempos da inquisição, em que inocentes foram mortos em nome do coletivo, com o respaldo do Estado, que cria e dita as leis e normas de conduta.

O atual entendimento da Suprema Corte é perigoso, pois a utilização da notícia anônima, sem a devida investigação prévia, poderá gerar mais ilegalidades e injustiças, atingindo tanto os marginais quanto cidadãos de bem.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

_____. *Código Penal, Código Processo Penal e Constituição Federal*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Luiz Flavio Gomes. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Brasília. DF. Habeas Corpus HC 99.490-SP. Relator: Ministro Joaquim Barboza. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2899490%2ENUNOME%2E+OU+99490%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yaSwejxf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 120.787-DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28120787%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7jxbdf0>>. Acesso em: 18 ago. 2017.



_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117988-RS.. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?a1=%28117988%2ENU ME%2E+OU+117988%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jdp be6j>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal 0001917-21.2012.8.19.0037. Relator: Des. Sergio de Souza Verani. Disponível em: <<http://www1.tj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIF=1&GEDID=00048EA580D4A6 CD846E9D88AA44B2A55C2FC5025B416355>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BECCARIA, Cesare. *Das Delítas e Das Penas*. São Paulo: Hemus, 1983.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JESUS, Damásio E. *Manual de Direito Penal*. 17. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Curso de Direito Penal*. 26. ed. v. 3. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosemar Rodrigues. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: Atlas, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



DA POSSIBILIDADE OU NÃO DE EXCLUSÃO DO CONDÔMINO ANTISSOCIAL PELO USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

Renata Miranda de Mello Silveira

Graduada pela Faculdade Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo: os problemas decorrentes da vizinhança próxima somados à necessidade de regulamentar o comportamento dos que utilizam os apartamentos e usam partes comuns, impuseram ao legislador a criação de normas para reger estas relações. Assim, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, novas normas de convívio social foram criadas, como forma de facilitar a vida nos condomínios edilícios. Esse mesmo diploma legal passou a prever uma penalidade pecuniária aplicável aos condôminos que de maneira reiterada descumprem com as normas previstas na convenção de condomínio e na lei. Surge então a figura do “condômino antissocial”, aquela pessoa que possui uma conduta desrespeitosa e contrária o sossego e a paz condominial. Nesse contexto, busca-se com o presente trabalho, analisar a possibilidade ou não de exclusão desse condômino considerado antissocial quando a sanção pecuniária mostrar-se inócua frente à conduta nociva do mesmo.

Palavras-chave: Direito civil. Direito de vizinhança. Uso anormal da propriedade. Condômino antissocial.

Sumário: Introdução. 1. Direito de vizinhança e o uso anormal da propriedade. 2. O condômino antissocial e as medidas sancionatórias previstas em lei. 3. Possibilidade jurídica da exclusão do condômino antissocial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico busca examinar a possibilidade da exclusão do condômino considerado antissocial pela prática de reiteradas condutas nocivas à comunidade, à luz do ordenamento jurídico pátrio.

O primeiro capítulo do trabalho contextualiza o dilema entre o direito de vizinhança e o uso anormal da propriedade.

Nesta linha, o processo de urbanização, somado ao incremento do mercado imobiliário e a verticalização das construções, fez com que o número de pessoas convivendo em condomínios edilícios aumentasse consideravelmente. Diante da grande quantidade de pessoas habitando um mesmo espaço, os conflitos entre vizinhos se tornaram mais comuns, exigindo do ordenamento jurídico a criação de um regramento próprio para essas relações.

Assim, o direito de vizinhança surge como um conjunto de restrições legais impostas a propriedade e às faculdades que lhe são inerentes em prol da convivência pacífica entre os vizinhos, inclusive servindo como meio de defesa contra interferências decorrentes do uso anormal da propriedade.

O segundo capítulo aborda a identificação do condômino antissocial e as sanções previstas em lei como forma de coagir o morador a respeitar as normas condominiais. Neste contexto, o Código Civil, como forma de proteção coletiva, prevê sanções pecuniárias aplicáveis ao possuidor ou proprietário do imóvel que descumprir reiteradamente com os deveres impostos pelo condomínio, prejudicando os demais habitantes.

Os chamados moradores antissociais ou nocivos são aqueles que apresentam um comportamento incompatível com a convenção de condomínio, desrespeitando as normas internas, como a “lei do silêncio”, demonstrando atitudes contrárias ao convívio social ou ao próprio direito de propriedade.

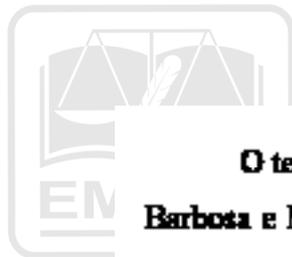
A legislação vigente prevê que o condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente até ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais.

No entanto, não é incomum que mesmo diante da aplicação da multa, o condômino permaneça desrespeitando de forma sucessiva as normas estabelecidas pelo condomínio, pois nem sempre as soluções trazidas pela lei, que são de caráter pecuniário, conseguem solucionar o problema satisfatoriamente.

Por fim, no terceiro capítulo, cogita-se acerca da possibilidade ou não de exclusão do condômino antissocial.

Como será demonstrado no decorrer deste artigo, para uma grande parcela da doutrina, apesar da omissão legislativa, seria possível a exclusão do condômino antissocial, em respeito ao princípio da função social da propriedade, de modo que o direito coletivo se sobreporia ao individual. Neste caso, diante da ineficácia dos meios sancionatórios previstos em lei e para proteger o direito dos demais habitantes, ao condômino infrator seria vedado o uso direto da propriedade autônoma.

Desse modo, caso fosse aplicada a multa e ainda assim o infrator continuasse apresentando reiteradamente o comportamento ofensivo, a doutrina sustenta que seria possível o ajuizamento de uma ação para expulsar o condômino antissocial.



O tema é controverso e alguns doutrinadores como Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin aceitam a exclusão do condômino social em casos extremos. No entanto, a maioria das decisões judiciais contraria tal possibilidade.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DIREITO DE VIZINHANÇA E O USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

O direito de propriedade, assim como os demais direitos reais, ainda que sejam *erga omnes*, não podem ser exercidos ilimitadamente. Devem, necessariamente, satisfazer aos legítimos interesses do sujeito, tanto em sua esfera individual quanto na coletiva.

Neste contexto, surge o direito de vizinhança como um conjunto de restrições legais impostas à propriedade e às faculdades que lhe são inerentes, em prol da coletividade¹. É uma restrição ou limitação ao direito de propriedade em benefício do direito privado.

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin citando San Tiago Dantas² explicam que o "direito de vizinhança consiste em indagar a extensão do direito do proprietário de conduzir certas atividades em seus domínios, sem ferir direito do proprietário vizinho". Caracteriza-se, ainda, como um complexo de direitos e deveres pertencentes ao proprietário ou possuidor do imóvel.

Tal complexo de deveres pode ser criado tanto pela lei como pela vontade das partes envolvidas.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves³:

As regras que constituem o direito de vizinhança destinam-se a evitar conflitos de interesses entre proprietários de prédios contíguos. Têm sempre em mira a necessidade de conciliar o exercício do direito de propriedade com as relações de

¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Celina. *Código civil Interpretado conforme a constituição brasileira*. V.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.580.

² *Ibid.*, p.581

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito das Coisas*. 9.ed.V.5. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 333.



vizinhança, uma vez que sempre é possível o advento de conflitos entre os confinantes.

Para tanto, a propriedade deve desempenhar uma função social, que deve ultrapassar interesses meramente individuais dos proprietários ou possuidores, visando ao bem estar social.

Conforme se extrai do artigo 5, inciso XXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, a propriedade atenderá a sua função social⁴. Desse preceito decorre a possibilidade de o Estado exigir do proprietário um comportamento positivo pautado por condutas que respeitem a boa-fé e a legalidade.

Não se pode entender o uso da propriedade como mera faculdade do seu titular, sem considerar o ambiente social no qual está integrado, principalmente, no condomínio edilício.

Assim, o direito de vizinhança surge como uma forma legítima de limitação ao direito de propriedade, garantindo um equilíbrio entre os vizinhos. O uso normal da propriedade está justamente na manutenção desse equilíbrio, rechaçando abusos.

Nas palavras de Caio Mário Pereira da Silva, “o legislador estatuiu um standard de deveres, com a correlata correspondência de faculdades e um complexo de direitos”⁵.

Diante da multiplicidade e da proximidade das unidades autônomas, o uso da propriedade em conformidade com a função social é de fundamental importância, já que o comportamento antissocial de um condômino pode dar causa a uma convivência condominial insustentável.

Tanto é que o art. 1.336, IV, do Código Civil, estabeleceu como um dos deveres dos condôminos o de não utilizar a sua propriedade de modo prejudicial ao sossego, à saúde ou à segurança dos demais condôminos⁶.

Da mesma forma, prevê o caput do artigo 1.277 do Código Civil que “o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que habitam provocadas pela utilização de propriedade vizinha”⁷.

Deste modo, o legislador elencou expressamente como dever do condômino não utilizar sua unidade de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm. Acesso em 10 out. 2016.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condição e incorporação*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 123.

⁶ BRASIL. Código Civil. BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out 2016.

⁷ *Ibid*.

condôminos.

Cada condômino tem direito de usar e fruir, com exclusividade, sua unidade autônoma, e em conjunto as áreas comuns, desde que não cause dano ou incômodo aos demais moradores, respeitando as normas de boa vizinhança.

Cumpra-se notar que o regulamento de um edifício estatui restrições a liberdade de ação de cada um em benefício da coletividade, estabelecendo regras proibitivas e imperativas a que todos se sujeitam.

Nos condomínios edilícios, um dos maiores desafios é conciliar a função social da propriedade com os direitos de vizinhança em face de situações envolvendo o denominado condômino antissocial.

Nem sempre os condôminos respeitam as normas de convivência estabelecidas pela Lei Civil e pelas normas do condomínio, o que acaba dificultando ou até impossibilitando a convivência harmônica dos habitantes daquela área.

Deste modo, dentre as limitações impostas ao direito de propriedade, merecem especial atenção as que a lei estabelece, tendo em vista os conflitos que podem resultar do convívio entre os condôminos.

2. O CONDÔMINO ANTISSOCIAL E AS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS PREVISTAS EM LEI

Cada período histórico trava luta com problemas específicos, que podem ser apontados como características especiais daquela época. E os juristas, atraídos por tais questões, são chamados a dar-lhes soluções hábeis a proporcionar seu equacionamento⁸.

Os problemas decorrentes da vizinhança próxima, a necessidade de regulamentar o comportamento dos que se utilizam os apartamentos e usam partes comuns, o resguardo do patrimônio coletivo, impuseram ao legislador a criação de normas para reger essas relações. Assim, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, novas normas de convívio social foram criadas para facilitar a vida nos condomínios edilícios.

Em um condomínio edilício, há partes que são de propriedade exclusiva e partes que são de propriedade comum dos condôminos. Essa modalidade associativa engloba dois regimes: o do próprio condomínio, em que há normas gerais impostas em caráter supletivo, e o regime da propriedade exclusiva⁹.

⁸ FERREIRA, Caio Múcio da Silva, *Condomínio e incorporações*. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994, p.57.

⁹ THEODORO; BARBOSA; MORAIS, *op.cit.* p.678

Conforme ensina Orlando Gomes:

A estrutura da propriedade horizontal caracteriza-se pela combinação de propriedades autônomas, distintas em si mesmas, com o condomínio de partes do edifício. Assim, o dono de apartamento tem a propriedade privativa dessa unidade e direito de copropriedade nas partes indivisas. Seu direito exclusivo está subordinado a necessidade de coexistir com direitos iguais de outros donos sofrendo limitações especiais que lhe emprestem inconfundíveis traços fisionômicos¹⁰.

E esses direitos e deveres recíprocos dos donos de apartamento são definidos, de modo particular, na convenção de condomínio.

No tocante às normas estabelecidas pelo condomínio, tem-se a convenção condominial, que segundo a inteligência dos art. 1.333 e 1.334¹¹ do Código Civil, constitui verdadeira lei interna obrigatória para os titulares ou possuidores de direitos sobre as unidades. Por este motivo suas prescrições, desde que alinhadas com as leis e com a Constituição Federal, são imperativas e cogentes.

Casio Mário da Silva Pereira ressalta que "o caráter normativo da convenção do condomínio é pacificamente reconhecido. Sua força cogente aos condôminos, seus sucessores e sub-rogados e eventualmente às pessoas que penetram aquele círculo fechado representado pelo edifício, é aceita sem relutâncias"¹².

Ademais, a convenção de condomínio é um espaço normativo no qual prepondera a autonomia da vontade, na medida em que a legislação em vigor permite que os condôminos estabeleçam as próprias regras de convivência dentro da órbita condominial.

De um modo geral, além de prever as regras básicas de convivência entre os moradores, a convenção também prevê as sanções aplicáveis em caso de desrespeito às normas condominiais impostas, tais como a previsão de multa ou a interdição do uso das áreas comuns do edifício, dentre outras possíveis penalidades.

Neste ponto, cabe ressaltar que, como toda norma jurídica, a convenção condominial deve ser interpretada à luz da legislação em vigor e dos princípios que a orientam. Não só a convenção de condomínio, mas também a legislação em vigor traz uma série de direitos e deveres aos condôminos, conforme dispões os artigos 1335 e 1336 do Código Civil de 2002¹³.

Assim, da mesma forma que o condômino tem o direito de usar as partes comuns conforme a sua destinação, também tem a obrigação de dar às suas partes a mesma

¹⁰ GOMES, Orlando, *Direitos reais*, ed. revestual / por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense 2012, p. 244.

¹¹ Vide nota 6.

¹² PEREIRA, op. cit., p. 129

¹³ Vide nota 6.



destinação que tem a edificação não cabendo utilizá-las de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores ou de forma contrária aos bons costumes.

O descumprimento desses deveres condominiais, além de submeter o infrator à ação indenizatória, ainda pode dar ensejo à cobrança de sucessivas multas.

Isso porque o art. 1337 do Código Civil¹⁴ passou a prever uma espécie de cláusula geral, penalizando o condômino ou possuidor que reiteradamente praticar condutas entendidas como incompatíveis com a vida em condomínio. Se não vejamos:

Art. 1337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quintos dos condôminos restantes, ser construído a pagar multa correspondente até ao quíntuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.

Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou preceitadores, poderá ser construído a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até oitavo deliberação da assembleia.

Deste modo, o legislador, ciente da problemática envolvendo o desrespeito das normas de boa vizinhança, introduziu expressamente no ordenamento sanções pecuniárias ao condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos.

Antissocial quer dizer contrário à ordem social; aquele que se opõe ao convívio social; insociável, contrário à organização, costumes ou interesses da sociedade¹⁵.

O comportamento antissocial extravasa o lar, ultrapassando a propriedade exclusiva do proprietário e atingindo áreas comuns edilícias, também denominadas frações ideais, de impossível divisão¹⁶.

Apesar do parágrafo único do artigo 1337 supracitado não ter taxado quais seriam as condutas aptas a caracterizar o condômino como antissocial, o referido artigo trouxe os elementos necessários para a sua identificação.

Primeiramente, não basta o mero desrespeito aos deveres condominiais, a conduta deve ser reiterada, isso é, praticada por várias vezes. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE MULTA CONDOMINIAL.

¹⁴ *ibid*.

¹⁵ FACHIN, Nelson Luiz. *Comentários ao Código Civil*. V15. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 261.

¹⁶ FERREIRA, Mauro. Disponível em: http://www.jucivway.org.br/v2/iball.asp?id_ilt=5328 Acesso em : 06.mar.2017

COMPORTAMENTO ANTI-SOCIAL. REINCIDÊNCIA. ARTIGO 1.337, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. ADEQUAÇÃO DO VALOR. Aplica-se multa ao “condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores”. O valor de tal penalidade, contudo, deve, além de observar o limite imposto pelo artigo 1.337, parágrafo único, do Código Civil, refletir a realidade social e condominial. Recurso não-provido.¹⁷

Assim, para a aplicação da sanção pecuniária citada exige-se que o comportamento do condômino antissocial seja reiterado, se um fato isolado será incabível a cobrança da multa.

Além deste requisito, verifica-se que para a aplicação da multa exige-se também que haja a deliberação por três quartos dos demais condôminos, ou seja, o síndico não pode aplicar a multa por vontade própria. Nesse sentido:

DESPESAS DE CONDOMÍNIO – COBRANÇA – MULTA – COMPORTAMENTO ANTI-SOCIAL – FATO ÚNICO – REQUISITO DA REITERAÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO E APROVAÇÃO NA ASSEMBLÉIA – ART. 1.337 CC/2002 – APLICAÇÃO DA MULTA APASTADA. A MULTA PREVISTA NO ART. 1.337 DO CC/2002 EXIGE DELIBERAÇÃO EM ASSEMBLÉIA. RECURSO IMPROVIDO¹⁸

Se a infração cometida pelo condômino não é um fato isolado, ele poderá ser multado em valor correspondente a até cinco vezes o valor da taxa condominial, caso haja deliberação de três quartos dos condôminos restantes, proporcionalmente à gravidade das faltas e sua reiteração. Além disso, se mesmo após a aplicação dessa penalidade o condômino infrator insistir na conduta antissocial, a multa poderá chegar a dez vezes o valor da contribuição para despesas do condomínio.

Por se tratar de imputação de conduta contrária ao direito, com aplicação de sanção, deve ser dada a possibilidade de defesa ao condômino infrator, respeitadas a ampla defesa e o contraditório¹⁹.

Nesse sentido, o enunciado 92 da III Jornada de Direito Civil do CEJ/CJF prevê que “as sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo²⁰”.

Não obstante a tudo que foi dito, há casos em que, o condômino, mesmo com a

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 405.942-4/9-00, Relator Des. José Luiz Garcia de Almeida, julg. 13.04.2010 Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 06, mar. 2017

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Ap. s/ Rev. nº 25-0263-0/7, Relator Des. Carlos Giaroso Santos, julg. 03.08.2004; disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 06, mar. 2017

¹⁹ THEPINO; BARBOSA; MORAIS, *op. cit.*, p. 894.

²⁰ Enunciado 92 da III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 06mar de 2017



aplicação da punição pecuniária máxima, continua desrespeitando as normas condominiais, impedindo o sossego dos demais moradores. É exatamente nesses casos, em que a punição prevista em lei se mostra inócua que se cogita a possibilidade da exclusão do condômino considerado antissocial, tema a ser abordado no próximo capítulo.

3. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA EXCLUSÃO DO CONDÔMINO ANTISSOCIAL

A proximidade física das unidades autônomas dos condomínios favorece a existência de inúmeros conflitos. O termo “condômino nocivo” é usado para aquelas pessoas que possuem uma conduta nociva e que não respeitam o sossego e a paz condominial. São comportamentos antissociais e de descumprimento dos deveres previstos na lei e na convenção condominial.

Para essas pessoas que geralmente não sabem conviver em uma comunidade, existe uma sanção pecuniária prevista em lei, que corresponde a cinco vezes o valor da contribuição condominial, segundo o artigo 1.337, caput do Código Civil. Existe ainda a multa de até dez vezes o valor da contribuição para o condômino que voltar a cometer os mesmos atos de comportamento antissocial, indicado pelo artigo 1.337 parágrafo único²¹.

Quanto à possibilidade de o condomínio aplicar a esses “condôminos nocivos” penas restritivas de direitos, tais como a limitação de direito de uso dos bens comuns ou interrupção do fornecimento de serviços básicos, a questão ainda é muito controvertida.

Argumentam alguns estudiosos²² que não há, na lei, nenhum impedimento a que os condôminos regulem, na convenção de condomínio, novas formas de sanção além das multas já previstas no diploma civil, desde que compatíveis com o ordenamento pátrio. Aduzem os adeptos deste entendimento que o próprio Código Civil autoriza, no inciso IV do art. 1.334²³, que as convenções determinem as sanções a que estão sujeitos os condôminos ou possuidores.

Vários países como a Espanha, Alemanha, México e Argentina, admitem a exclusão do condômino faltoso e que reiteradamente não cumpre com os deveres a ele impostos na convenção ou na lei. Na Alemanha e México, a alienação é compulsória, ou seja, o condômino é obrigado a sair do imóvel, vendê-lo ou alugá-lo. Na Espanha e Argentina existe apenas a exclusão temporária do condômino infrator²⁴.

²¹ Vide nota 6.

²² Gonçalves, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*. 6.ed.V.5: direitos das coisas. São Paulo: Saraiva 2011, p. 418.

²³ Vide nota 6.

²⁴ Vide nota 15.



No Brasil, essa opção de exclusão do agente infrator não está presente no ordenamento jurídico por falta de previsão legal. O que acontece na maioria dos casos é que, a depender do poder econômico desse condômino, as multas não terão efeito algum em seu comportamento.

Surge então um debate sobre a extensão dos direitos fundamentais presentes no artigo 5º da Constituição Federal²⁵, pois embora o direito de propriedade tenha o caráter de direito fundamental, este não é absoluto. Como visto, a propriedade deverá atender a sua função social.

Neste contexto, cabe a pergunta: se a convenção previu a restrição ao uso da propriedade autônoma pelo condômino considerado antissocial, essa restrição seria válida?

Para Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin, apesar da omissão legislativa, seria possível não só a imposição de restrição de uso da área comum pelo condômino, como também, em casos extremos, a vedação do uso da unidade autônoma por parte do condômino antissocial. Nessa hipótese, a presença do proprietário deve ser uma ameaça à tranquilidade ou segurança dos demais moradores²⁶.

Entretanto, cabe a ressalva de que para ser possível impor restrição ao uso da propriedade, se faz necessária a instauração de um processo judicial onde sejam garantidos os direitos a ampla defesa e ao contraditório. Assim, as medidas que porventura venham a ser adotadas em desfavor do condômino antissocial estarão revestidas de legitimidade.

Nas palavras de Gustavo Tepedino, “a proibição de ingresso no próprio imóvel, embora excepcional, tem sido aceita, sendo a validade de tal deliberação subordinada a garantia da ampla defesa e como última alternativa dentro do sistema de progressão de sanções”²⁷.

No entanto, parece que a jurisprudência não tem adotado esse entendimento. Na prática, tem prevalecido o entendimento de que não existe margem discricionária para a imposição de outras sanções que não sejam as pecuniárias estipuladas na Lei. Observe o julgado que reflete tal argumento:

CONDÔMINO COM COMPORTAMENTO CONSIDERADO ANTISSOCIAL. PRETENSÃO DE SUA EXCLUSÃO DA COMUNIDADE CONDOMINIAL - SANÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI - APLICAÇÃO DE MULTA PELO PRÓPRIO CONDOMÍNIO FALTA DE NECESSIDADE DE SUPLENÇA JUDICIAL. O ordenamento jurídico pátrio não prevê a sanção de exclusão do condômino de sua unidade residencial, ainda que pratique, reiteradamente, atos

²⁵ Vide nota 4.

²⁶ TEPEDINO; BARBOSA; MORAIS, *op.cit.*, p. 695.

²⁷ *Ibid.*



denominados pela lei como antissociais. Inexistência de lacuna legislativa na hipótese, eis que o Código Civil prevê sanção de multa para o condômino que apresente incompatibilidade de convivência com os demais moradores. Impossibilidade de exclusão do condômino pela via judicial. Afasta-se qualquer argumentação no sentido de que o magistrado, à luz do princípio da função social, por si só, tenha o poder de mitigar o direito fundamental à moradia resguardado na Constituição Federal e criar sanção diversa da eleita com a ideal pelos representantes do povo, transmutando nosso Estado Constitucional de Direito em um Estado Judicial de Direito. A multa pode ser aplicada pela Assembleia Condôminial sem a necessidade de tutela jurisdicional, não sendo demonstrado no processo qualquer fato que impeça a deliberação pelo referido órgão em tal sentido. Improvimento do recurso²⁸.

Deste modo, o entendimento majoritário na jurisprudência é o de que não é possível a exclusão do condômino pelo seu comportamento nocivo uma vez que a lei não trás esta previsão legal.

Apesar desse entendimento, é possível encontrar alguns julgados em sentido contrário, demonstrando que a posição jurisprudencial não é pacífica, criando margem para interpretações diversas, conforme julgado a seguir:

CONDÔMINIO CONDÔMINO ANTISSOCIAL. EXCLUSÃO POSSIBILIDADE. Requerida mantém grande acúmulo de sujeira em prédio de apartamentos. Risco de incêndio. **SENTENÇA DE EXTINÇÃO**, com fulcro no artigo 287, inciso VI, do Código de Processo Civil. Sanções pecuniárias do art. 1.337 do Código Civil não esgotam as providências para fazer cessar a conduta ilícita do condômino. Requerida utiliza da propriedade de maneira nociva aos demais condôminos. Possibilidade de imposição de obrigação de não utilizar o imóvel. **RECURSO DO AUTOR PROVIDO**, para julgar procedente a ação, vedando a Requerida de fazer uso do imóvel, com a desocupação em 60 dias (imóvel limpo e higienizado), sob pena de execução, arcando a Requerida com as custas e despesas processuais e honorários advocatícios dos patronos do Autor (fixados em R\$ 7.000,00), além da multa de 1% do valor da causa (a que foi atribuído o valor de R\$ 10.000,00) e de indenização de 20% do valor da causa, em decorrência da litigância de má-fé²⁹.

Assim, para essa corrente, o fato de a lei vigente ser omíssa em relação à possibilidade de exclusão do condômino infrator não significa que a pretensão não possa ser deduzida em Juízo, via direito de ação, porquanto a mesma lei não veda tal demanda, ou seja, o ordenamento jurídico vigente não afasta, a priori, o direito sustentado na inicial, de se excluir do condomínio o condômino antissocial.

Cumpra notar que o regulamento de um edifício estatui restrições a liberdade de ação de cada um, em benefício da coletividade que optou por ali residir, e por isso,

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 0098340-64.2008.8.19.0001, 17ª Câmara Cível, Des. Rel. Edson Viveiros, julgado em 16/04/2008. Acesso em 19.mar.2017.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0003123-32.2010.8.26.0079, Rel. Des. Flávia Abramo, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 27/08/2013. Acesso em 19.mar.2017.



estabelece regras proibitivas e imperativas, a que todos se sujeitam.

Ademais, é cediço que o Direito Privado não se esgota nas regras legais, de modo que dada a sua própria natureza, as regras de comportamento de cada edifício tem sentido normativo. Obrigam aos que compõem aquele condomínio e aos que habitam o edifício ou dele se utilizam, ainda que eventualmente.

Frisa-se que essa possibilidade deve ser uma exceção, para evitar que sua aplicação de forma irrestrita incida em abusos e excessos. Assim, todo procedimento administrativo, assembleias com esta finalidade específica, notificação, imputação de multa, devem ser esgotados para somente a posteriori ser pleiteado judicialmente o afastamento do condômino nocivo, para se restaurar a paz e o bom viver no âmbito social do condomínio.

Uma vez respeitado o devido processo legal, o entendimento que mais coaduna com a função social da propriedade é o de que se a multa pecuniária for inócua, outras medidas mais invasivas deveriam poder ser utilizadas sob risco de deixar o litígio sem solução.

Assim, pode-se concluir que apesar de grande parte da jurisprudência entender pela impossibilidade de exclusão do condômino antissocial, o tema ainda está aberto. Os argumentos trazidos pela corrente que defende essa possibilidade parecem ganhar cada vez mais espaço vide as novas interpretações feitas sobre a extensão do direito de propriedade de e a sua função social.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objeto de estudo a possibilidade de exclusão do condômino considerado antissocial, à luz da jurisprudência e da doutrina atual.

A importância do tema resta clara diante da multiplicidade e da proximidade das unidades autônomas, cada vez mais comuns, e que demandam um uso consciente da propriedade em conformidade com a função social.

A proximidade física das unidades autônomas dos condomínios favorece a existência de inúmeros conflitos. O termo “condômino nocivo” é usado para aquelas pessoas que possuem uma conduta nociva e não respeitam o sossego e a paz condominial, com comportamentos antissociais e de descumprimento dos deveres previstos na lei e na convenção condominial.



O legislador, ciente da problemática envolvendo o desrespeito das normas de boa vizinhança, introduziu expressamente no ordenamento sanções pecuniárias ao condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos.

Antissocial quer dizer contrário à ordem social; aquele que se opõe ao convívio social; insociável, contrário à organização, costumes ou interesses da sociedade.

Conforme o art. 1337 do Código Civil, se a infração cometida pelo condômino não é um fato isolado, ele poderá ser multado em valor correspondente a até cinco vezes o valor da taxa condominial, caso haja deliberação de três quartos dos condôminos restantes, proporcionalmente à gravidade das faltas e sua reiteração. Além disso, se mesmo após a aplicação desta penalidade o condômino infrator insistir na conduta antissocial, a multa poderá chegar a dez vezes o valor da contribuição para despesas do condomínio.

Porém, há casos em que mesmo com a aplicação da punição pecuniária máxima o condômino continua desrespeitando as normas condominiais, impedindo o sossego dos demais moradores. É exatamente nestes casos, em que a punição prevista em lei se mostra inócua, que se cogita a possibilidade da exclusão do condômino considerado antissocial.

Argumentam alguns estudiosos que não há, na lei, nenhum impedimento a que os condôminos regulem, na convenção de condomínio, novas formas de sanção além das multas já previstas no diploma civil, desde que compatíveis com o ordenamento pátrio.

Aduzem os adeptos desse entendimento que o próprio Código Civil autoriza, no inciso IV do art. 1334, que as convenções determinem as sanções a que estão sujeitos os condôminos ou possuidores. Assim, seria lícita a previsão na convenção de condomínio que limitasse o uso da propriedade pelo condômino como forma de sanção pelo uso anormal da mesma.

Porém, o entendimento majoritário na jurisprudência é o de que não é possível a exclusão do condômino pelo seu comportamento nocivo uma vez que a lei não trás esta previsão legal.

Na prática, a jurisprudência ainda reluta em aceitar medidas sancionatórias que limitem o uso da propriedade. No entanto, pode-se perceber uma evolução gradativa nesse campo, pois cada vez mais se protege a função social da propriedade em prol de interesses individuais.

Deste modo espera-se que, no futuro, tais situações de conflitos condominiais possam receber um tratamento mais eficaz por parte dos julgadores, que não a simples

aplicação da multa criada na lei civil em vigor. Sobretudo que se obtenha a correção do comportamento antissocial, como já vem defendendo a doutrina.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15.mar.2017.
- _____. Código Civil brasileiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15.mar.2017. BRASIL.
- _____. Enunciados do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-ivjornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 15.mar.2017.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 15.jan.2017.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do São de Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 15.jan.2017.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10.jan.2017.
- FACHIN, Edson Luiz. *Comentários ao Código Civil*. V.15. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERREIRA Mauro. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_db=5328. Acesso em: 06, mar.2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Direito das Coisas*. 9. ed.V.5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Condomínio e incorporações*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- TEPEDIDO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAIS, Maria Celina apud Dantas. *Código civil interpretado conforme a constituição brasileira.V3*. Rio de Janeiro: Renovar,2011.



APLICAÇÃO DAS REGRAS DE *COMPLIANCE* DA LEI ANTICORRUPÇÃO NO ÂMBITO DO SETOR PÚBLICO

Ricardo Duarte Ferreira Figueira

Graduado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Advogado.

Resumo – dentre os mecanismos jurídicos voltados para a tutela da moralidade administrativa destaca-se a recente “Lei Anticorrupção” (Lei n. 12.846/13). Este diploma legal, porém, preocupa-se unicamente com a repressão das condutas perpetradas por particulares em detrimento da Administração Pública, motivo pelo qual o presente Artigo propõe uma nova compreensão do tema, enfocando nos próprios agentes públicos, e na adoção de mecanismos de prevenção à “corrupção” presentes no Decreto n. 8.420/15, os denominados “Programas de Integridade”.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Tutela jurídica da moralidade pública. Corrupção no Poder Público. Programas de Integridade (*Compliance*). Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13). Decreto n. 8.420/15. Administração Pública Direta e Indireta.

Súntesis – Introdução. 1. O Poder Público como vítima e como autor da corrupção. 2. Porque a Lei Anticorrupção é insuficiente para tutelar a moralidade pública. 3. O combate preventivo a corrupção por meio de programas de integridade (*Compliance*) previstos na Lei n. 12.846/13 e no Decreto n. 8.420/15. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica destina-se a analisar a aplicabilidade dos Programas de Integridade (mais comumente conhecidas como “regras de *compliance*” previstos no Decreto n. 8.420/15, que regulamentou a Lei n. 12.846/13 - conhecida como “Lei Anticorrupção” - no âmbito dos órgãos e entidades do Poder Público, a fim de viabilizar o controle preventivo da “corrupção”, aqui entendida em sentido genérico como o conjunto de atos lesivos à moralidade pública.

A Lei n. 12.846/13, que se popularizou com o nome de “Lei Anticorrupção” e representou importante marco na tutela jurídica da moralidade pública, contempla uma série de normas relativas a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. A própria lei define sua aplicabilidade em relação às sociedades empresárias e não empresárias, bem como associações e fundações, de forma que, em princípio, não estariam abrangidos os próprios órgãos e entidades públicas que integram a própria Administração Pública.

Em 2015, por sua vez, a Lei Anticorrupção foi regulamentada pelo Decreto n. 8.420, que trouxe uma série de disposições inovadoras acerca do combate preventivo à corrupção, dos quais destacamos os chamados "Programas de Integridade", mais popularmente conhecidos como "práticas de *compliance*". Nada mais são que códigos de ética que visam a estimular a adoção de comportamentos compatíveis com a legislação vigente, e que representam tendência mundial de "moralização" das atividades empresariais e também estatais. O escopo do referido Decreto, todavia, é voltado para entidades privadas (empresariais ou não) que se relacionem com o Estado.

Tendo isso em vista, este artigo acadêmico aponta, em verdade, para a existência de uma lacuna no ordenamento jurídico que busca tutelar a moralidade pública, uma vez que, embora existam algumas normas repressivas e punitivas de desvios cometidos por agentes públicos (como o Código Penal e a Lei de Improbidade Administrativa), neste contexto específico carecemos de mecanismos de controle preventivo da conduta proba dos gestores públicos, que estimulem o comportamento ético e consciente nas corporações públicas. O objetivo geral, portanto, é o de discutir a possibilidade de aplicarmos diretamente aos agentes e entidades públicas os modernos Programas de Integridade previstos no supracitado decreto federal que regulamentou a Lei Anticorrupção. Com isso, estaríamos preenchendo um vácuo legislativo e propiciando um melhor diálogo entre as normas que compõem esse "microsistema" normativo de tutela da moralidade pública.

Com esse propósito, no primeiro capítulo, serão analisados, de forma mais específica, meios repressivos e preventivos de combate à corrupção no âmbito do Poder Público, a fim de constatar que a corrupção não é fenômeno que deve ser enfrentado somente sob o viés das condutas ilícitas praticadas por atores privados em face do Estado.

Em seguida, o segundo capítulo, tomando por base a própria Lei n. 12.846/13, será feito cotejo com outras regras de combate à corrupção voltadas aos agentes públicos, bem como com alguns regimes jurídicos de outros países, a fim de traçar paralelos. O objetivo específico aqui é a demonstração de que os meios preventivos da corrupção, isto é, aqueles baseados na construção de comportamentos e padrões éticos, são tão importantes quanto os meios sancionatórios e punitivos.

No terceiro capítulo, será feita uma análise conjuntural dos dispositivos legais que consagram os Programas de Integridade no Decreto n. 8.420/15, a fim de adaptá-las, na medida do possível ao contexto dos órgãos e entidades públicas. Tomando-se



como premissa central do artigo científico o de que é possível aplicarmos as regras de *compliance* a tais organismos públicos, o trabalho neste capítulo será o de desenvolver teoricamente os critérios pelos quais podemos implementá-las concretamente.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, baseando-se em determinadas premissas e daí analisando propostas hipotéticas, que serão demonstradas ou rejeitadas argumentativamente. Para tanto, a abordagem dos objetivos será qualitativa, com ênfase em estudos já existentes, eminentemente doutrinários, enfocando no Brasil, mas também com suporte empírico em elementos do Direito Comparado (notadamente no segundo capítulo), para sustentar a tese.

1. A TUTELA DA MORALIDADE PÚBLICA NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO

O Direito brasileiro contempla uma série de diplomas normativos que tutelam o bem jurídico da moralidade pública face aos ilícitos perpetrados por agentes públicos¹, a começar pela própria Constituição Federal² (CF/88), quando prevê que a lei complementar estabelecerá casos de inelegibilidade a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato a cargo eletivo (art. 14, § 9º). Ademais, dentre os princípios constitucionais que informam toda a Administração Pública – ou, melhor, todo o Poder Público, em todos os níveis federativos – está justamente a moralidade (art. 37, *caput*).

Merece destaque a vetusta Lei n. 1.079/50³, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade e também prevê o procedimento destinado a aplicar a sanção (política⁴, e não penal) de perda do cargo – o processo de *impeachment* – destinado a reprimir os desvios justificados pelas maiores autoridades do país, como o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF).

¹ Aqui adota-se a classificação adotada consistentemente pela doutrina publicista, que usa a expressão “agente público” como a categoria mais genérica, que abrange todos as pessoas que possuem relação jurídica com o Poder Público, desde os cargos políticos, até os empregos públicos nas empresas estatais. Confira: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Cursos de Direito Administrativo* – 3ª ed. rev., atual. compl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. Pp 596 e 597.

²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

³BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁴FAVER, Marcus. *Impeachment: evolução histórica, natureza jurídica e sugestões para aplicação*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, jan./abr. 2016. Pp 334/335.

Considerando-se que a moralidade pública é um bem jurídico de natureza transindividual⁵, ela é também objeto dos chamados processos de tutela coletiva de direitos para reprimir desvios que causem prejuízo ao patrimônio público. Em primeiro lugar, a Lei n. 4.717/65⁶, que prevê o processo da ação popular, considerada a “ação cívica” por excelência⁷, já que municia todo e qualquer cidadão de poderoso instrumento para proteger a própria coisa pública contra os ilícitos perpetrados pelos agentes públicos. Em segundo, a Lei n. 7.347/85⁸, que disciplina o processo da ação civil pública e que visa à proteção do patrimônio público e social (art. 1º, VIII). Tendo em vista que a ação popular é própria do cidadão e que a ação civil pública pode ser manejada por uma série de outras entidades, como o Ministério Público, as associações civis, além dos próprios entes federativos, existe reciprocidade e diálogo normativo entre estas fontes legais, no que se convencionou denominar de microsistema da tutela coletiva de direitos, e que fornece a muitos os instrumentos processuais relevantes para detectar e punir irregularidades que porventura ocorram no âmbito do Poder Público.

Outro sistema normativo importante é o da Lei n. 8.429/92⁹, que disciplina a ação de improbidade administrativa. Embora o processo de improbidade seja usualmente classificado como um de natureza cível, tanto a doutrina quanto a jurisprudência concordam¹⁰ que ele se aproxima, ao menos no seu rito, do processo penal, ainda que jamais possa culminar na privação da liberdade corporal.

Pode-se mencionar, ainda, outras diversas normas que proscrevem condutas vulgarmente enquadradas na “corrupção”, como: a Lei n. 8.112/90¹¹, o estatuto dos servidores públicos federais, e que contém diversas normas disciplinares; a Lei

⁵ THEODORO, Amanda, SCHITINI, Lucien Almeida, MELO, Luciano Luiz Bandeira de. A ação civil pública na defesa do princípio da moralidade administrativa. In: *Revista Jurídica de Foz de Iguaçu* - v. 4, n. 2, Ago.-Dez. de 2008. P. 11 a 13.

⁶ BRASIL. Lei nº 4.717, de 9 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁷ MIRELLES, Hely Lopes Mirelles. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado De Injunção, Habeas Data. 18. ed. atual. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997. Interessante destacar que a ação popular foi criada pela Constituição democrática de 1934, embora só tenha sido regulamentada trinta anos após, certidão de nascimento essa que atesta seu propósito de tutelar um dos valores mais caros do Estado Democrático de Direito.

⁸ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁹ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁰ Tanto é que o STF, no julgamento da Reclamação n. 2138, concluiu que os atos de improbidade administrativa descritos na Lei nº 8.429/92 “constituem autênticos crimes de responsabilidade”. Confira: STF - Rcl 2138/DF, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 13/06/2007, Tribunal Pleno.

¹¹ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Complementar n. 101/00¹², denominada “Lei de Responsabilidade Fiscal” que institui uma série de regras para a boa gestão dos recursos públicos; a Lei n. 8.666/93¹³, que regula as licitações e contratações públicas – terreno bastante fértil, no Brasil, para a ocorrência de fraudes e desvios – e prevê uma série de disposições criminais; por fim, o Código Eleitoral¹⁴, com um amplo regramento destinado à apuração, persecução e punição de crimes ocorridos no contexto das eleições públicas, e o próprio Código Penal, que tipifica diversos delitos contra a Administração Pública, como as figuras típicas da corrupção ativa e passiva e o peculato.

Conclui-se, pois, que o Estado tanto corrompe quanto é corrompido, e que as autoridades públicas também são contempladas como potenciais autores de ilícitos contra a coisa pública, o que inquestionavelmente autoriza a aplicação das respectivas punições.

É neste contexto normativo que se insere a Lei n. 12.846/13¹⁵ – Lei Anticorrupção – devendo ser compreendida como parte integrante do microsistema normativo de tutela da moralidade pública, que conta com a participação de cidadãos, de organizações não governamentais (e.g. associações civis), de órgãos públicos (e.g. Ministério Público), e busca preservar a “coisa pública” contra a ingerência antijurídica de agentes públicos e pessoas privadas. É um sistema abrangente, tanto do ponto de vista subjetivo (quem é legitimado para figurar no polo ativo e passivo desses processos), quanto do ponto de vista objetivo (protege não só o dinheiro público, mas também valores como a honestidade e a probidade, que justificam, por exemplo, a vedação do nepotismo e a transparência nas atividades estatais).

Todavia, este histórico legislativo envolvendo o fenômeno da “corrupção”, no presente artigo científico, deve ser entendido como diagnóstico de um problema: a necessidade de contemplar também medidas de índole preventiva e não só repressiva para enfrentar a corrupção. Todas essas leis são de natureza sancionatória, vez que projetam a reação do Estado ou dos cidadãos ante a verificação de uma conduta ilícita por parte de um agente público, tanto na esfera política quanto na esfera administrativa, mediante a aplicação de uma punição.

¹²BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹³BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666/cons.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁴BRASIL. Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁵BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Disto decorre, então, que todas essas medidas, por envolverem cerceamento de direitos, são necessariamente processualizadas, em prestígio do princípio do devido processo legal, seja na esfera administrativa ou judicial. Assim, tem-se que ou os processos são genuinamente penais ou se aproximam da sistemática processual penal¹⁶, embora não tenham tal natureza, também por força dos princípios constitucionais que regem a supressão de direitos fundamentais como decorrência da prática de ilícitos.

Embora seja certo que toda norma repressiva detenha uma carga preventiva, pois a reafirmação da validade e eficácia da ordem jurídica por meio da aplicação das sanções cabíveis aos infratores desestimula a prática de ilícitos, somente com a regulamentação da Lei Anticorrupção pelo Decreto n. 8.420/15¹⁷ surgiu uma preocupação maior com mecanismos genuinamente preventivos, notadamente pela instituição dos já citados Programas de Integridade, inseridos no contexto mais amplo da adoção de práticas de governança corporativa no empresariado brasileiro. Esses programas, de fato, poderiam ser aplicáveis, pela técnica interpretativa da analogia, também aos agentes públicos, com as devidas adaptações, a despeito de essa não ter sido uma preocupação da Lei Anticorrupção.

No próximo capítulo, será brevemente estudada a importância das regras de gestão proba e consciente com base em alguns exemplos de Direitos estrangeiros, e, no capítulo subsequente, a possibilidade de adaptação das inovações do Decreto n. 8.420/15 à disciplina jurídica dos órgãos e entidades públicas.

2. PORQUE A LEI ANTICORRUPÇÃO É INSUFICIENTE PARA COMBATER A CORRUPÇÃO NO SETOR PÚBLICO

A Lei Anticorrupção adotou uma sistemática nitidamente repressiva, como se vê pela instituição de mecanismos de responsabilização na esfera administrativa (arts. 6º a 15) e judicial (arts. 18 a 21), bem como pela regulamentação dos acordos de leniência (art. 16), cuja principal função é a de cooperação na averiguação de outros ilícitos dessa espécie, bem como de reparação dos danos causados pelas pessoas jurídicas infratoras.

¹⁶ SILVA, Marcela Sacchi da. *Material de apoio para estudos de Direito Administrativo*. EMBREI: Rio de Janeiro, 2011. P. 3.

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.



Existem, todavia, outros mecanismos de índole preventiva que propiciam igualmente a tutela da coisa pública. O primeiro deles, e quiçá mais relevante, é o da exigência da máxima transparência possível a respeito das atividades dos agentes públicos, principalmente sob o ponto de vista financeiro, a fim de que quaisquer cidadãos tenham acesso à informações sobre dispêndios, declarações, orçamentos etc. É notório que os entes públicos em geral, bem como seus órgãos e entidades vinculadas, geralmente divulgam por meio de portais na rede mundial de computadores¹⁸ (*Internet*) informações relativas aos gastos e recursos públicos.

Deve-se, destacar, porém, que sob o ponto de vista das atividades de *compliance*, tanto para o setor privado quanto para o público, exige-se que a transparência consista numa postura ativa do gestor, a fim de que ele busque, pelos melhores meios, a integração e participação da própria população interessada no acesso à tais informações e, na medida do possível, a simplificação de sua exibição, uma vez que comumente apresentam dados técnicos e estruturas de exibição que dificultam uma boa percepção sobre os dados pelo indivíduo leigo, e facilitação de acesso. Assim, tanto como numa sociedade anônima com gestão proba se espera que os administradores busquem a maior participação possível dos acionistas quando da divulgação dos detalhes sobre as atividades desenvolvidas, também o gestor público deve buscar, mediante uma postura mais ativa, a divulgação dos dados sobre o adequado emprego dos recursos públicos. Obviamente, quanto mais participativa e engajada for a população interessada, num Município, os cidadãos; num órgão público de qualquer dos entes federativos, os próprios servidores e os administrados; numa agência reguladora, o setor regulado, menos estímulo terão os gestores públicos para evitar a adoção de mecanismos de transparência substancial.

O melhor exemplo, no Direito pátrio, da adoção de uma sistemática de transparência pública, é a da Lei Complementar n. 101/00¹⁹, cujos arts. 48 e seguintes instituem uma série de medidas de transparência, aos quais deve ser dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, e por meio do incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, bem como regras específicas de contabilidade das contas públicas. Assim, não basta a simples publicação de informações, mas deve ser estimulada a integração da sociedade civil seja integrada na

¹⁸ Como exemplo, destaca-se o Portal da Transparência do Governo Federal, mantido pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.

¹⁹ Ver nota de rodapé nº 12.

gestão financeira da coisa pública, o que constitui, em última análise, a um imperativo da vida cidadã numa democracia contemporânea.

O aspecto da transparência, como regulamentado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, identifica também outro pilar da moderna concepção de gestão responsável, que é a prestação de contas, comumente denominada *accountability*. No âmbito privado, a fiscalização e controle externo geralmente é feita por pessoas jurídicas especializadas no ramo da auditoria (notadamente contábil), mas, no setor público em muito se atribuiu tal propósito fiscalizador à própria instituição dos mecanismos de freios e contrapesos inerentes à tripartição de Poderes. O maior exemplo disto é a sistemática pela qual o Poder Legislativo exerce controle sobre a atividade do Poder Executivo, exigindo-se, por exemplo, que as contas da Administração Pública sejam apreciadas em debate parlamentar (arts. 49, IX e X, e 84, XXIV, ambos da CF/88²⁰) ou que os atos dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos sejam apreciados por tribunal de contas (art. 71, da CF/88²¹). Tais mecanismos são imprescindíveis, mas, no atual contexto, busca-se fundamentalmente uma maior participação democrática no manejo da coisa pública, de forma a reforçar tais mecanismos de prestação de contas e responsabilização da gestão pública, uma vez que o gestor público deve justificar-se não somente perante os representantes do povo, mas também perante o próprio povo, diretamente. As tecnologias de informação do século XXI são capazes de propiciar uma reanálise da participação da sociedade civil no Poder Público, sem que se precise necessariamente cogitar da intermediação de agentes políticos.

Foram feitas duas breves referências a elementos que atualmente são considerados dois pilares fundamentais da “governança corporativa”, a transparência e a prestação de contas, ao lado da própria noção de integridade e lealdade. A alusão foi proposital, uma vez que, em reforço à tese desenvolvida neste artigo, é possível cogitarmos a aplicação, com as devidas adaptações, de todo o arcabouço teórico e prático desenvolvido nos últimos anos acerca do instituto da governança corporativa²² para os órgãos e entidades públicas. É certo que não se pode equiparar um governo a uma empresa, mas, analisando de forma abstrata e focando unicamente no aspecto da

²⁰ Ver nota de rodapé nº 2.

²¹ *Ibid.*

²² Em síntese, a governança corporativa pode ser definida como um conjunto de princípios, práticas e relacionamentos entre os acionistas/quotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal das empresas, com vistas de otimizar o seu desempenho e facilitar o acesso ao capital, tornando-a mais atrativa aos investidores. Conferir, a esse respeito, a sistematização dos princípios básicos da governança.



gestão pública, é possível avaliarmos a importação dos princípios básicos da boa gestão empresarial também para a ela, não somente no aspecto financeiro, mas também político-democrático, envolvendo a relação do agente público com os cidadãos, e até mesmo social²³. Afinal, toda a temática da malversação dos recursos públicos que justifica a tutela da moralidade administrativa reside num primordial “dilema da agência”²⁴ entre o agente público e os cidadãos, sendo estes os titulares do patrimônio público, e aqueles meramente seus gestores.

Buscou-se, com esta breve explanação, demonstrar que existem diversos outros mecanismos relevantes voltados, em última análise, à preservação da moralidade pública, e que são altamente reforçados e valorizados no contexto da moderna democracia, marcada, de um lado, pela crise de representatividade dos agentes públicos e, de outro lado, pela maior possibilidade, em razão das modernas tecnologias de informação, de participação direta de cidadãos nos assuntos públicos. Esses mecanismos, a exemplo das práticas de boa governança, poderiam ser adaptados à estrutura do Poder Público, e poderiam gerar positivos impactos na relação do Estado com os cidadãos.

3. O COMBATE PREVENTIVO À CORRUPÇÃO POR MEIO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

O Decreto n. 8.420/15²⁵ disciplina detalhadamente, nos seus arts. 41 e 42, o Programa de Integridade, assim entendido o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com o objetivo

²³ Por exemplo, pelo desenvolvimento e estímulo de concepções de responsabilidade social, na realização de políticas públicas que afetem determinadas populações, projetando-se os seus efeitos e consequências futuras.

²⁴ Em ciência política e economia, o problema do principal-agente ou dilema da agência trata as dificuldades que podem surgir em condições de informação assimétrica e incompleta, quando um principal contrata um agente, tais como o problema de potencial conflito de interesses e risco moral, na medida em que o principal está, presumivelmente, contratando o agente para prosseguir os interesses do principal. No contexto desse artigo, a situação que se fez ao “dilema da agência” invoca a ideia de que os gestores da coisa pública, notadamente os detentores de mandatos eletivos, deixam de agir como “representantes” do povo quando surge, em razão de diversos fatores, a possibilidade de agirem conforme seus próprios interesses, o que desperta sérios questionamentos à luz dos princípios básicos da república, da democracia e da moralidade.

²⁵ Ver nota de rodapé nº 17.

de detectar e sanar desvios, fraudes e irregularidades. Adequada, neste momento, a análise pormenorizada dos dispositivos a fim de avaliar as possibilidades de serem adaptados à dinâmica das entidades e órgãos públicos.

O parágrafo único do art. 41 contém interessante previsão, no sentido de que o programa de integridade seja estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica. O raciocínio, que propicia um apropriado casuismo, é aplicável às pessoas de direito público, uma vez que não se pode conceber que uma secretaria municipal opere com base na mesma dinâmica de um ministério federal, ou uma autarquia em relação a uma fundação pública. Como visto no capítulo anterior, existem determinadas premissas e princípios que devem nortear todo o Poder Público, entendido como um único corpo estruturado, como a da transparência, da ética, da responsabilização, ao passo que determinados riscos, como aqueles relativos à gestão do erário público, são universais.

Ainda assim, é de se notar que cada entidade e órgão público deve ser compreendido à luz de suas próprias peculiaridades, notadamente pelo fato de que os Programas de Integridade tomam em consideração as relações internas da pessoa jurídica – isto é, os agentes públicos – bem como as relações externas, com terceiros – isto é, as demais pessoas jurídicas públicas ou privadas. Nada disso impede, por outro lado, que sejam criados, à título de “normas gerais”, Programas de Integridade de superposição, isto é, diretrizes gerais aplicáveis a todas as entidades e órgãos de determinada estrutura administrativa. Exemplificando com a Administração Pública federal, seria incumbência da Presidência da República a edição de um Programa de Integridade aplicável a todos os Ministérios federais, bem como às autarquias, sem prejuízo de que cada uma delas, por meio dos seus atos normativos próprios, esmiúce com maior detalhamento as disposições aplicáveis ao seu próprio quadro de funcionários e ao regime de relacionamento com terceiros. Este último aspecto é bem mais sensível, por exemplo, em relação a uma agência reguladora responsável pela fiscalização e controle de determinado setor econômico ou de serviços públicos, ou a uma secretaria municipal de turismo envolvida com empresas particulares interessadas no patrocínio e investimento de eventos públicos.

O art. 42 do referido decreto federal, por sua vez, lista, em dezesseis incisos, os parâmetros que devem basear os Programas de Integridade, como o estabelecimento de padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade (inciso III), bem como controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e



demonstrações financeiras (inciso VII), e a independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento (inciso IX).

Determinadas disposições são, por certo, inaplicáveis ao setor público, como a que diz respeito à previsão de programas específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios e contratos administrativos, dentre outras interações com o setor público (inciso VIII), a que estabelece verificação de cometimento de irregularidades durante processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias (inciso XIV), ou a que determina maior transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos²⁶ (inciso XVI). Essas previsões, porém, para fins do presente Artigo Científico, são a exceção, pois, em regra, os parâmetros legalmente estabelecidos para confecção de Programas de Integridade por pessoas jurídicas de direito privado são igualmente aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, não sem algumas adaptações.

Indo mais além, vale mesmo avaliar a possibilidade de aplicação, por analogia, das previsões dos §§ 3º e 5º do art. 42 – que preveem menor formalismo na criação de Programas de Integridade por microempresas e empresas de pequeno porte, excluindo a aplicação de alguns dos incisos do *caput* do art. 42 – a determinados órgãos e entidades públicas considerados de menor porte. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, que necessita de preenchimento por ato normativo interno da própria estrutura orgânico-administrativa à qual o órgão ou entidade está vinculado, mas a ideia básica é a de que determinados órgãos do Poder Público são demasiado pequenos, seja em razão da menor complexidade de suas funções, do menor manuseio de recursos públicos, ou outros critérios, o que justifica a criação do que poderia ser considerado um Programa de Integridade simplificado. Seria uma lógica útil para um sem-número de Municípios com menos recursos ou mesmo alguns Estados cuja estrutura administrativa seja menos desenvolvida.

Questão que exige análise mais detida diz respeito à adaptação das prescrições dos §§ 1º e 2º do art. 42 do Decreto n. 8.420/15, que preveem na avaliação dos parâmetros que devem compor os Programas de Integridade, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, como a quantidade de funcionários, empregados e

²⁶ Em 2015, mesmo ano em que publicado o Decreto n. 8.420/15, foi também publicada a Lei n. 13.165/15, conhecida popularmente como “mini-reforma eleitoral” por ter modificado uma série de disposições na legislação relativa às eleições, aos partidos políticos e do Código Eleitoral, inclusive vedando, como regra, doações a qualquer prestação realizadas por empresas a partidos políticos e candidatos em eleições, a fim de combater o chamado “financiamento privado de campanhas eleitorais”.

colaboradores (inciso I), a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores (inciso II), dentre outros. Alguns aspectos, como o setor do mercado em que atua (inciso IV) e o grau de interação com o setor público (inciso VI), obviamente, exigirão um maior esforço hermenêutico e adaptativo, mas, em geral, percebe-se a conveniência da comparação, para fins de adoção dos códigos de ética, de um corpo orgânico estatal com uma empresa que atua na economia. Paralelamente à uma sociedade empresária se vale dos recursos investidos pelos seus sócios e por terceiros para a realização de uma atividade lucrativa, o Estado manuseia os recursos da coletividade para perseguir a realização de bens comuns. Também o Estado, assim como qualquer entidade privada, com ou sem fins lucrativos, deve se sujeitar a controles por seus membros, quando receba recursos, e os agentes que nele exercem funções públicas sujeitos a padrões éticos de conduta.

É dada ênfase principalmente ao aspecto do manejo dos recursos públicos pelos órgãos que integram o Poder Público, mas obviamente a noção de ética e moralidade na Administração Pública vai muito além, e abrange todo um conjunto de padrões comportamentais voltados à concretização de valores como a isonomia, a probidade, a eficiência na gestão da coisa pública, dentre outros que encontram sede na Constituição da República²⁷ (arts. 3º, I e IV, e 37, *caput*). Desde o trato dos administrados com urbanidade por parte dos agentes públicos quando buscarem a realização de uma atividade de seu interesse em repartição pública, até as premissas de honestidade e transparência na gestão dessas atividades.

A ideia de probidade e moralidade no âmbito público possui tão relevante carga valorativa, inclusive na Constituição Federal, que deve permear toda a atividade pública, e todos os entes públicos, e não somente o Poder Executivo no serviço da atividade administrativa – embora seja esse que tenha a relação mais direta com os cidadãos – mas também o Poder Legislativo e do Poder Judiciário, especialmente pautados nos primados da transparência e da responsabilidade. Neste contexto, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça exerce relevante papel na moralização da atividade judiciária²⁸, sendo recomendada a reprodução desse modelo fiscalizatório, por meio do controle externo, em outras esferas do Poder Público, ainda que com diferentes escopos de atuação. O raciocínio é válido inclusive para os órgãos parlamentares, como

²⁷ Ver nota de rodapé nº 2.

²⁸ CARVALHO, Erasmi. “O Controle Externo do Poder Judiciário: O Brasil e as experiências dos Conselhos de Justiça na Europa do Sul”. *Revista da Biblioteca do Senado Federal*. Brasília n. 43 n. 170 abr./jun. 2006. P. 107.



o Congresso Nacional, merecendo reforço os mecanismos internos e preventivos de controle das atividades administrativas desses órgãos.

CONCLUSÃO

A Lei Anticorrupção veio em 2013 com o propósito de tutelar o próprio Estado nas suas relações com os particulares que gerassem prejuízo à coisa pública. O sujeito ativo da conduta é o particular, notadamente as empresas privadas cuja atividade envolva um maior grau de contato com o Poder Público, como aquelas voltadas para obras ou serviços públicos. Claramente a intenção do legislador foi a de combater eventuais desvios ou uma promiscuidade na relação dos entes estatais com o empresariado, como se lê na Exposição de Motivos do Projeto de Lei que germinou a Lei n. 12.846/13.

A premissa, porém, é válida também para as condutas de imoralidade administrativa praticadas pelos próprios agentes públicos, uma vez que também nesta situação o Estado figura como vítima.

Nesse contexto, em existindo possíveis lacunas no ordenamento jurídico que permitam a solução do problema jurídico consistente na prevenção de condutas inseridas no escopo da "corrupção", é função do intérprete do Direito colmatar os claros da norma. A própria legislação apresenta, como possibilidade, o emprego da analogia, técnica sugerida neste Artigo Científico até que surja nova lei expandindo ou adaptando o regime jurídico previsto na Lei n. 12.846/13 e no Decreto n. 8.420/15 aos agentes públicos em suas relações com o próprio Poder Público.

A política do *compliance* - denominado pela legislação brasileira de "Programa de Integridade" não constitui propriamente uma inovação no exterior, tampouco sua aplicação no âmbito das entidades estatais, especialmente nos órgãos que prestam serviços públicos, cuja relação com o cidadão é direta e mais evidente. No Brasil, o movimento em prol da adoção de regras de governança corporativa no âmbito da iniciativa privada é relativamente recente, e, mais ainda, a ideia de aplicação de regimes análogos ou assemelhados no âmbito dos órgãos públicos, os quais geralmente estão sujeitos a disposições estatutárias básicas emanadas pela chefia da hierarquia administrativa, sem uma preocupação com a individualização e particularização das atividades e rotinas próprias de cada órgão ou entidade pública.

A mudança proposta neste Artigo, no sentido de aplicar por analogia as disposições de Programas de Integridade do art. 42 do Decreto n. 8.420/15, não é drástica, mas é necessária. De fato, não há como se conceber o Programa de Integridade nos órgãos públicos como uma solução mágica para solucionar o problema da corrupção no setor público no Brasil, o que depende de diversos outros fatores, sejam institucionais e até mesmo econômicos e culturais. Todavia, deve-se reforçar o argumento desenvolvido ao longo desta exposição, no sentido de que o Direito deve se preocupar não somente com o aspecto repressivo, mas também como aspecto preventivo na tutela da moralidade pública, o que exige, por sua vez, a adoção de mecanismos voltados para a criação de ambientes corporativos mais empenhados no cumprimento de princípios e regras básicas de conduta dentro dos órgãos públicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Lei n. 12.846, de 1ª de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 2138/DF, Relator: Ministro Nelson Jobim, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 6.826-A, de 2010 (do Poder Executivo). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1084183.pdf>> Pg. 156/157. Acesso em: 1º abr. 2017.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Lei n. 4.717, de 9 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.



_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112const.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666const.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CARVALHO, Ernani. O Controle Externo do Poder Judiciário: O Brasil e as experiências dos Conselhos de Justiça na Europa do Sul. *Revista da Biblioteca do Senado Federal*. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. P. 107. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92451/Carvalho%20Ernani.pdf?sequence=5>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

FAVER, Marcus. Impeachment: evolução histórica, natureza jurídica e sugestões para aplicação. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, jan./abr. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado De Injunção, Habeas Data*. 18. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo – 3ª ed. rev., atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.*

SILVA, Marcela Sacchi da. *Material de apoio para estudo de Direito Administrativo*. EMERJ: Rio de Janeiro, 2011.

THEODORO, Amanda, SCHITINI, Larissa Almeida, MELO, Luciano Luiz Bandeira de. A ação civil pública na defesa do princípio da moralidade administrativa. In: *Revista Jurídica da Faminas* - v. 4, n. 2, Ago.-Dez. de 2008.

UM NOVO OLHAR SOBRE O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO FONTE AUTÔNOMA DE OBRIGAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Samantha Negris de Souza

Graduada pela Universidade Federal de Viçosa. Advogada.

Resumo – Os aplicadores do direito deparam-se com situações fáticas as mais diversas, a demandar o adequado regime jurídico para produção dos efeitos cabíveis. A essência do trabalho é demonstrar que o enriquecimento sem causa representa fonte/categoria obrigacional autônoma, desenhada como cláusula geral, com pressupostos próprios, a ensejar efeitos jurídicos compatíveis com os valores constitucionais, especialmente com a noção de justiça no caso concreto. Assim, propõe interpretação sistêmica ao requisito da subsidiariedade, de modo a afirmar a autonomia do instituto.

Palavras-chave – Direito civil-constitucional. Enriquecimento sem causa. Fonte de obrigações. Tutela efetiva.

Sumário – Introdução. 1. Enriquecimento sem causa e justiça no caso concreto. 2. Regime jurídico do enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações: qual a função e quais os pressupostos específicos? 3. Subsidiariedade e autonomia do enriquecimento sem causa: afirmação de sua função. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho desenvolve um novo olhar sobre o enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações no ordenamento jurídico brasileiro.

Sabe-se que a sociedade contemporânea é complexa, apresentando continuamente situações novas e desafiadoras ao exame dos aplicadores do direito. Esses têm o papel de efetivar os valores constitucionais na convivência social.

O enriquecimento sem causa possibilita correção de diversas situações de injustiça, compreendida à luz dos parâmetros constitucionais e civis-obrigacionais. Da cláusula geral inscrita no Código Civil de 2002 extraem-se o princípio, informador de todo o sistema jurídico brasileiro, e a fonte de obrigações para aquele que se enriqueceu à custa de outrem, a qual pode incidir sobre os mais diversos casos do cotidiano.

Dessa forma, o trabalho objetiva contribuir para o conhecimento técnico sobre o instituto, de modo a permitir sua correta incidência nas situações concretas.

Com o presente estudo, busca-se oferecer uma abordagem sistêmica e jurídica sobre o tema, revelando a autonomia do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. De forma conectada, procura-se apresentar sua aproximação com a própria ideia de justiça, no âmbito concebido pelo direito das obrigações e à luz da Constituição, a partir da análise conjunta de seus fundamentos, função, pressupostos e características. Pretende-se, assim, sistematizar o que



a doutrina e a jurisprudência desenvolveram e apresentar conclusões didáticas, de forma que os aplicadores do direito possam ter uma visão clara e precisa do regime jurídico do instituto, permitindo sua correta aplicação.

No primeiro capítulo, é examinado em que consiste o enriquecimento sem causa. Procura-se, assim, analisar os fundamentos e os sentidos do enriquecimento sem causa como gênero.

No segundo, por sua vez, problematiza-se se seria, de fato, o enriquecimento sem causa uma fonte autônoma de obrigações. Nesse momento, o propósito é demonstrar que o enriquecimento sem causa é fonte autônoma de obrigações, a partir de sua função e seus pressupostos próprios, bem como pela apresentação de exemplos.

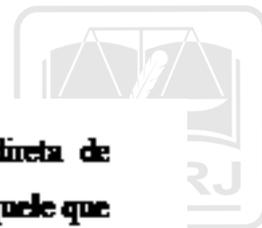
Por fim, no terceiro capítulo parte-se do questionamento de como compreender o requisito da subsidiariedade e como conciliá-lo com os fundamentos e a função do enriquecimento sem causa. Dessa forma, busca-se explicar em que consiste a subsidiariedade e defender que este requisito não afasta a função e não contradiz os fundamentos do enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações, mas antes os reforça.

A pesquisa segue abordagem qualitativa, uma vez que se funda na bibliografia pertinente ao tema, analisada e fichada em sua fase exploratória, abrangendo legislação, doutrina e jurisprudência. Tem por objetivo ser descritiva e explicativa, representando uma nova reflexão acerca dos conhecimentos técnicos esparsos desenvolvidos sobre o instituto, sistematizando o tema.

1. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E JUSTIÇA NO CASO CONCRETO

O enriquecimento sem causa é um conceito plurissêmico.

Em primeiro lugar, pode ser entendido como princípio. Nesse sentido, tem uma acepção ampla, que, mesmo assim, nem sempre correspondente ao que se utiliza na prática. Refere-se a princípio informador de todo o direito das obrigações, transbordando até mesmo as fronteiras do direito civil. É utilizado também, por exemplo, no campo das obrigações administrativas. Pode ser compreendido como aplicação da ideia de equidade, isto é, do que é considerado justo na análise do caso concreto, a partir dos princípios gerais informadores do sistema jurídico.



Em um segundo sentido, mais restritivo e específico, significa fonte direta de obrigações. Em outras palavras, representa modelo constitutivo de obrigações para aquele que se enriquecem sem justa causa, diferenciando-se de outras categorias presentes no ordenamento, como o negócio jurídico e a responsabilidade civil.

É correto afirmar que essa fonte de obrigações decorre do princípio de mesmo nome. Ambos, por sua vez, deitam raízes em diversos princípios informadores do sistema, sem esquecer que a ideia já estava presente, ainda que com contornos um pouco diferentes, no direito romano. Nesse sentido, explica Fernando Noronha¹: “As obrigações de enriquecimento sem causa assentam no velho princípio de justiça *suum cuiusque tribuere*, dar a cada um o que é seu.”

É importante, neste momento, referir-se ao movimento de constitucionalização do direito, em geral, e do direito civil, em especial, com a funcionalização de seus institutos. Assim, parte-se da compreensão de que as normas constitucionais, tanto regras como princípios, têm normatividade real, centralidade e supremacia normativo-axiológica dentro do sistema, devendo ser aplicadas na maior extensão possível, especialmente quando se trata de princípios fundamentais.

Com esse raciocínio lógico, pode-se apontar como fundamentos do enriquecimento, sem causa, conforme explica Giovanni Ettore Nanni², o postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), bem como os princípios da liberdade, justiça e solidariedade (arts. 3º, I, 170, *caput*, CRFB³). Trata-se, portanto, de instituto inserido em uma dimensão social, gerando direitos para as pessoas relacionados ao equilíbrio e à comutatividade das relações jurídicas. A dignidade da pessoa humana representa o valor inspirador e o núcleo conceitual dos direitos fundamentais: desrespeitada essa, não se terá concretizado o direito fundamental.⁴

Busca-se, assim, tutelar as relações jurídicas de forma a manter o equilíbrio e garantir a pacificação, preservando-se valores caros ao ordenamento.

Não seria incorreto, dessa forma, afirmar que o enriquecimento sem causa é o instituto que confere a última tutela ao indivíduo violado por uma situação essencialmente injusta. Será aplicado quando as demais fontes de obrigações não mais forem capazes de tutelar a pretensão, por estarem ausentes seus requisitos, o que será mais bem visualizado quando do estudo da subsidiariedade.

¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 446.

² NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131-142.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_01/constitucao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95, 276.



É certo que o conceito de justiça apresenta espaço de relatividade, mas o enriquecimento sem causa permite a tutela, ao menos, do mínimo incontroverso, a partir da compreensão do ordenamento jurídico como sistema, da sensibilidade do aplicador do direito e da análise do caso concreto.

Nesse sentido, adverte Nanni³:

indubitavelmente a justiça, como a equidade, é um critério para sustentar a proibição do enriquecimento sem causa. Porém, ele é afastado da justificação que a ciência requer. Sendo um instituto jurídico, a mera conclamação da justiça não é o bastante, exigindo-se uma sustentação estranha do enriquecimento.

Assim, lecina que a teoria do enriquecimento sem causa tem fundamentos jurídicos no próprio sistema, possuindo efetiva normatividade. Conclui o autor⁴:

se a ordem civil-constitucional assegura a livre iniciativa, a autonomia privada e outros elementos indispensáveis a fim de garantir uma equilibrada relação negocial, com ênfase na função social do contrato, a proibição do enriquecimento sem causa é um princípio congênito.

(...) A vedação do enriquecimento sem causa é um princípio nuclear do direito obrigacional, que possui fundamento na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, possibilitando o seu uso como uma fonte obrigacional por meio da ação de enriquecimento e como supelêneo a qualquer medida litigiosa.

De forma imediata, o fundamento, hoje, no direito brasileiro, é a cláusula geral presente no art. 884 do Código Civil⁷, de onde a doutrina extrai não só a fonte de obrigações, mas também o princípio.

2. REGIME JURÍDICO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO FONTE AUTÔNOMA DE OBRIGAÇÕES: QUAL A FUNÇÃO E QUAIS OS PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS?

Como visto, o enriquecimento sem causa é compreendido como fonte autônoma de obrigações no direito brasileiro, acompanhando a tradição jurídica ocidental.

Obrigação, para o direito civil, é: “a relação jurídica transitória, estabelecendo vínculos jurídicos entre duas diferentes partes (denominadas credor e devedor, respectivamente), cujo

³ NANNI, *op. cit.*, p. 116.

⁴ *Ibidem*, p. 118.

⁷ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html>. Acesso em: 14 ago. 2016.

objeto é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, garantido o cumprimento, sob pena de coerção judicial.⁷⁶

Na explicação de Orlando Gomes⁷⁷, fonte de obrigação é o “fato jurídico ao qual a lei atribui o efeito de suscitá-la [a obrigação]”. Dessa forma, fonte imediata, isto é, causa eficiente das obrigações, seria unicamente a lei. Por outro lado, as fontes mediatas podem ser várias: são os fatos constitutivos das obrigações. Para o autor, as fontes mediatas seriam o negócio jurídico, os negócios unilaterais, os atos ilícitos, abusos de direito e as situações de fato. E continua:

Das situações que condicionam o nascimento das obrigações, merece particular relevo, a ponto de ser destacada como fonte autônoma, aquela em que se encontra alguém que, sem causa legítima, obtive vantagem patrimonial à custa de outros. Diz-se que, nesse caso, há enriquecimento sem causa. A lei o condena, obrigando quem tirou o proveito a restituí-lo.

O Código Civil de 2002 situa o enriquecimento sem causa no Capítulo IV do Título VII⁷⁸, que trata dos atos unilaterais. A opção legislativa é criticada na doutrina. Isso porque, na teoria dos fatos jurídicos, os atos unilaterais considerados pelo Código estariam inseridos na categoria negócio jurídico, manifestações de vontade que geram efeitos queridos e confirmados pela parte. E esta não é, necessariamente, a configuração verificada no enriquecimento sem causa. Nesse sentido, pontua Nanni⁷⁹:

deve-se levar em consideração que os institutos citados — promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa — possuem diferenças em suas bases e não são oriundos da mesma natureza, razão pela qual o agrupamento entre os atos unilaterais é um foco de incidência de conflitos conceituais. (...) Nos atos unilaterais propriamente ditos, em regra, como na promessa de recompensa ou na gestão de negócios, há uma manifestação de vontade ou um comportamento do agente que dá ensejo à obrigação, o que difere do enriquecimento sem causa que nem sempre decorre de ato voluntário do enriquecido.

Nesse contexto, precisa a construção de Fernando Noronha⁸⁰, que divide as obrigações em categorias, à luz de suas funções específicas, cada uma com um regime jurídico próprio. Isso porque as fontes imediatas propriamente ditas, com amparo na fonte mediata, a lei, seriam inúmeras, isto é, todos os fatos jurídicos, pois de todos poderia surgir uma obrigação. Fonte seria, portanto, termo plurívoco. Nesse raciocínio, as obrigações podem ser negociais ou não negociais, e, dentro deste gênero, de responsabilidade civil ou de enriquecimento sem causa.

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: obrigações*. 9. ed. V. 2. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14.

⁷⁷ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 33-34, 42.

⁷⁸ Vide nota 7.

⁷⁹ NANNI, op. cit., p. 170.

⁸⁰ NORONHA, op. cit., p. 439-446.



Assim, como categoria própria, “o enriquecimento sem causa tem por finalidade remover de um patrimônio os acréscimos patrimoniais indevidos – indevidos porque, segundo a ordenação jurídica de bens, deveriam ter acontecido noutra patrimônio (ao qual estavam juridicamente reservados).”¹³

Neste trabalho, todavia, adota-se a nomenclatura “fonte”, já consagrada na doutrina civilista, atribuindo-lhe o sentido de categoria específica, decorrente de uma ou mais espécies de fato jurídico, dotada de regime jurídico próprio.

De qualquer forma, o enriquecimento sem causa representa, em sua essência, fonte autônoma de obrigações, constituindo o dever de restituir o indevidamente acrescido, com contornos próprios. Nesse sentido, explica Nanni¹⁴:

outrossim, não se pode esquecer que sendo o art. 884 do Código Civil de 2002 uma cláusula geral que proíbe o enriquecimento sem causa, precisa com ampla ocupação no direito obrigacional, merecer uma posição de fonte autônoma na legislação, justamente pela circunstância de ser aplicável, em princípio, em qualquer relação jurídica.

Quanto a seus requisitos configuradores, a doutrina aponta quatro, extraídos do art. 884 do CC¹⁵: enriquecimento do beneficiado, à custa de outrem, sem justa causa, e nexo de causalidade entre o enriquecimento e o “empobrecimento”, este entendido como o fato relacionado àquele que deveria ter enriquecido.

O primeiro é o enriquecimento. Este representa “melhora na situação patrimonial da pessoa”¹⁶. Pode provir de ação ou omissão. Pode consistir em aumento no ativo, diminuição no passivo, vantagem patrimonial ou não, desde que com conteúdo econômico ao menos indireto. Revela-se pela diferença entre o patrimônio atual do enriquecido e aquele que possuiria se não tivesse ocorrido a respectiva situação geradora.

O enriquecimento prescinde de manifestação de vontade dirigida diretamente a causar empobrecimento, podendo resultar de um fato jurídico em sentido estrito ou decorrer apenas indiretamente de um ato de vontade.

O que se analisa, portanto, e da forma mais objetiva possível, é se houve algum tipo de vantagem econômica a uma pessoa que, na verdade, deveria ter ingressado na esfera jurídica de uma outra pessoa, seguindo-se a ordem lógica dos fatos. Nas palavras de Nanni¹⁷:

¹³ NORONHA, op. cit., p. 443.

¹⁴ NANNI, op. cit., p. 172.

¹⁵ Vide nota 7.

¹⁶ TRIPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORABES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 754.

¹⁷ NANNI, op. cit., p. 209.



o enriquecimento deve consistir-se numa dada objetiva, numa vantagem concreta, permitindo a sua identificação para o exercício da ação de enriquecimento em busca de extrair-se das mãos do enriquecido o produto que foi indevidamente auferido.

Nota-se que o enriquecimento pode ser indireto, isto é, beneficiar terceiro em relação às partes originais.

O segundo requisito é que o enriquecimento se dê à custa de outrem. Conforme explica Caio Mário da Silva Pereira¹⁸, “não inclui o Código como elemento de configuração do enriquecimento sem causa a necessidade de a outra parte empobrecer com o enriquecimento do beneficiado”.

Na mesma toada, explica Agostinho Alvim¹⁹:

vem daí o dizer-se que o empobrecimento é requisito que excepcionalmente pode faltar, ou então devemos dar ao termo um sentido que foge ao conceito que ele tem na teoria do patrimônio.

Este é o caso de quem deu uma preciosa informação, ou prestou um serviço de grande valor para o enriquecimento, mas que nada custou a quem o fez, a não ser uma mínima perda de tempo.

Portanto, não é necessário dano causado à outra parte. Pode, inclusive, ter esta auferido ganhos.

Da mesma forma, Antunes Varela²⁰:

admitamos que o dono da casa onde outrem se instalou indevidamente (por julgá-la própria) a não teria arrendado em quaisquer circunstâncias; que o dono do cavalo ou do automóvel com que o amigo, utilizando abusivamente o animal ou o veículo, ganhou o avaliado prêmio numa competição desportiva, não estaria disposto a concorrer a tal prova; que o dono da obra editada, sem a sua autorização, por terceiro não estaria inclinado a publicá-la, etc.

Em nenhum desses casos se pode rigorosamente falar numa diminuição do patrimônio do dono da coisa e nem sequer na privação dum aumento dele, uma vez que o titular não estava disposto a usar ou fruir a coisa nos termos em que o fez o intruseto.

E, todavia, não pode olvidar-se de que a vantagem patrimonial do beneficiado foi obtida à custa do dono da coisa.

Desse modo, o enriquecimento verificado no patrimônio do beneficiado deve ser correlacionado à esfera de interesses jurídicos de outrem, que, se observado o equilíbrio necessário, o teria auferido. Em uma perspectiva de funcionalização do direito civil à luz dos valores constitucionais, trata-se de qualquer vantagem econômica cuja causa geradora está relacionada a uma outra esfera jurídica, em desacordo com aqueles princípios.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 18. ed. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 517.

¹⁹ ALVIM apud NANNI, op. cit., p. 225.

²⁰ VARELA apud NANNI, op. cit., p. 225.



O terceiro requisito é o nexo de causalidade. Cuida-se de liame entre o enriquecimento e determinado fato, o qual repercutiu no patrimônio de outrem. Conforme discorre Nanni²¹, “a definição mais exata ao nexo de causalidade é aquela acima exposta, no sentido de que deve existir uma relação de causa e efeito entre o enriquecimento e um fato”.

Não é necessária relação direta entre enriquecimento e empobrecimento. Basta “que sejam relacionados o fato que gerou o enriquecimento com o empobrecimento ou, se ele não se afigurar, com o suporte correspondente: à custa de outrem”.²²

O quarto e último requisito é a ausência de justa causa. Como explica Venosa²³, “deve ser entendido como sem causa o ato jurídico desaprovado de razão albergada pela ordem jurídica. A causa poderá existir, mas, sendo injusta, estará configurado o locupletamento indevido.”

Portanto, trata-se de conceito visto sob o prisma negativo, que se remete à ausência de título jurídico válido (lei, decisão judicial, ato jurídico, fato jurídico), de legitimidade. É a não conformação ao direito, a antijuridicidade.²⁴ Inclui em seu âmbito o desrespeito a princípios caros ao direito civil constitucional, como a função social e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil)²⁵, como se dá nos negócios jurídicos desprovidos de causa.

Quando a causa falta originariamente, ou quando deixa de existir, o enriquecimento é reprovado pelo ordenamento, ensejando a pretensão de restituição ao que deveria ter auferido a vantagem.

Sobre os requisitos são os enunciados 35 e 188 da I e III Jornadas de Direito Civil promovida pelo CJP²⁶.

Preenchidos os quatro pressupostos, pode-se dizer que ocorreu enriquecimento sem causa. Apesar de configurado o instituto, ainda não será possível extrair obrigação autônoma com esse fundamento. Isso porque o Código Civil acrescentou um requisito adicional para sua exigibilidade, e conseqüentemente para o ajuizamento da ação com fundamento no enriquecimento sem causa, a subsidiariedade. Deste requisito tratará o terceiro capítulo.

O objeto de restituição deve ser, predominantemente, o próprio bem que deveria ter ingressado no outro patrimônio, *in natura*. Não sendo possível, deve ser calculado o montante

²¹ NANNI, *op. cit.*, 229.

²² COSTA *apud* NANNI, *op. cit.*, p. 755.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 15. ed. V.2. São Paulo: Atlas, 2015, p. 223.

²⁴ NANNI, *op. cit.*, p. 234-236.

²⁵ Vide nota 7.

²⁶ JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. 2012, Brasília. *Enunciados Aprovados*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/PCBJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4-jornadadireitocivilnom.pdf?view>>. Acesso em: 15 jun. 2017.



do enriquecimento. O método mais citado na doutrina é a teoria do duplo limite, a qual aponta que o montante restituível deve ser o menor valor entre dois parâmetros: enriquecimento e dano, este se houver.

Como crítica a esta teoria, contudo, explica Nanni²⁷:

o art. 884, caput, do Código Civil impõe a restituição do indevidamente auferido à custa de outrem, não limitando a extensão do enriquecimento. Em princípio, a ação de enriquecimento poderá incorporar todas as quantias inerentes ao locupletamento, inclusive a chamada concessão patrimonial.

Aponta o autor, assim, conclusão que parece a mais justa e consonante com os fundamentos e a função do instituto.

Portanto, centra-se a função própria do enriquecimento sem causa na garantia de interesse específico, o restituíbilis, em perspectivas estática e dinâmica, como ensina Noronha²⁸:

as obrigações de enriquecimento sem causa têm um finalidade que, num sentido, também parece estática, de defesa da esfera jurídica de cada pessoa; noutro sentido, porém, a sua função é dinâmica, pois elas não procuram propriamente repor o património na situação em que estava anteriormente, antes visam transferir para ele acréscimos que estão num património, quando deviam estar noutro, por terem sido transferidos deste sem uma razão (causa) justificativa, ou por representarem vantagens conseguidas através do aproveitamento de bens ou direitos de outrem, também aqui sem uma razão justificativa.

Para apartar definitivamente as três categorias de obrigações, ao menos no plano científico, é importante reproduzir a lição do autor²⁹:

as obrigações negociais nascem de negócios jurídicos e tutelam expectativas deles nascidas; a responsabilidade civil surge da prática de atos danosos (ilícitos e equiparados) e visa reparar tais danos; o enriquecimento sem causa resulta do aproveitamento indevido de bens ou outros valores de outrem e protege o interesse do prejudicado (empobrecido) na remoção para o seu património do acréscimo auferido à sua custa pelo beneficiado (enriquecido).

Assim, as obrigações derivadas do enriquecimento sem causa não decorrem diretamente de prestações contratuais, quer principais quer advindas de deveres anexos derivados da boa-fé objetiva, nem de responsabilidade civil, com desenho próprio delimitado pela conduta ilícita ou equiparada que gera dano. Trata-se de categoria autónoma, que pode surgir no contexto contratual ou extrac contratual, e até mesmo sem que tenha havido qualquer manifestação volitiva

²⁷ NANNI, op. cit., p. 252.

²⁸ NORONHA, op. cit., p. 444.

²⁹ *Ibidem*, p. 444-445.



nesse sentido ou danos. Aliás, nada impede que a mesma situação jurídica faça surgir mais de uma categoria, como na conduta que gera enriquecimento e também danos morais.

Nesse momento, é importante construir alguns exemplos de enriquecimento sem causa, a fim de permitir uma perfeita compreensão do instituto.

Em primeiro lugar, cita-se o pagamento indevido, disciplinado em capítulo autônomo (arts. 876 e seguintes do Código Civil)³⁰. Neste ponto, há importante julgamento do STJ:

3. Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.
4. É da invalidade, no todo ou em parte, do negócio jurídico, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a maior (...). A partir daí fica caracterizada o enriquecimento sem causa, derivado de pagamento indevido a gerar o direito à repetição do indébito (arts. 182, 876 e 884 do Código Civil de 2002). (...)
8. Tanto os atos unilaterais de vontade (promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) como os negociais, conforme o caso, comportam o ajuizamento de ação fundada no enriquecimento sem causa, cuja pretensão está aturada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.³¹

Registra-se que, conforme pacificado no STJ, após grande controvérsia, nem sempre o pagamento indevido possibilitará que a pretensão se funde no enriquecimento sem causa. Dessa forma, vem entendendo que na existência de relação contratual válida, não está presente o pressuposto da ausência de causa jurídica nem o requisito da subsidiariedade, não devendo ser sustentado o pedido no enriquecimento sem causa³².

Também afasta o enriquecimento sem causa se configurada prestação pela mãe de alimentos devidos pelo pai, entendida pelo STJ como gestão de negócios, categoria que aparta do enriquecimento sem causa, sem que explique detalhadamente a opção feita. Registra-se que até utiliza como embasamento o princípio de mesmo nome³³. Firma-se, em ambos os casos, espaço residual para aplicação do prazo prescricional de dez anos do art. 205 do CC.

³⁰ Vide nota 7.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1360969/RS. Relator: Ministro Marco Buzzi, Relator para Acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1360969&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLET&&b=ACOR&&thesaurus=JURIDICO&&false>. Acesso em 10 out. 2016.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp 1585124/RS. Relator: Ministro Og Fernandes. Corte Especial. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteirotexto/?num_registro=201600390579&&publicacao=21/03/2017>. Acesso em 25 mai. 2016.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1453838/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1453838&&b=ACOR&&thesaurus=JURIDICO&&true>>. Acesso em 25 mai. 2017.



No ramo dos direitos reais, por sua vez, é o caso do uso de coisa alheia sem acordo ou contraprestação, considerando-se que o imóvel estava, antes, cumprindo sua função social. Como consequência, o proprietário terá pretensão restitutória quanto aos acréscimos patrimoniais percebidos pelo que se enriqueceu. Pode também ser mencionado o caso do proprietário, agora enriquecido, que tem beneficiárias e acessões acrescidas ao seu bem, mesmo por possuidor de má-fé (arts. 1219, 1220 e 1255, CC)³⁴.

O direito das obrigações também fornece bons exemplos. É o caso da prestação de contribuição útil a alguém, mesmo que não demonstrado ônus ao prestador, e mesmo sem relação contratual, sem que haja qualquer retribuição. Nesse contexto, exemplifica Nanni³⁵:

suponhamos alguém que remete a certa pessoa informações acerca de parentesco, permitindo, a quem a recebeu, candidatar-se a uma herança, ou mesmo investigar a paternidade; suponhamos informações positivas acerca de se haver realizado uma condição da qual dependia certo ato jurídico para produzir efeitos, ou sobre a existência, em certo lugar, de um tesouro, ou a revelação de um segredo, com reflexos patrimoniais.

São, ainda, os casos de publicação de obra de outrem, violando direitos autorais³⁶, ou utilização de invenção alheia, violando a propriedade industrial (aplicável se a utilização se dá com intuito lucrativo). É também a hipótese do devedor de obrigação de dar coisa certa que a perde antes da tradição, já tendo recebido o preço, em aplicação do brocardo *res perit domino* (art. 234, CC)³⁷.

Percebe-se que os exemplos podem decorrer de aplicação imediata do art. 884 do Código Civil ou possuir previsão específica, a qual, todavia, deve poder ser subsumida por inteiro ao dispositivo, sem quaisquer requisitos adicionais.

3. SUBSIDIARIEDADE E AUTONOMIA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA: AFIRMAÇÃO DE SUA FUNÇÃO

Como afirmado, o enriquecimento sem causa constitui fonte de obrigações autônoma, com função, fundamentos e pressupostos específicos, que não se confunde com as demais.

³⁴ Vide nota 7.

³⁵ NANNI, *op. cit.*, p. 224.

³⁶ VARELA *apud* NANNI, *op. cit.*, p. 225.

³⁷ Vide nota 7.



Em determinadas situações, todavia, podem estar presentes pressupostos de mais de uma fonte. Nesse contexto, o legislador estabeleceu para o enriquecimento como fonte de obrigações o requisito da subsidiariedade, conforme art. 886 do CC³⁸: “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

Nessa ordem de ideias, é preciso compreender qual o real significado das expressões “não caberá” e “outros meios” presentes no dispositivo mencionado, o art. 886 do CC, ao dispor sobre o requisito da subsidiariedade, de modo a precisar quais suas consequências.

Defende-se aqui que se trata de termos a serem analisado no âmbito do direito material. Assim, o que não se pode é, como regra, buscar a tutela do direito material violado com fundamento no enriquecimento sem causa se a situação preenche integralmente os pressupostos de outro instituto de direito material. Não há vinculação necessária, portanto, da expressão com a condição da ação “interesse de agir”, salvo se analisada sob o prisma da teoria da asserção. Ademais, por um lado, não é previsto rito específico para a ação que consubstancia pretensão fundada no enriquecimento sem causa e, por outro, a existência de eventual rito próprio em determinada situação não afasta, por si só, essa categoria.

Restalva-se, todavia, a previsão expressa em sentido contrário, como ocorre com o art. 48 do Decreto n. 2044/1908³⁹ e art. 61 da Lei n. 7357/85⁴⁰. Ambos autorizam a utilização da “ação de enriquecimento sem causa” se o título de crédito perde sua executividade, por exemplo pela prescrição. Por rigor técnico, não se trata propriamente de enriquecimento sem causa, pois muitas vezes o direito poderia ser tutelado por intermédio de ação de cobrança, fundada em negócio jurídico.

Em eventual processo, cumpre visualizar a subsidiariedade como elemento a ser resolvido no exame do mérito: deve-se privilegiá-lo, apenas excepcionalmente julgando-se sem resolvê-lo. Nesse sentido, são os arts. 4^o, 6^o e 488 do Novo Código de Processo Civil⁴¹, dentre outros, a determinar uma prestação jurisdicional justa e efetiva. Nessa ordem de ideias, a doutrina esclarece ser função da jurisdição tutelar de firmar efetiva posições jurídicas de vantagem, porque “ainda que o juiz tenha como parâmetro as normas constitucionais, cabe-lhe, antes de tudo, dar tutela concreta ao direito material”⁴².

³⁸ Vide nota 7.

³⁹ BRASIL. Decreto n. 2044/1908. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DEP/DPL2044.htm>. Acesso em 16 jan. 2016.

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 7357/1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7357.htm>. Acesso em 16 jan. 2016.

⁴¹ BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 16 jan. 2016.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 156-161.



Contudo, “a pretensão que decorre do locupletamento injustificado não deve servir de instrumento para atingir, por via oblíqua, aquilo que a lei proíbe”.⁴³ Em outras palavras, se a pretensão que se busca é consequência natural de algum outro instituto, preenchendo seus pressupostos, sob esse regime jurídico deverá ser julgada, podendo ser destacado o respectivo prazo prescricional. Nesse sentido continua Nanni⁴⁴: “O mesmo raciocínio é empregado no que tange às ações de reparação de danos em geral, pois ação de responsabilidade civil e de enriquecimento não se confundem, mormente porque aquela propicia um campo econômico de atuação mais ampla”.

Nesse caso, o pedido deve ser julgado improcedente (ou reconhecida a prescrição ou a decadência, se for o caso), e não simplesmente extinto o processo sem resolução do mérito por ausência de interesse de agir.

Tal raciocínio fica claro no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵, em que pese a referência à “ação específica” em vez de fundamento específico:

4. É função da subsidiariedade prevista na lei a proteção do sistema jurídico, para que, mediante a ação de enriquecimento, a lei não seja contornada ou fraudada, evitando-se que o autor consiga, por meio da ação de enriquecimento, o que lhe é vedado pelo ordenamento.

5. Nos casos em que ocorrida a prescrição de ação específica, não pode o prejudicado valer-se da ação de enriquecimento, sob pena de violação da finalidade da lei. (...)

Conciliando o exposto acima com o direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB)⁴⁶, portanto, o que se deve ter em mente na aplicação da regra é: se, na narrativa da inicial, na causa de pedir, o juiz perceber que a situação preenche, em tese, os pressupostos de outro instituto, apesar de invocado o enriquecimento sem causa, com a adequada rubrica deverá apreciar o pedido, respeitados o contraditório e a ampla defesa (art. 10, NCPC)⁴⁷. Isso porque é vinculado aos fatos e ao pedido, à luz da teoria da substanciação, e não ao nome ou dispositivos legais mencionados.

Resalta-se que se deve primar pela fundamentação lógica e pela segurança jurídica, de modo a não desproteger situações concretas por requisitos meramente formais e imprecisos. É válido lembrar que os institutos muitas vezes se aproximam e se confundem, e o que deve ser

⁴³ NANNI, op. cit., p. 242.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 244.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma. REsp 1497769/RN. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor?num_registro=201201420830&dt_publicacao=07/06/2016.

Acesso em 22 ago. 2016.

⁴⁶ Vide nota 3.

⁴⁷ Vide nota 39.



buscada é a tutela efetiva da situação antijurídica, do direito material subjetivo. Deve-se verificar a boa-fé objetiva em sua utilização, e sempre ter em mente que o direito civil deve ser interpretado à luz dos valores constitucionais.

De qualquer forma, a subsidiariedade não pode ser analisada apenas em abstrato, senão verificada em concreto, a fim de resguardar as finalidades do instituto. Nesse sentido:

a verificação da subsidiariedade não deve ser feita abstratamente, a priori, mas analisada em concreto, conforme as particularidades da questão submetida a julgamento, em que se investigará a possibilidade ou não da existência de outros meios disponíveis ao demandante para recuperar-se da perda sofrida.⁴⁶

Portanto, se, por exemplo, houver danos de difícil demonstração, não haveria impedimento absoluto a que se tutelasse a situação sob o prisma do enriquecimento sem causa.

Nessa mesma linha de raciocínio, se a pretensão se subsume a mais de uma fonte de obrigação, e se a diretamente aplicável não é capaz de eliminar todas as consequências do enriquecimento no patrimônio de quem se locupletou, pode ser utilizado o enriquecimento para “extinguir do patrimônio alheio toda a vantagem obtida indevidamente”.⁴⁷ Seria o caso de se cumularem pretensões de responsabilização civil e de enriquecimento, tendo sido este superior aos danos, de modo a prestigiar o princípio da restituição/reparação integral.

Em síntese sobre a subsidiariedade, partindo-se de situação que preencha todos os pressupostos do enriquecimento sem causa, se cumpre também os pressupostos de outra categoria, adentra-se no mérito e julga-se sob o regime específico; se os fatos evidenciam situação-limítrofe e se o comportamento da parte segue os parâmetros da boa-fé objetiva, são julgados sob o prisma do enriquecimento sem causa, isolada ou cumulativamente. De qualquer modo, impõe-se ao julgador elevado ônus argumentativo para apartar as categorias e afastar o regime do enriquecimento sem causa nas referidas situações-limítrofes, mormente se o resultado for a negativa da tutela jurídica.

O ordenamento aponta, dessa forma, que nenhuma situação de injustiça, compreendida à luz dos valores e das regras do sistema jurídico, especialmente da Constituição, ficará ao desamparo: se não se enquadrar nas demais fontes de obrigações, será tutelada com fulcro no enriquecimento sem causa. Se se enquadrar em outra, a princípio, será resguardada a partir do fundamento específico, à luz dos requisitos a ele correlacionados, ressalvados os casos excepcionais em que mesmo assim poderá ser utilizado como fundamento o enriquecimento sem causa, desde que não se busque por via transversa desrespeito a normas imperativas.

⁴⁶ NANNI, *op. cit.*, p. 241.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 316.



Desse modo, era preciso desenhar o instituto de forma genérica, por intermédio de uma cláusula geral, e, ao mesmo tempo, estabelecer sua subsidiariedade, para que ficasse reservado à última defesa da justiça no caso concreto, especialmente quando o legislador não explicitar a solução específica. O instituto incorpora, portanto, os parâmetros da operabilidade, da eticidade e da funcionalidade a guisa a construção do direito civil.

Caso contrário, poderia representar fundamento vago e fluido, constituindo válvula de escape a normas imperativas para a parte interessada. Por vezes, contribuiria para desproteger a outra parte a quem o regime específico seria mais benéfico, e, por outras, poderia não ser capaz de proteger de maneira eficaz as situações nas quais fosse realmente necessário.

Nesse contexto, explica Vinícius Eduardo da Silva Sousa³⁰:

o caráter subsidiário da ação de Enriquecimento sem Causa, em momento algum lhe diminui perante as demais Ações ou diante de quaisquer outros remédios jurídicos, muito pelo contrário, só demonstra que o referido remédio não pode ser desenfreadamente usado, sob o risco de se criar uma situação de instabilidade jurídica.

Assim, saltam aos olhos a autonomia do enriquecimento sem causa, seu fundamento e função específicos. Preenchidos seus pressupostos, permanecerá em estado de “latência”, podendo e devendo servir como fundamento para amparar situação de injustiça não resguardada por outro instituto.

CONCLUSÃO

Com o presente artigo, verificou-se que o enriquecimento sem causa, a par de princípio informador do sistema jurídico brasileiro, é também fonte de obrigações.

Trata-se de categoria obrigacional que pode surgir de diversas situações jurídicas e que possui fundamentos constitucionais e legais, assentados especialmente nas ideias de justiça e solidariedade. Sua função específica é de resguardar a esfera jurídica de interesses dos interessados, determinando o dever de restituir àquele que se enriqueceu à custa do patrimônio jurídico de outrem.

Reunidos os pressupostos legais, está-se diante do enriquecimento sem causa, desenhado como criador de obrigação. Pode ser utilizado pelo titular como fundamento para

³⁰ SOUSA, Vinícius Eduardo Silva. *Enriquecimento sem causa como cláusula geral do Código Civil: Interpretação civil-constitucional e aplicabilidade judicial*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_lnk=revista_artigos_leitura&artigo_id=9921>. Acesso em: 11 ago. 2016.



pretensão restitutória sempre que não estiverem presentes os pressupostos de outra categoria mais específica. Tal análise insere-se no exame do mérito da pretensão. Com a subsidiariedade busca o legislador, essencialmente, evitar que se frudem normas imperativas, bem como esvaziar e diluir o instituto em exame. São estas as premissas que devem guiar o intérprete, sem que afaste de modo absoluto e abstrato a aplicação do enriquecimento sem causa.

A subsidiariedade não retira a autonomia ou a importância do instituto. Na verdade, confirma seus fundamentos e sua função, como última esfera de proteção da justiça no caso concreto no campo do direito das obrigações.

De todo modo, é importante que o aplicador do direito tenha em mente que o instituto foi desenvolvido para amparar situações-limítrofes, que ficariam descobertas de proteção jurídica. Portanto, a categoria tem finalidade protetiva, jamais podendo ser utilizada como mero óbice a que a reparação/restituição integral devida seja fornecida no caso concreto, seja qual for o fundamento utilizado para a pretensão.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

_____. Decreto n. 2044/1908. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL2044.htm>. Acesso em 16 jan. 2016.

_____. Lei n. 7357/1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17357.htm>. Acesso em 16 jan. 2016.

_____. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 16 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma. REsp 1497769/RN. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor?num_registro=201201420830&dt_publicacao=07/06/2016>. Acesso em 22 ago. 2016.



_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1360969/RS. Relator: Ministro Marco Buzzi, Relator para Acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1360969&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=false>. Acesso em 10 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp 1585124/RS. Relator: Ministro Og Fernandes. Corte Especial. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600390579&dt_publicacao=21/03/2017>. Acesso em 25 mai. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1453838/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1453838&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 25 mai. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito civil: obrigações*. 9. ed. V. 2. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. 2012, Brasília. *Emendados Aprovados*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/emendados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoemendadosaprovados1-3-4jornadadireciviltam.pdf/view>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 18. ed. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SOUSA, Vinicius Eduardo Silva. Enriquecimento sem causa como cláusula geral do Código Civil: Interpretação civil-constitucional e aplicabilidade judicial. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9921>. Acesso em: 11 ago. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 15. ed. V.2. São Paulo: Atlas, 2015.



COMÉRCIO ELETRÔNICO: O CONJUNTO PRINCIPOLÓGICO QUE NORTEIA O COMÉRCIO ELETRÔNICO EM COMPRAS COLETIVAS

Samara Abrão Vieira da Silva

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. Pós-Graduada em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense.

Resumo – O presente artigo científico tem como principal objetivo abordar a questão do conjunto principiológico do comércio eletrônico em compras coletivas, analisando a Lei 8.078/90 em relação a esta questão e os princípios aplicáveis, principalmente o direito de arrependimento na modalidade de compra coletiva. A princípio é analisado o histórico das normas consumeristas, seu conceito e características do comércio eletrônico. Após, será examinado os princípios aplicáveis na relação de consumo eletrônica. Na sequência, por fim, será estudada a proteção do consumidor eletrônico em compras coletivas com o direito de arrependimento. A metodologia utilizada será de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chaves – Direito do Consumidor. Comércio eletrônico. Compras Coletivas. Direito de Arrependimento.

Sumário – Introdução. 1. Evolução histórica, conceito e características do comércio eletrônico. 2. Comércio eletrônico e proteção do consumidor: lacunas a serem preenchidas à luz dos princípios norteadores. 3. Proteção do Consumidor eletrônico em compras coletivas e o direito de arrependimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os princípios que norteiam o comércio eletrônico em compras coletivas. Procura-se demonstrar quais são os princípios aplicáveis a esta relação consumerista que vem crescendo na sociedade atual e que não se esgotam apenas no Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir os princípios insculpidos no Código de Defesa do Consumidor e em outros códigos, como no Código Civil, por exemplo, que são aplicados na relação de consumo e, que devem estar presentes nas práticas comerciais eletrônica, bem como sua aplicação relação jurídica contratual eletrônica.

A Constituição Federal de 1988 baseada na tendência mundial do direito público sobre o privado, conhecido como “Direito Civil Constitucional”, adota um princípio fundamental,

“a defesa do consumidor”, que está inserido no artigo 5º, XXXII. O Decreto 7.962 de 2013, regulamenta o Código de Defesa do Consumidor para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico e, analisando-o, surgem as seguintes reflexões: quais os princípios que norteiam o comércio eletrônico em compras coletivas? Qual a legislação aplicável às compras coletivas feitas pela internet? É possível aplicar o direito de arrependimento nos contratos de compras coletivas?

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “comércio eletrônico” e compreender como esse conceito vem sendo aplicado no ordenamento jurídico pátrio. Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando um breve histórico da evolução do comércio eletrônico.

No segundo capítulo, são abordadas as lacunas a serem preenchidas à luz dos princípios norteadores do Direito do Consumidor, tendo como objetivo afixar o aspecto de cada princípio e como, em concreto, podem ser aplicáveis, examinando o comércio eletrônico que norteiam essa relação dentro da sociedade moderna.

O terceiro capítulo visa a discutir a proteção do consumidor eletrônico em compras coletivas e o direito de arrependimento. Procura-se explicitar como é possível aplicar este direito dentro das compras coletivas, através da análise efetiva nas relações de consumo via internet.

A pesquisa é desenvolvida pelo método bibliográfico, uma vez que será desenvolvida a partir da análise de materiais doutrinários, artigos, jurisprudências, analisados e correlacionados com os fatos.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar a sua tese.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio eletrônico é uma das formas de comércio que ganhou força com o avanço da sociedade atual que, só foi possível através do surgimento da internet. A internet inovou a forma como as pessoas se relacionam e se comunicam.

A internet surgiu em 1969, como sendo um sistema de comunicação de informação, criada por uma agência que faz parte do Departamento de Defesa norte-americano, a

Advanced Research Projects Agency (Arpa). No início, a internet era limitada a usos de pesquisa e educação. Era uma rede que possibilitava o acesso global a computadores e bases de dados, através de um sistema de telefones locais interconectados.

Dessa forma, a internet gerou um avanço nas sociedades e se espalhou por diversos países. Assim, Segundo Tatielly de Oliveira e Jane Marques¹:

A internet é um sistema de distribuição de informação espalhado em vários países. Sua infraestrutura muito geral atinge não apenas as aplicações de T.I. (Tecnologia da Informação), tais como vídeo sob demanda ou home shopping, mas também uma lista de serviços baseados em computador, tais como e-mail, HDI, publicação de informação, recuperação de informação e videoconferência. O ambiente da internet é uma combinação única de serviço postal, sistema de telefonia, pesquisa bibliográfica, supermercado e centro de talk show, que permite às pessoas compartilhar e comprar informações.

O comércio na internet surgiu por volta de 1993, com o World Wide Web (web), que é sistema que armazena, recupera, formata e exibe informações em ambiente de rede com padrões universalmente aceitos. A internet deixou de ser apenas um meio de comunicação e pesquisa, para acompanhar a sociedade nas suas necessidades, transformando-se em um comércio fácil e rápido, ao alcance de todos.

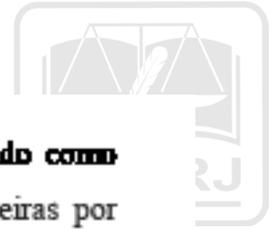
No Brasil, o comércio eletrônico vem se desenvolvendo de forma rápida, uma vez que as pessoas buscam cada vez mais comprar pela internet não só produtos, mas também serviços. De acordo com uma pesquisa feita pela Jupiter Research², o crescimento acelerado e contínuo do comércio eletrônico ocorre em razão da maior utilização da internet; aumento do hábito de compras online entre os usuários de internet; crescimento de banda larga; sortimento limitado em lojas tradicionais.

Assim, em visão positiva, o setor de comércio eletrônico só tende a crescer nos próximos anos e, aumentar sua participação em relação ao comércio tradicional, em razão do consumidor brasileiro ir se adaptando e esse tipo de comércio e se sentir mais confiante. Conforme a Associação de Comércio Eletrônico³, “as novas gerações, que agora entram no mercado de trabalho, já nasceram em tempos de internet, e os investimentos estrangeiros não estão vindo apenas na forma de capital, mas também como tecnologia e conhecimento”.

¹ II CONFERÊNCIA Sul-Americana e VII Conferência Brasileira de Mídia Cidadã, 2011, Belém/PA. Amazônia e o direito de comunicar. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/2011/contendo/mc_artigos/midia_cidada_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 24 out 2016.

² B2W Digital. Comércio Eletrônico no Brasil. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/comercioeletronicoem/comercio-eletronico-no-brasil>>. Acesso em: 30 set 2016.

³ B2W Digital. Comércio Eletrônico no Brasil. Disponível em: <<https://www.b2wdigital.com/institucional/comercio-eletronico-no-brasil>>. Acesso em: 23 out 2016.



Há diversas formas de conceituar o comércio eletrônico. Pode ser entendido como comércio eletrônico a modalidade de comércio que realiza suas transações financeiras por meio de dispositivos e plataformas eletrônicas, como computadores e celulares⁴. Para o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE)⁵, “se trata de uma moderna forma de comércio, onde é possível comprar e vender de tudo, sem delimitações geográficas, com mais agilidade e menores custos”. Segundo Serafíco Ricardo da Silva Neto⁶:

Comércio eletrônico é uma combinação de tecnologias, aplicações e procedimentos negociais que permitem a compra e venda *on-line* de bens e serviços entre governos, sociedades, corporações privadas e o público. Um conceito básico para comércio eletrônico, seria defini-lo como qualquer transação comercial por meio eletrônico.

Assim, o comércio eletrônico, também chamado de e-commerce é necessário para toda realização de transações em rede de telecomunicações, através da internet. Para o autor Albertin⁷:

(...) a internet está revolucionando o comércio. Ela estabelece a primeira forma possível e segura para ligar espontaneamente pessoas e computadores por fronteiras organizacionais. Isto está fazendo com que aparea um grande número de empresas inovadoras – companhias virtuais, mercados e comunidade comerciais.

É possível perceber que, assim como a sociedade evolui em um ritmo acelerado, o comércio eletrônico também cresce no mesmo ritmo, uma vez que é preciso atender as necessidades sociais e acompanhá-la, tornando a vida dos consumidores mais rápida e cômoda, uma vez que esse tipo de comércio não discrimina por raça, crença, cor ou sexo. Dessa forma, segundo Caro⁸:

(...) no processo de compra o consumidor é estimulado por fatores culturais, sociais, pessoais, e psicológicos, por estímulos de marketing e por outros estímulos e, todos estão mudando com a nova tecnologia, as diferenças entre as lojas virtuais e físicas, além das estratégias inovadoras de marketing estão mudando os hábitos e estilos de

⁴ E-COMMERCE News. *E-Commerce News: um patrimônio do comércio eletrônico*. Disponível em <<http://ecommercenews.com.br/o-que-e-e-commerce/>>. Acesso em: 24 out 2016.

⁵ SEBRAE. *Vantagens e Desvantagens do comércio eletrônico*. Disponível em <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/vantagens-e-desvantagens-do-comercio-eletronico_3ef8438af1c92410VgnVCM100000b272010aRCRD>. Acesso em: 25 out 2016.

⁶ SILVA, Serafíco Ricardo Neto. *Conceitos e Fundamentos do Comércio Eletrônico*. Disponível em <<https://ebiz3p.wordpress.com/2008/04/18/conceitos-e-fundamentos-de-comercio-eletronico/>>. Acesso em: 10 out 2016.

⁷ ALBERTIN, A.L. apud TENENBAUM. *Comércio Eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.41.

⁸ CARO, Abrão. *Comportamento do Consumidor e a Compra Online: uma análise multicultural*. São Paulo, 2010. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

compra. O processo de decisão de compra do consumidor está se adaptando às facilidades trazidas pela internet que tem recebido uma adoção crescente e contínua.

Além disso, o comércio eletrônico estimula os países a inovações, em razão de levar um maior conhecimento mundial, obriga a adoção de padrões de tecnologia, ética, comportamento e práticas a serem adotadas. Possui características que fazem com que mais pessoas sejam adeptas a este tipo de comércio, como segurança e comunicação rápida.

Porém, como tudo na vida, há vantagens e desvantagens, segundo Marco Antonio e Wilson Pereira⁹ seriam vantagens a inserção instantânea no mercado, relações mais ágeis, redução da assimetria informacional, redução da burocracia e análise mercadológica facilitada. E, como desvantagens a fraude, impostos, confiabilidade e propriedade intelectual.

Além disso, o SEBRAE¹⁰ lista outras vantagens como maior comodidade na compra do produto, disponibilidade da loja estar aberta 24 horas por dia, acesso a qualquer momento por meio de smartphones ou outros aparelhos com conexão a internet e, desvantagens como possíveis atrasos ou danificação do produto na durante a entrega, compras incorretas em razão da despachonização do tamanho de roupas, calçados e outros itens de vestuário e, vulnerabilidade de hackers para dados de cartões e senhas bancárias.

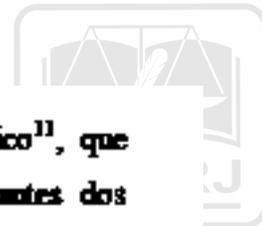
Vantagens e desvantagens a parte, o certo é que a internet cresce em ritmo bastante acelerado, aumentando de forma gigantesca o número de usuários, que buscam não apenas comunicação, mas mais comodidade a vida cotidiana e, dessa forma, fazendo com que o comércio eletrônico seja reconhecido atualmente como destaque no mundo virtual.

2. COMÉRCIO ELETRÔNICO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: LACUNAS A SEREM FREQUENCIADAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Há um conjunto de regras dentro do comércio eletrônico que devem ser observadas pelo comerciante e consumidor. Com elas, busca-se uma segurança maior no negócio a ser realizado pelas partes, tentando aproximar quem ainda possui uma insegurança com o comércio eletrônico.

⁹ ANTONIO, Marco; Wilson Pereira. *E-Comerce*. Disponível em <<http://ecommerce-ghi.blogspot.com.br/2005/11/caracteristicas-do-comercio-eletronico.html>>. Acesso em: 05 out 2016.

¹⁰ SEBRAE. *Vantagens e Desvantagens do comércio eletrônico*. Disponível em <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/antigos/vantagens-e-desvantagens-do-comercio-eletronico_3efba438aflc92410VgnVCM100000a272010aRCRD>. Acesso em: 25 out 2016.



Foi criado em 10 de fevereiro de 2010 o Fórum do Comércio Eletrônico¹¹, que representa a união dos atores do comércio eletrônico, composto de representantes dos consumidores, das empresas, da governança da Internet e do setor acadêmico. O Fórum abrange o comércio eletrônico realizado entre as empresas, entre empresas e consumidores e entre consumidores.

O objetivo do Fórum é elaborar uma Carta de Princípios do comércio eletrônico, para poder contribuir com o bom funcionamento do mercado assegurando a proteção do consumidor, identificar as questões emergentes do comércio eletrônico e facilitar a interação entre as partes.

A Carta de Princípios tem como base os valores da transparência nas relações comerciais e de consumo, do cumprimento à legislação, da expansão do comércio eletrônico de forma sustentável, do comportamento ético e compatível com as boas práticas comerciais, da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da proteção do consumidor, da proteção das partes envolvidas, da harmonização dos interesses e da proteção da criança e do adolescente.

A Carta de Princípios trás os princípios concernentes ao estabelecimento virtual, à prospecção, aos contratos celebrados por meios eletrônicos, à responsabilidade dos prestadores, às comunicações e assinaturas eletrônicas.

Durante o fórum, foram debatidas diversas questões em que ficou clara a necessidade da Carta de Princípios, com criação de um quadro com as especificidades dos serviços da sociedade, com edição de normas que esclareçam temas como o estabelecimento virtual, a informação, o regime dos contratos, o regime de responsabilidade dos prestadores, entre outros. A Carta de Princípios não trata da proteção de dados pessoais em sentido amplo¹²:

O Fórum do Comércio Eletrônico relembra, contudo, que a proteção da vida privada é princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal e a proteção de dados pessoais é um desdobramento deste princípio.

A Carta trata dos princípios relativos ao estabelecimento virtual, à prospecção, aos contratos celebrados por meios eletrônicos, à responsabilidade dos prestadores, às comunicações e assinaturas eletrônicas e, não trata de matéria penal e tributária.

Assim, no capítulo II da Carta de Princípios, começa com o princípio do comércio eletrônico, este é um meio eletrônico com objetivo de efetivar a transparência de informações, o desenvolvimento da atividade de comércio, a oferta ou publicidade de bens e serviços,

¹¹ CONJUR. *Carta de Princípios do Comércio Eletrônico*. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/carta-principios-comercio-eletronico.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

¹² *Ibidem*.



móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, por meio das redes de informação, notadamente aqueles realizados no âmbito da rede mundial de computadores¹³.

É um princípio que não prejudica os regimes de autorização que não visem especialmente ao comércio eletrônico. Além disso, devem constar no estabelecimento virtual de firma fácil e acessível informações do ofertante, tais como: o nome ou razão social e CNPJ se pessoa jurídica e os endereços físico e eletrônico, a fim de garantir a transparência, segurança e equilíbrio das relações eletrônicas.

O segundo princípio, a prospecção on-line, é toda a oferta com fins comerciais, de bens e serviços, móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, que tenha por objetivo divulgar, comercializar e apresentar qualquer bem nas redes de informação. Deve conter informações claras e suficientemente precisas de quem os comercializa e oferta, além das informações relacionadas ao preço, garantia, formas de pagamento, características, qualidade, quantidade, na forma prevista na legislação aplicável.

Quem oferta produto ou serviço na internet deve prestar o maior número de informações, uma vez que o consumidor não pode verificar detalhadamente as características do produto ou serviço, sendo proibida a oferta que induza o destinatário em erro ou possibilite a compra do produto ou serviço errado.

Confirme consta na carta de princípios¹⁴, os recursos de prospecção devem favorecer a concorrência leal, a boa fé, a segurança e a proteção da privacidade e dos dados, respeitando a ordem jurídica nacional, os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e também no Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, o princípio da prospecção on-line é baseado pelos princípios do consentimento do destinatário, uma vez que o destinatário deve ser informado no momento da coleta de dados sobre a possibilidade da utilização de seus dados para fins comerciais e, autorizar; da comunicação ao destinatário, devendo ser informado da utilização de seus dados com fins comerciais; a indicação do caráter comercial e, a identificação clara de quem faz a prospecção.

É comum o recebimento por parte dos consumidores de e-mails com a oferta de produtos ou serviço. Sendo assim, o envio de comunicação eletrônica sem que tenha havido um consentimento do destinatário é possível desde que tenha havido relação comercial anterior entre o remetente e o destinatário, que o conteúdo da mensagem esteja ligado a um

¹³ CONJUR. *Carta de Princípios do Comércio Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/@/carta-principios-comercio-eletronico.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

¹⁴ *Ibidem*.

produto ou serviço semelhante ao fornecido na relação comercial anteriormente mencionada e seja oferecida ao destinatário a possibilidade de negar a utilização de seus dados em cada mensagem enviada.

O terceiro princípio é relacionado ao contrato celebrado por meio eletrônico, ou seja, aquele negociado, firmado ou executado, total ou parcialmente, no meio eletrônico, e no qual os destinatários elaboram, enviam ou declaram sua manifestação de vontade, ou a ele aderem por meio eletrônico. É proibida a utilização de qualquer mecanismo que possa violar a boa-fé ou a manifestação de vontade dos contratantes.

Além disso, o princípio do informalismo deve ser observado também nas relações de consumo realizadas eletronicamente, respeitando os princípios da boa-fé, transparência e equilíbrio entre as partes e desde que não haja disposição estabelecendo forma especial. E, as partes devem celebrar os contratos eletrônicos observando os princípios da confiança, da segurança, da informação e da boa-fé contratual, que devem ser observados antes, durante e depois do contrato.

O quarto princípio aplicável às relações de consumo por meio eletrônico que a Carta menciona é a responsabilidade dos prestadores, o Fórum do Comércio Eletrônico¹⁵ propõe que o regime legal de responsabilidade dos atores do comércio eletrônico observe alguns princípios, como: a transmissão de dados fornecidos pelo destinatário de serviços ou a provisão de acesso a uma rede de comunicações não deve ensejar a responsabilidade do operador ou provedor de acesso desde que ele não esteja na origem da transmissão, não selecione o destinatário da transmissão e não selecione ou modifique os dados objetos da transmissão; assim como também não enseja a responsabilidade do prestador a hospedagem de conteúdo ilícito fornecido pelo destinatário de serviços, salvo se depois de notificado judicialmente o prestador não retirar esse conteúdo ou tornar o acesso impossível.

E, também não gera a responsabilidade da pessoa que mantém a plataforma digital e do prestador do serviço de pagamento a compra e venda de bens e serviços realizados por meio de plataformas de comércio eletrônico, devendo zelar pela legalidade do comércio realizado por meio dessas plataformas.

Por fim, o último princípio inserido na carta diz respeito às comunicações e assinaturas eletrônicas. É possível a comunicação eletrônica, desde que correta a identificação de seu remetente e a integridade da mesma e, possuem o mesmo valor jurídico de outras formas de comunicação, como as feitas em papel, por exemplo, sendo equiparada ao escrito. Assim

¹⁵ CONJUR. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/carta-principios-comercio-eletronico.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.



como, a assinatura digital possui o mesmo valor jurídico que a assinatura manuscrita, atendendo os requisitos da confiabilidade.

Além da Carta de Princípios elaborada no Fórum de Comércio Eletrônico, o Decreto 7.962/2013, que regulamenta a contratação eletrônica, trás uma série de normas que devem ser observadas, principalmente nos seus artigo 2^o¹⁶, que trata das compras coletivas:

Art. 2^o Os sites eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídas os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e extensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Além dessas informações previstas no artigo 2^o do Decreto n.º 7.962/2013, os sites devem conter informações necessárias como: a quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato, o prazo para utilização da oferta pelo consumidor e, a identificação do fornecedor responsável pelo site e do fornecedor do produto ou serviço ali ofertado. Isso tudo, como consta no artigo 3^o do referido Decreto.

Dessa forma, é possível perceber que os princípios inseridos no Código de Defesa do Consumidor e que regulam os contratos em geral, também são aplicáveis nas relações de consumo por meio eletrônico, como o da transparência, da vulnerabilidade, da boa-fé e autonomia privada, dando maior confiabilidade no comércio eletrônico que cresce junto com o desenvolvimento da sociedade.

3. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR ELETRÔNICO NAS COMPRAS COLETIVAS E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

O comércio eletrônico é uma revolução e evolução comercial aliado a inovação tecnológica, permitindo que empresas sejam mais flexíveis e eficientes em suas operações

¹⁶BRASIL. Decreto n. 7962, de 15 de março 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em 28 mar. 2017.



internas, trabalhando cada vez mais próximas aos seus fornecedores e mais rápidas às necessidades e expectativas dos seus clientes. É inevitável negar que quase todas as empresas estão sendo obrigadas a entrar para o ramo do comércio eletrônico, em razão da possibilidade de expandirem seus negócios.

Assim, como em qualquer ramo do comércio, há vantagens¹⁷ e desvantagens, que podem ser citadas:

O CE traz algumas vantagens, dentre delas: "disponibilidade de atendimento durante 24 horas por dia, sete dias por semana, o chamado 24x7; - grande diversidade de produtos, com origem em qualquer lugar do planeta; - custo potencialmente menor, já que há a eliminação de intermediários (vendedores, atacadistas etc.) e um aumento concorrência; - a capacidade de agregar em um portal vários tipos de serviços e produtos, com uma quantidade e variedade difícil de manter em uma loja física; - a facilidade em se ter em campo rapidamente produtos de diferentes vendedores, existindo inclusive portais web específicos para isto.

Porém, como foi dito, há desvantagens, uma vez que o crescimento rápido e assustador do comércio eletrônico já está causando, e causará mais ainda, disputas e litígios, entre as empresas sediadas em países diversos, e entre as empresas e os consumidores, também situados cada um em lugares distantes.

Nesse sentido¹⁸:

De outro lado, vários problemas podem surgir exatamente em virtude da interatividade possibilitada pela Internet, já que expõe-se o consumidor a fornecedores situados a grandes distâncias e, muitas vezes, insubidos de má-fé, a fraudes, a atividades comerciais ilegais, e mesmo a produtos perigosos ou ainda não testados.

Assim, "soluções jurídicas, procedimentos e normas para regular o comércio eletrônico, bem como administrar tais conflitos, até mesmo em nível mundial, podem se apresentar imprescindíveis para o desenvolvimento correto dessas operações"¹⁹.

Uma ferramenta importante na busca do regular desenvolvimento do comércio eletrônico e na busca da proteção ao consumidor é o direito de arrependimento, em razão da distância que envolve as partes que comercializam eletronicamente. E, os consumidores não têm como avaliar o produto ou serviço no momento da compra.

¹⁷ MADEIRA, Mauro N. *Comércio Eletrônico: livro digital*. 4. ed. rev. e atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2007. p.29. Disponível em <<http://ctic.files.wordpress.com/2008/11/comercio01.pdf>> Acesso em: 07 abr. 2017.

¹⁸ SCHUBERT, Luís Eduardo. *Internet: O Direito na era Virtual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.98.

¹⁹ *Ibid.*, p.96.



A modalidade de compras coletivas através de sites especializados vem se tornando uma realidade muito comum e acessível²⁰:

Um levantamento realizado no mês de Janeiro de 2012 pela empresa InfoSaveMe, detectou que as empresas especializadas no ramo, faturaram R\$ 98,2 milhões, um crescimento de 7,5% em relação ao mesmo período do ano anterior. O mesmo estudo fora realizado no mês de Maio de 2012 e encontrou números que demonstram a expansão assustadora do setor, apenas no mês de Maio de 2012 foram vendidos mais de 2 milhões de cupons, movimentando mais de R\$ 148 milhões, sendo anunciados 16 mil produtos ou serviços.

Ocorre que essa modalidade de vendas, compras coletivas, não está ainda positivada no Código de Defesa do Consumidor, devendo ser utilizado por equiparação, assim como os princípios que regem qualquer relação consumerista, uma vez que a popularização do uso da internet e das modalidades advindas desse uso não eram conhecidas naquela época.

Compra coletiva é uma modalidade de compra onde as pessoas adquirem o produto por meio de um lote, ou seja, diversas pessoas compram o mesmo produto, do mesmo fornecedor, ao mesmo tempo, pelo mesmo preço, obtendo assim um preço final com grande desconto. Em certos casos é preciso uma quantidade mínima de vendas para que a compra seja efetuada com sucesso.

Existem hoje no Brasil mais de 400 *sites* de compras coletivas, sendo o maior deles, o *site* de compras coletivas denominado Groupon, *site* pioneiro no setor, criado em 2008, na cidade de Chicago, nos EUA. O *site* Groupon está presente hoje em 47 países, incluindo o Brasil, que conta com 54 cidades alcançadas²¹.

O Código de Defesa do Consumidor não traz a figura da empresa que comercializa os produtos via internet, e, do consumidor que realiza as compras, porém, desde que foi criado, os consumidores já eram protegidos que ocorrem hoje em dia. Podemos citar como uma violação ao direito do consumidor nas compras coletivas a condição de preencher um cadastro para acesso do *site* de compra das promoções.

Quando da realização do cadastro, o site não é mostra de forma clara ao consumidor o contrato, o usuário do site é obrigado a clicar e selecionar uma caixa onde o mesmo concorda com os termos do site, sem ao menos o ler²².

O código de Defesa do Consumidor²³ tipifica o contrato de adesão, no artigo 54 e 46:

²⁰ DE OLIVEIRA, Luiz Gustavo Caratti. *As Compras Coletivas e o Código de Defesa do Consumidor*, set. 2012. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11916>. Acesso em: 05 abr. 2017.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.



Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Art.46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

A empresa de compra coletiva não pode se eximir da responsabilidade da entrega do produto/serviço, pois ela é intermediária da relação de consumo, ou seja, através dela que o consumidor adquire a promoção. Se a empresa tem o bônus na venda das promoções, ela também deve ter o ônus das negociações frustradas. E assim, surge o direito de arrependimento do consumidor. Seja em razão da negociação frustrada, seja porque não gostou do produto ou não era o esperado, seja pela má prestação do serviço ou qualidade do produto.

É comum que os consumidores se decepcionam com a qualidade dos serviços oferecidos pelos *sites* de compras coletivas e, se a empresa é responsável pelo não cumprimento da obrigação de entrega do produto ou serviço, também é responsável pelos vícios do produto ou serviço, conforme estabelece o artigo 18 do CDC²⁴:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

É forçoso reconhecer, nas palavras do Professor Luís Eduardo Schoueri²⁵ que:

...normalmente os *web sites* são complexos e dificultam a obtenção das informações por parte do consumidor, que muitas vezes é obrigado a proceder ao acionamento de diversos ícones existentes na página, alguns até quase que ocultos, para que consiga chegar às indicações que são procuradas, e que muitas vezes constituem-se informações básicas.

E, diante de omissão de informações que prejudicam o consumidor, parte vulnerável, há uma violação ao seu direito²⁶ :

²⁴ BRASIL. Lei n. 8.072, de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em 14 abr. 2017.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ SCHOUEIRI, Luís Eduardo. *Internet: O Direito na era Virtual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.103.



Tal situação representa verdadeira restrição ao direito básico de informação do consumidor, já que em algumas oportunidades o acesso às informações são propositalmente dificultadas, e caso essa prática seja efetivamente constatada, os dados não surtirão efeito ao consumidor. Vale dizer, não serão válidos os termos e as condições cuja divulgação e acesso eram difíceis de ser conhecidos pelo consumidor.

Dessa forma, surge especificamente o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor²⁷, que regula o direito de arrependimento:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

O Código de Defesa do Consumidor considera vulnerável o consumidor que realiza uma compra de serviço ou produto fora do estabelecimento comercial, dando-lhe o direito de arrependimento sem que tenha que exteriorizar qualquer motivo para tal.

Assim, com a efetivação da compra, o consumidor pode se arrepender de tê-la efetuado, por qualquer motivo e, exercer o direito de arrependimento no prazo de sete dias. Neste sentido²⁸:

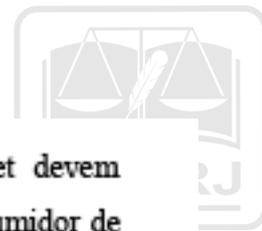
O direito de arrependimento existe per se, sem que seja necessária qualquer justificativa do porquê da atitude do consumidor. Basta que o contrato de consumo tenha sido concluído fora do estabelecimento comercial para que incida, plenamente, o direito de o consumidor arrepender-se.

Diante de um consumidor que queira exercer seu direito de arrependimento, poderá ser um pouco difícil exercê-lo, uma vez que quase todos os sites de compras coletivas não apresentam um serviço de atendimento ao consumidor (SAC). Sendo possível apenas o acesso a famosa página de perguntas frequentes, com respostas genéricas, sem efetivamente solucionar qualquer problema específico do consumidor, violando mais uma vez o Código de Defesa do Consumidor na regra presente no artigo 4º, IV.

²⁶ *Ibid.*, p.103.

²⁷ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 14 abr. 2017.

²⁸ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Compras coletivas e as violações aos direitos do consumidor*, jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22211/compras-coletivas-e-as-violacoes-aos-direitos-do-consumidor>>. Acesso em 05 abr. 2017.



Por fim, as empresas que comercializam compras coletivas pela internet devem resolver o problema aqui apresentado na ausência de adequada informação ao consumidor de seu direito de arrependimento. Principalmente no caso de alguns sites que exigem que o consumidor pague uma multa pelo exercício desse direito, violando também o artigo 51, II, IV e XV do Código de Defesa do Consumidor, que trata de cláusula abusiva. Como é um direito básico do consumidor, não cabe ao fornecedor estabelecer multa pelo exercício do seu direito, se a lei não o fez.

Exercido o direito de arrependimento, o fornecedor deverá devolver os valores eventualmente pagos, a qualquer título, de imediato, monetariamente atualizados, nos termos do parágrafo único do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

Por todo o estudo apresentado, conclui-se que a internet facilita a comunicação entre pessoas e suas necessidades conforme o crescimento da sociedade. A internet cresceu tanto que deixou de ser apenas um meio de comunicação entre as pessoas e seu potencial refletiu no comércio eletrônico, onde ocorrem as transações de bens e serviços de forma bem mais rápida e econômica.

O mercado de compras virtuais cresce de acordo com o crescimento do número de usuários da internet, ganhando cada vez mais espaço na vida dos consumidores. Por meio da internet os consumidores têm acesso rápido aos produtos e serviços e as empresas têm a possibilidade de divulgá-los de forma mais econômica e acessível a todos.

Junto com o comércio eletrônico, surgiu, assim, uma novidade: as compras coletivas, que é uma forma de venda que tem como objetivo vender uma determinada oferta para um determinado número de consumidores, com descontos e, se o número mínimo não seja atingido em um tempo determinado, a oferta é, então, cancelada.

Foi possível verificar que o que gera o crescimento dos sites de compra coletiva é devido o consumidor buscar melhores oportunidades de ofertas com preços abaixo do mercado tradicional.

Como qualquer ramo do direito, o Direito do Consumidor é uma ferramenta de extrema importância à proteção das necessidades da pessoa humana que, inserida no contexto de uma civilização pós-moderna, exerce cotidianamente o papel de consumidora dos produtos e serviços no mercado globalizado. E, dentro do comércio eletrônico, nas compras coletivas, o



direito de arrependimento, pode ser usado pelos consumidores que optam por essa modalidade de comércio.

Como o comércio tradicional, os princípios do Código de Defesa do Consumidor devem ser aplicados no comércio eletrônico, haja vista que ainda não há uma legislação específica, buscando uma maior igualdade entre as partes e, nas compras coletivas, deve-se aplicar principalmente o direito de arrependimento. Isto se dá, uma vez que o Código considera vulnerável aquele consumidor que realiza compra de um produto ou serviço fora do estabelecimento comercial.

Com o surgimento da Carta de Princípios, com o objetivo de balizar o comércio eletrônico, tem-se reconhecida a necessidade da construção de um conjunto de regras mais específicas para solucionar os conflitos entre as empresas de venda online e os consumidores. Ultimamente, a utilização de certos princípios como o da transparência, boa-fé e vulnerabilidade, do arrependimento, apresentam-se como o melhor caminho para solucionar esses conflitos.

Assim, é preciso entender que valorizar o aspecto humano nas relações, mesmo que sejam elas eminentemente patrimoniais e de forma eletrônica, em nada conflita com a segurança jurídica, pelo contrário, procura a justiça por mais escondida que ela esteja, mesmo que por traz de um crédito. A efetividade de um sistema principiológico deve funcionar como um mecanismo que busque superar a ausência de regras específicas, dando maior abrangência ao consumidor, que busca maior comodidade e confiança nas compras coletivas.

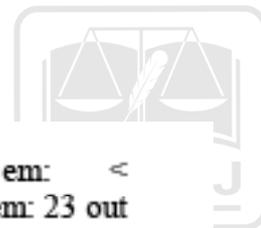
REFERÊNCIAS

ALBERTIN, A.L. apud TENENBAUM. *Comércio Eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.41.

ANTONIO, Marco e Wilson Pereira. *E-Commerce..* 2006. Disponível em <<http://ecommerce-gbi.blogspot.com.br/2006/11/caractersticas-do-comrcio-eletrnico.html>>. Acesso em: 05 out 2016.

BRASIL. Decreto n. 7962 de 15 de março 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.



B2W Digital. *Comércio Eletrônico no Brasil*. Disponível em: <<https://www.b2wdigital.com/institucional/comercio-eletronico-no-brasil>>. Acesso em: 23 out 2016.

CARO, Abrão. *Comportamento do Consumidor e a Compra Online: uma análise multicultural*. São Paulo, 2010. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

CARVALHO, José Carlos de Maldonado de. *Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

COMÉRCIO eletrônico no Brasil. Disponível em:<<https://sites.google.com/site/comercioeletronicocont/comercio-eletronico-no-brasil>>. Acesso em: 30 set 2016.

CONJUR. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/carta-principios-comercio-eletronico.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

DE OLIVEIRA, Tatielly R.; MARQUES, Jane, apud ALBERTIN. *Compras Coletivas no Comércio Eletrônico Brasileiro: Impacto para o Consumidor*. 2011, p.3. Disponível em: <http://www.unicentro.br/redemc/2011/conteudo/mc_artigos/midia_citada_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 24 out 2016.

E-COMMERCE News. *E- Commerce News: um patrimônio do comércio eletrônico*. Disponível em: <<http://ecommercenews.com.br/o-que-e-e-commerce>>. Acesso em: 24 out 2016.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. 7. ed. Niteroi/RJ. Impetus, 2011.

MADEIRA, Mauro N. *Comércio Eletrônico: livro didático*. 4 ed. rev. e atual. Palhoça: Unisul Virtual, 2007, p.29. Disponível em: <<https://cctic.files.wordpress.com/2008/11/comercio01.pdf>> Acesso em: 07/04/2017.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Compras coletivas e as violações aos direitos do consumidor*, jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22211/compras-coletivas-e-as-violacoes-aos-direitos-do-consumidor>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

NETO, Seráfico Ricardo da Silva. *Conceitos e Fundamentos do Comércio Eletrônico*. Disponível em < <https://ebiz3p.wordpress.com/2008/04/18/conceitos-e-fundamentos-de-comercio-eletronico/>>. Acesso em: 10 out 2016.

NORONHA, 2003 apud AZEVEDO, F. C. de. *Uma Introdução ao Direito Brasileiro do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 2009, n. 69.

OLIVEIRA, Luiz Gustavo Caratti de *As Compras Coletivas e o Código de Defesa do Consumidor*, set. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11916>. Acesso em: 05 abr. 2017.



SCHOUERI, Luis Eduardo. *Internet: o Direito na Era Virtual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SEBRAE. *Vantagens e Desvantagens do comércio eletrônico*. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/vantagens-e-desvantagens-do-comercio-eletronico,3e8a438af1c92410VgnVCM100000b272010aRCRD>>. Acesso em: 25 out 2016.



LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE POR MEIO DE APACS INSTITUÍDAS POR DECRETO DO EXECUTIVO: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Simone Guimarães Costa

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o Prefeito da cidade do Rio de Janeiro, por meio de decretos, restringiu o direito de propriedade de inúmeros proprietários, sob justificativa de alegada preservação cultural do patrimônio da cidade. Não foi dado aos proprietários dos imóveis atingidos por esse ato o direito ao contraditório e à ampla defesa, impedindo-os de qualquer defesa, seja legal ou sobre o real valor cultural dos bens. O objetivo do artigo é analisar a limitação administrativa sob a ótica constitucional, abordar os princípios constitucionais violados e discutir a real finalidade do ato imposto, ato esse que demonstra outro objetivo, qual seja, controlar o crescimento demográfico nas áreas nobres visando à valorização dos imóveis da região, e com isso buscando atender interesses particulares.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Limitação administrativa. Decreto para limitar o direito de propriedade. APAC. Tombamento.

Sumário – Introdução. 1. A limitação administrativa por meio de decretos para limitar o direito de propriedade: uma discussão pautada no direito ao contraditório e o devido processo legal previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. 2. Ausência de notificação e ciência aos proprietários e a afronta a princípios constitucionais: a impossibilidade do contraditório. 3. As reais motivações administrativas determinantes da Apac: qual a intenção da administração com o tombamento? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo a reflexão sobre o poder dos atos administrativos na esfera da propriedade do particular. As APACs, criadas e editadas por meio de Decretos Municipais, tomando a propriedade privada plena de direitos garantidos pela Constituição, em propriedade limitada, sem muita discussão. Até que ponto o Poder Executivo pode dispor de meios coercitivos em face do interesse privado, principalmente quando limita sua propriedade sem que lhe tenha dado direito ao contraditório.

Trata-se de limitação de propriedade atribuída aos moradores de muitos bairros cariocas. Essa limitação tem como fundamento a necessidade de proteção de áreas consideradas importantes para a cultura do Estado, e a manutenção e a conservação de sua história. Entretanto, assunto muito debatido nos órgãos judiciais, pois deve ser analisada a real necessidade do ato administrativo e a limitação da propriedade sem o direito a prévia defesa do proprietário, esta, amparada pela CRFB/88.



Demonstrar-se-á a existência de interesses particulares do chefe do Poder Executivo e o surgimento das APACs como uma cortina de fumaça encobrindo as reais motivações que submetem e tomam o direito de propriedade submisso ao poder público, sem oportunizar ao particular o exercício do seu direito constitucional.

O poder emanado pelos Decretos Administrativos Municipais, e os desejos e prioridades do chefe do Executivo podem prevalecer às normas e princípios Constitucionais? Abordar-se-á a descaracterização do instituto do tombamento com a instituição das Apacs, que mascaram a real intenção da administração pública municipal.

As APACs possuem outra falha ao não identificarem as reais características que a propriedade possui para justificar o seu “tombamento”, isso é, a limitação de sua propriedade.

O primeiro capítulo discute sobre a necessidade da reflexão em esclarecer se realmente há legalidade em limitar a propriedade do particular por meio de Decreto.

O segundo capítulo aborda a afronta a princípios constitucionais, inclusive a ausência de notificação aos proprietários, o que lhes garantiria o direito ao contraditório.

No terceiro capítulo discutem-se as reais motivações administrativas e a real intenção ao utilizar-se uma criação jurídica ao invés do instituto de tombamento, já existente.

A pesquisa utilizará a metodologia bibliográfica, incluindo autores tradicionais, legislações vigentes e jurisprudências atuais. O método utilizado será basicamente o empírico, com análise de casos e jurisprudência.

1. A LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA POR MEIO DE DECRETOS PARA LIMITAR O DIREITO DE PROPRIEDADE: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A prefeitura do Rio de Janeiro, por meio de Lei Complementar¹, estabelece o Plano Diretor Decenal, cria os alicerces para uma política pública de proteção do patrimônio cultural instituindo a Área de Proteção do Ambiente Cultural – APAC.

As APACs visam à proteção do ambiente construído nas zonas urbanas, enquanto, Área de Preservação Ambiental - APA passaria a ser utilizado apenas para o ambiente natural.

¹ BRASIL. Lei Complementar n. 16, de 04 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/14767253/artigo-132-1c-n-16-de-04-de-junho-de-1992-do-município-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 29 out. 2016.

Contudo, ao editar norma² que impõe a criação de área de proteção do ambiente cultural e quais os bens que deverão ser relacionados para serem preservados, gera uma norma em branco, incumbindo ao poder público o dever de regulamentá-la. Isto é, a Prefeitura deverá definir os critérios de preservação por meio de Decreto. Importante à transcrição do artigo abaixo:

Art. 131 - Na criação de uma Área de Proteção do Ambiente Cultural serão relacionados os bens preservados e os bens tutelados e definidos seus critérios de preservação.

§ 2º - Entende-se por bem preservado aquele que, situado em Área de Proteção do Ambiente Cultural, deverá manter as características que tenham sido identificadas como de importância para a ambiência e identidade cultural da Área, segundo critérios estabelecidos pelo órgão de tutela.

Importante pontuar que lei e decreto são atos normativos distintos e possuem funções diferentes. A força da lei está entre as normas jurídicas na Constituição Federal, sendo esta a Carta Magna, isto é, a espinha dorsal de todo o ordenamento jurídico. Devendo ser observado para critérios de edições de leis complementares, leis ordinárias, decretos, portarias e demais atos que possam impor aos jurisdicionados qualquer obrigação, pois conforme disposição constitucional³ ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que não tenha previsão legal.

A Constituição Federal é a base de todo o ordenamento jurídico, sendo assim, qualquer norma que a contrarie deverá ser considerada inconstitucional, pois fere o princípio da legalidade, devendo ser retirada do ordenamento jurídico, haja vista que lei inconstitucional não se cumpre por falta de validade.

Sendo a lei superior ao decreto, este não poderá contrariá-la, sob pena de ser ilegal e passível de intervenção do poder judiciário ante a ilegalidade praticada pelo poder Executivo. No caso, os Decretos editados e publicados pelo poder Executivo do Município do Rio de Janeiro para definir quais os imóveis sofreriam as limitações administrativas⁴ – feito pelas APACs - não observaram os princípios e normas da Constituição Federal, pois ao limitar as propriedades dos munícipes, retirou desses o direito de propriedade no seu sentido mais original, que é o de usar, fruir e dispor de seu bem conforme sua vontade, desde que cumprindo sua função social.

² *Ibidem*, art. 131.

³ Art. 5º, inc. II, CF/88: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.



Impende observar que o processo de criação de uma lei tem um procedimento amplo e elaborado, feito por meio de representantes eleitos pelo povo. A lei passa por um processo legislativo, em que não apenas uma pessoa decide, como acontece na edição de um decreto que é feito apenas pelo chefe do poder Executivo, que decide sem a intervenção de mais ninguém, sendo sua decisão prevalente aos demais interesses dos munícipes afetados.

Embora o decreto seja feito para regulamentar uma lei, que no caso do estudo é a L.C. 16/92⁵, que institui a criação das APACs⁶ como meio de preservação do ambiente cultural da cidade do Rio de Janeiro, e a intenção seja de manter a história do Município, não pode afetar o direito dos munícipes sem que esses não tenham direito de opinar, visto que se trata de um direito de propriedade adquirido na forma da lei. O decreto não pode inovar no ordenamento jurídico, ele é criado para esmiuçar a lei, e não ir além ou contra a lei.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em decisão na Apelação Cível 2009.001.47738, negou provimento ao recurso do Município do Rio de Janeiro em que se discutia a limitação administrativa pela APAC instituída pelo Decreto 25.693/2005, que limitava o uso dos imóveis no Catete.

A decisão em primeira instância no processo judicial que buscava à anulação da limitação administrativa ao imóvel da autora, foi procedente ao pedido autoral. O Juízo monocrático de 1º grau entendeu que houve ofensa aos princípios constitucionais pelo poder Executivo quando impõe ao imóvel da autora limitação quanto ao direito de dispor, usar e fruir conforme sua vontade sem que lhe dê antes o direito ao contraditório e ampla defesa.

Em grau de recurso, o Tribunal de Justiça manteve a decisão de 1º grau por entender nítida a contrariedade aos princípios constitucionais pelo apelante. Isto é, o Município com base no poder emanado pelo Decreto, limita o direito de propriedade dos munícipes, efetiva a limitação sem chamar a se manifestar o afetado para exercer seu direito de defesa quanto ao manifesto dos motivos e a real necessidade do ato praticado pelo poder Executivo.

O ato praticado pelo Poder Executivo foi revisto pelo poder judiciário por conter ilegalidade quanto aos princípios constitucionais, ocasionando uma afronta a lei maior. Dessa forma, mesmo sendo o decreto um meio de regulamentar uma lei, não se pode ir além nem contra a Constituição da República, o decreto editado pelo poder Executivo, para que

⁵ *Ibidem*.

⁶ BRASIL. Lei Complementar n. 111, de 01 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://trajil.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/controler.nsf.htm>>. Acesso em: 30 out. 2016.



tenha validade no âmbito da legalidade, deve seguir os contornos constitucionais, caminhar junto aos princípios geradores de normas e leis.

Importante destacar um trecho do julgado que segue abaixo:

Após ter verificado que o processo administrativo, que rendeu ensejo ao Decreto n. **25.693**, 23.08.2005, que instituiu a Área de Proteção Ambiental e Cultural do Catete, não oportunizou aos proprietários dos imóveis abrangidos o direito ao contraditório e a ampla defesa, o nobre sentenciante concluiu pela sua ilegalidade e passou a discorrer sobre a comprovação do motivo do ato administrativo praticado, qual seja, se o imóvel da apelada era, ou não, integrante do patrimônio cultural municipal. Afirmou o magistrado ter sido produzida apenas prova documental, que não se afigurava suficiente para o deslinde da questão, e continuou afirmando que, para tanto, imprescindível seria a realização da prova pericial. A essa altura, porém, a observação que fez visava apenas facilitar a compreensão das partes a respeito do tema debatido nos autos, por isso que a nulidade do ato já havia sido declarada por inobservância aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório. Dispensável se afigurava, portanto, a realização de prova pericial, porquanto a nulidade do ato administrativo decorreu de motivo outro, qual seja, a violação dos princípios constitucionais, de modo que saber se o imóvel da autora estava ou não sujeito à categoria de bem integrante do patrimônio cultural local constituiria etapa a ser vencida à frente, caso o processo administrativo fosse considerado regular, o que não ocorreu⁷.

Diante das decisões dos Tribunais de Justiça desfavoráveis ao município, é cristalino que o ente federativo vem agindo com ilegalidade, visto que as limitações administrativas dos imóveis dos municípios ocorreram sem a observância dos princípios constitucionais quanto ao direito do contraditório e ampla defesa previstos na Constituição da República.

A falta de notificação aos municipais proprietários de imóveis apacados⁸, pelo poder público, para que haja manifestação quanto a sua limitação de usar o bem conforme seu direito de dono, observando a função social do imóvel, ofende os regramentos legais, que não podem ser mitigados pelos Decretos do chefe do Executivo, em que somente ele dispõe sobre direitos fundamentais sem que ninguém se contraponha.

A intenção de Judiciário é prover o devido processo legal, previsto na CRFB/88, art. 5º; LIV, que protege o jurisdicionado da privação da liberdade e de seus bens sem que haja o devido processo legal. Motivo pelo qual o judiciário deve imiscuir-se nas decisões administrativas, sem que com isso esteja ofendendo a separação dos poderes ou mesmo praticando ativismo judicial.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2009.001.47738. Relatora: Des. Luiza Cristina Battrel Souza. Disponível em: <<http://www4.tjri.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900147738>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

⁸ Neologismo que se refere aos imóveis atingidos pelo decreto da APAC – Área de Proteção da Ambiente Cultural.

2. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO E CIÊNCIA AOS PROPRIETÁRIOS E A AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A IMPOSSIBILIDADE DO CONTRADITÓRIO

Milhares de proprietários foram subitamente surpreendidos por decretos publicados pelo chefe do poder Executivo Municipal restringindo o direito de propriedade, sob o argumento de “conservação/proteção do patrimônio cultural” de determinadas áreas urbanas da cidade. Não houve qualquer tipo de notificação e muito menos foi dada ciência aos proprietários a fim de que exercessem o seu legítimo direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa.

O prefeito, unilateralmente, sem ouvir os maiores interessados, que sejam os proprietários que não tiveram seus direitos respeitados, tomou essa decisão sem qualquer processo administrativo previamente estabelecido tomando milhares de imóveis apacados da noite para o dia, impondo-lhes uma limitação administrativa, que conforme define Meirelles⁹ é “toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”.

Esta conduta afronta diretamente o princípio do devido processo legal disposto no artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal, o qual permitiria aos proprietários atingidos a defesa sobre a legalidade da medida e a discussão da real necessidade do ato imposto em relação ao suposto “patrimônio cultural protegido”.

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

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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

Não houve interesse em dar publicidade ao ato limitador do direito de propriedade o que se mostrou nada democrático. Os efeitos práticos da criada preservação assemelham-se ao processo de tombamento, no entanto ao passo que este dispõe no ordenamento jurídico a necessidade de um procedimento administrativo, garantindo ao proprietário o direito ao contraditório e a ampla defesa, o processo de preservação não o exige, em desrespeito ao previsto na Constituição Federal.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016, p.529.



O princípio da legalidade estrita ao qual se encontra adstrita a Administração Pública, afirma que todos os atos devem estar de acordo com a legislação, conforme disposto no art. 37, da CRFB/88:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

Assim, a Administração Pública somente pode fazer o que for expressamente autorizada pela lei. Dessa forma toda atividade deve estar estritamente vinculada à lei, não podendo o administrador agir como quiser dentro da Administração.

O ordenamento jurídico não dispõe de lei federal que discipline a chamada "preservação de bem cultural". A Constituição Federal não faz menção a este tipo de instrumento jurídico de intervenção na propriedade, mas sim ao tombamento que é o ato pelo qual o valor histórico de um bem é reconhecido e transformado em patrimônio oficial público, passando a sofrer restrições parciais, sendo estabelecido um regime jurídico diferenciado. Essa previsão legal encontra-se no art. 216, § 1º da CRFB/88¹⁰:

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹ define o tombamento da seguinte forma:

O tombamento pode ser definido como o procedimento administrativo pelo qual o poder público sujeita a restrições parciais os bens qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.

Ora, o que se percebe é que o poder Executivo Municipal, de firma tendenciosa e em interesse próprio, com a finalidade de intervir no direito de propriedade dos imóveis dos cidadãos, editou um decreto que, sob os auspícios de uma suposta "preservação" visa a obter a mesma finalidade prática do tombamento. Ele não pode merecer de validade constitucional haja vista que o Município não detém competência originária para legislar sobre intervenção na propriedade, que é o que de fato está fazendo através de tal manobra que simplesmente "criou o instituto preservação".

¹⁰ Art. 216, CRFB: Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 1º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 134.



Como se não bastasse, em sua trajetória de afrontas constitucionais, o poder Executivo Municipal, por meio do referido decreto que visa à pseudo-proteção do ambiente cultural, também violou os princípios constitucionais da moralidade, finalidade e eficiência, pois clara a intenção de, utilizando-se subterfúgios e interpretações equivocadas, querer atingir os efeitos reais de um tombamento com um ato normativo que não respeita o contraditório e a ampla defesa previstos no tombamento, este sim, um instituto jurídico que permite a intervenção na propriedade e que possui previsão constitucional e regulamentação em lei federal.

Sobretudo destacar que o dispositivo do art. 216, §1º, da Constituição Federal, ao mencionar a preservação não está se referindo a um suposto instituto jurídico denominado “preservação” e nem mesmo o criando. Ele pura e simplesmente refere-se a uma finalidade de preservação que deve ser atingida utilizando-se meios legais, tais como o tombamento entre outros, já existentes e dispostos no ordenamento jurídico federal. Isto é corroborado pelo fato de que a legislação existente deve ser interpretada de uma forma sistêmica e integrada juntamente com a hermenêutica jurídica, e assim, devemos atentar para os seguintes dispositivos que devem ser combinados: art. 24 e 30, da Constituição Federal¹².

Logo, é cristalina a intenção de que se admitindo que o município, de forma suplementar, visa ao caráter de proteção do ambiente cultural. O poder Executivo Municipal deve executá-lo sempre obedecendo e atentando para a legislação federal e estadual existentes, além das suas próprias.

3. AS REAIS MOTIVAÇÕES ADMINISTRATIVAS DETERMINANTES DA APAC: QUAL A INTENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO COM O TOMBAMENTO?

¹² Art. 24, CRFB: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(-)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei.

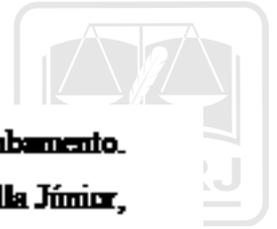
Art. 30, CRFB: Compete aos Municípios:

(-)

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(-)

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.



Doutrinariamente existe uma divergência sobre a natureza jurídica do tombamento. A primeira corrente, na qual figuram os autores Sonia Rabello de Castro, José Cretella Júnior, defendem ser o tombamento uma forma de limitação administrativa.

Se considerar-se uma limitação administrativa, estão de acordo com entendimento do jurista Hely Lopes Meirelles, tombamento é: "uma imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem estar social"¹³.

Seria então uma manifestação do poder de polícia do Estado, pela qual o Poder Público edita normas gerais condicionando o uso da propriedade do administrado para atingir o bem-estar social, sem especial sujeição, por intermédio de seus agentes ou prepostos.

Observando este entendimento, o tombamento seria uma limitação administrativa. Assim, assemelha-se as Áreas de Proteção do Ambiente Cultural - Apacs instituídas pelos Decretos Municipais, editados pelos prefeitos em seus respectivos mandatos, com uma diferença fundamental, pois o tombamento foi instituído pelo Decreto Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, pelo qual o Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição Federal, organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.¹⁴

No Decreto Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937¹⁵, existem normas cogentes para que seja feito o tombamento de bens tidos como culturais, que necessitam de conservação para a preservação da história do Brasil.

É cediço que logo no primeiro artigo do Decreto Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, encontramos procedimentos específicos para que o Estado exerça a limitação administrativa na propriedade do particular ou nos bens públicos. De forma distinta, os Decretos Leis sancionados pelos chefes do Executivo Municipal para impor a limitação a diversos bens imóveis em bairros de classe alta, as Apacs, não são tão específicas quanto aos critérios de escolha, deixando o particular sem saber a razão pela qual seu imóvel foi escolhido para ter tal limitação.

¹³MEIRELLES, op. cit., p. 529.

¹⁴BRASIL. Decreto Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937. Disponível em: <http://portal.plan.gov.br/uploads/legislacao/Decreto_n_25_de_30_de_novembro_de_1937>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹⁵ Ibid., art. 1º. Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.



O Prefeito da cidade, de posse do poder de mando, instituiu um Decreto no qual limita o direito de propriedade, sem previsão de contraditório para o proprietário do imóvel apacado.

Dessa forma, também não há previsão de Audiências Públicas, que já sugere a publicidade do ato administrativo, tampouco a previsão de um processo legal para aquele proprietário que não esteja de acordo com a limitação atribuída ao seu imóvel pelo ente municipal. Assim, não podendo exercer seu direito constitucional de defender sua propriedade.

De forma contrária, existe previsão de contraditório no Decreto Lei¹⁶ que instituiu o tombamento, vejamos abaixo:

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a acudir à inscrição da coisa.

Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo: 1) o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para acudir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, se o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação. 2) no caso de não haver impugnação dentro do prazo assinalado, que é fatal, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará por simples despacho que se proceda à inscrição da coisa no competente Livro do Tomba. 3) se a impugnação for oferecida dentro do prazo assinalado, far-se-á vista da mesma, dentro de outros quinze dias fatais, no órgão de que houver emanado a iniciativa do tombamento, afim de sustentá-la. Em seguida, independentemente de custos, será o processo remetido ao Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que profereirá decisão a respeito, dentro do prazo de sessenta dias, a contar do seu recebimento. Dessa decisão não caberá recurso.

Certo é que a propriedade não possui mais caráter absoluto, devendo observar as regras do uso e conservação de seu bem imóvel, tanto é que pode um proprietário perder seu direito quando deixar de cumprir sua função social, isto significa que uma propriedade deve agir com observância ao interesse coletivo, não devendo dar destinação a esta propriedade de forma a prejudicar a coletividade.

Entretanto, os instrumentos utilizados pelo poder público, no caso as Apacs, deixaram de observar princípios e garantias constitucionais, como o direito de propriedade que está pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, e que tal instrumento acaba mitigando as garantias do proprietário, como usar, gozar, fruir e dispor de seu imóvel.

Como dito anteriormente, sugere uma manobra de fácil execução e subordinação de seus municípios, posto que a Apac utilizada tem os mesmos objetivos do tombamento, porém, não tem previsão de contraditório, de ampla defesa, ambos princípios constitucionais.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 11.

O poder público possui ferramentas adequadas para atingir seus objetivos, se a preocupação gira em torno da preservação do patrimônio cultural do Município, porque apenas alguns bairros, e determinados imóveis foram afetados, sem que houvesse nenhuma especificação do bem quanto aos seus elementos culturais pelos quais mereçam ser preservados.

A legislação Municipal anterior a CRFB/88, previa o tombamento de bens imóveis, com previsão do procedimento do devido processo legal, isto é, contraditório e ampla defesa, observando o princípio da simetria das leis. A Lei Municipal n. 166, de 27 de maio de 1980¹⁷, tem a seguinte previsão:

Art. 1º - Compete ao Prefeito, ouvido previamente o Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural do Rio de Janeiro, decidir sobre os atos de tombamento e destombamento, conforme o disposto nesta lei.

Art. 2º - O tombamento de bem pertencente a pessoa natural ou a pessoa jurídica de direito privado se fará compulsória ou voluntariamente.

§ 1º - O tombamento compulsório será iniciado pelo Presidente ou qualquer dos membros do Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural do Rio de Janeiro.

§ 2º - O tombamento voluntário será iniciado pelo proprietário do bem ou seu representante legal por proposta endereçada ao Presidente do Conselho.

§ 3º - Em qualquer das hipóteses dos parágrafos anteriores, o Presidente submeterá ao Conselho o processo de tombamento para emissão de parecer prévio, que será encaminhado ao Prefeito.

§ 4º - Recebido o parecer prévio de que trata o parágrafo anterior, compete ao Prefeito determinar o seguimento do processo ou o seu arquivamento.

Art. 3º - Determinado o seguimento do processo de tombamento compulsório na forma do § 4º do artigo anterior, o Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural do Rio de Janeiro notificará o proprietário ou o possuidor do bem para manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

Parágrafo Único - Decretado o prazo de que trata o caput deste artigo, o Conselho emitirá parecer final, submetendo-o à decisão do Prefeito.

Art. 4º - Determinado o seguimento do processo de tombamento voluntário na forma do § 4º do Art. 2º desta lei, o Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural do Rio de Janeiro emitirá parecer final, submetendo-o à decisão do Prefeito.

Contudo, a redação da Lei Orgânica Municipal do Rio de Janeiro¹⁸, atualizada, previa em seus artigos, abaixo mencionados, mais especificamente no art. 430, II, "d", a possibilidade de um instrumento de execução de política de meio ambiente. Assim, podendo declarar por meio de um ato administrativo uma determinada área de preservação ou de proteção ambiental, ou seja, não previu que seria feito um ato administrativo, por meio de

¹⁷BRASIL. Lei n. 166, de 27 de maio de 1980. Disponível em: <<http://cm-rio-de-janeiro.jusbrasil.com.br/legislacao/218901/lei-166-80>>. Acesso em: 29 out. 2016.

¹⁸BRASIL. Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/@@static/10112/4946719/4126916/Lei_Organica_MRJ_consultada2015.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016.

Decreto do Executivo, sem o devido processo legislativo, para limitar o direito de propriedade sem o contraditório por parte dos munícipes afetados.

Art. 430 - Para assegurar as funções sociais da Cidade e da propriedade, o Poder Público poderá valer-se dos seguintes instrumentos, além de outros que a lei definir:
II - de caráter jurídico-administrativo: a) desapropriação por interesse social ou utilidade pública; b) serviços administrativos e limitações administrativas; c) tombamento de imóveis; d) declaração de áreas de preservação ou proteção ambiental; e) concessão real de uso ou domínio; f) concessão de direito real de uso revocável; g) lei de parcelamento do solo urbano; h) lei de perímetro urbano; i) código de obras e edificações; j) código de posturas; k) lei de solo criado; l) código de licenciamento e fiscalização;

A lei orgânica do Município, no seu art. 462, III, conforme citada abaixo, prevê a criação de unidades de conservação, áreas de preservação, áreas de proteção ambiental, enfim, não menciona nada a respeito de limitação de propriedade particular sem o devido processo legal.

Art. 462 - São instrumentos de execução da política de meio ambiente estabelecida nesta Lei Orgânica:

I - a fixação de normas e padrões como condição para o licenciamento de atividades potencialmente poluidoras;

II - a permanente fiscalização do cumprimento das normas e padrões ambientais estabelecidos na legislação federal, estadual e municipal;

III - a criação de unidades de conservação, tais como áreas de preservação permanente, de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico ou cultural, parques municipais, reservas biológicas e estações ecológicas;

IV - o tombamento de bens;

V - a sinalização ecológica.

Parágrafo único - As disposições dos incisos III e IV poderão ser aplicadas por lei ou por ato do Poder Executivo. - Declarada a Inconstitucionalidade na RI n.º 65/2006 da expressão grifada - com efeito ex-ante.¹⁰

Ademais, mesmo que o interesse público seja prevalente, as decisões sempre deverão ser motivadas a partir da lei, para que atos discricionários não se transformem em atos arbitrários.

O que se questiona no presente artigo é a forma que o chefe do Executivo encontrou para atingir um objetivo sem maiores questionamentos, não se importando com crescente número de ações que iam atribular ainda mais o judiciário, haja vista, ser patente o desrespeito pela Lei em sentido amplo, e os princípios constitucionais que são a espinha dorsal de toda norma jurídica.

¹⁰ BRASIL. Declaração de inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://mail.camara.jf.gov.br/APL/Legislativos/conflei.usf3f7d308f5451ba03257712004e03e1/6d8de8658f1264303257720004e04a3>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

Impende observar que o inciso IV do art. 462 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, foi julgada inconstitucional por não poder tratar a lei de tombamento, visto que deveria observar a separação dos poderes, conforme o julgado²⁰ abaixo:

EMENTA do Acórdão Representação por Inconstitucionalidade. Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, art. 462, parágrafo único, que admite o tombamento de bens particulares, também via ato de Poder Legislativo. Proposição da ação pelo Sr. Prefeito do Município. Desrespeito ao disposto nos arts. 7º e 324, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. O Poder Legislativo Municipal ao tomar a iniciativa de legislar sobre determinado tombamento, regulando-o e definindo o modo de sua execução, invade a esfera da competência que a Constituição define para o Poder Executivo, rompendo com o princípio da separação e harmonia dos poderes. O tombamento é ato administrativo por meio do qual a Administração Pública manifesta sua vontade de preservar determinado bem. E como interfere no direito de propriedade do particular, deve ter início através de processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa ao proprietário do bem, sob pena de nulidade e não por norma legal, que, no caso, estaria desvestida do atributo de generalidade. Assim, cabe a declaração de inconstitucionalidade dos termos tidos por próprios constantes da norma jurídica impugnada. Agravo Interno prejudicado por perda da oportunidade de sua apreciação isolada. Representação de Inconstitucionalidade julgada procedente.

Observa-se que a declaração de inconstitucionalidade do referido inciso do artigo supramencionado, refere-se ao tombamento que estava previsto na Lei Orgânica, com a justificativa da inconstitucionalidade oriunda do desrespeito a separação dos poderes, pois deveria ser de iniciativa do chefe do Executivo, porém por meio de lei que deve seguir o devido processo legislativo, com a apresentação à câmara dos vereadores para que possam discutir e aprová-la.

Imperioso mencionar a parte do voto do desembargador no que diz respeito ao devido processo legal que deve seguir o processo de tombamento, por se tratar do direito de propriedade do particular, assim devendo observar o direito e garantia de ampla defesa e contraditório.

Logo, conclui-se que ao retirar da lei orgânica a possibilidade de tombamento, cujo processo é mais amplo e minucioso, o chefe do Executivo, sem maiores preocupações, editou decreto no qual instituiu as Apacs com o formato de tombamento, pois limita a propriedade da mesma maneira, porém sem o direito ao devido processo legal. Pois se fosse fácil limitar a propriedade com as características do tombamento, não precisaria de lei específica para este procedimento administrativo.

²⁰ BRASIL. Declaração de inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contleis.asp?ID3088F5451ba02257712004e03e1/6d88e8858f1264303257720004e04a3>>. Acesso em: 08 de mar. 2017.



CONCLUSÃO

A limitação Administrativa que emerge de um ato do Chefe do Executivo, que no caso do Município é o Prefeito, impõe ao proprietário de bem imóvel uma limitação da sua propriedade com características de tombamento, porém sem dar-lhe o direito constitucional do contraditório e ampla defesa.

O tombamento tem previsão constitucional. O art. 22, incisos I, II e III, da Constituição Federal prevê que a União editará normas gerais sobre a intervenção na propriedade, restando ao Município a edição de normas suplementares às dos Estados, e aos Estados a da União. Porém não há nenhuma previsão para se instituir uma Lei com os mesmos efeitos jurídicos do tombamento, com mera alegação de preservação cultural, sendo que aquele tem previsão constitucional e prevê os procedimentos necessários para a intervenção na propriedade privada, visto que a propriedade é um direito previsto na Carta Magna e norteia-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não devendo se sobrepor a isso o desejo do Prefeito.

Diante das consultas adotadas pelo Prefeito do Município, fica evidente a descaracterização do instituto de tombamento pelas Apara's editadas ao longo de seus mandatos, para que pudessem atingir seus interesses particulares e até mesmo fazendo as vezes de uma real política urbana, a qual deve obediência a lei formal. Diante dessas manobras legislativas, pode-se concluir que por meio da limitação da propriedade o crescimento demográfico de determinados bairros de classe alta estaria controlado, visando assim, a valorização de seus imóveis e de outros bens de seus interesses particulares.

Ademais, existem diversos julgamentos em que o poder judiciário mandou anular o ato, por entender que não houve respeito aos princípios e normas constitucionais. Com o dever de zelo, o Judiciário observou que não deve prevalecer o ato administrativo em que não esteja de acordo com a Lei maior.

O ato unilateral, pois sendo um Decreto expedido pelo Prefeito, tenta atingir um objetivo de interesse particular, no qual sequer especificou quais as características do patrimônio cultural que possui essa ou aquela propriedade merecedora de preservação cultural, sem nenhum critério objetivo, pois o que se percebe é que são propriedades pequenas, ainda passíveis de construção e de interesse do mercado imobiliário.

Portanto, o Prefeito diminuiu a força e o direito de defesa com a edição das Apara's, sendo muito mais factível a sua utilização ao tombamento, pois não oportuniza o devido processo legal, somente consta a relação dos bens com os seus respectivos endereços e as suas



limitações. Ora, clara está a intenção de burlar a legislação urbanística em vigor, assim como o abuso de direito perpetrado pelo Chefe do Executivo Municipal, que em notório desvio de finalidade utilizou-se da aludida preservação para, unilateralmente, imputar concretamente os efeitos de um tombamento.

Cediço que não é constitucional e nem moral o Decreto Municipal editado por seus respectivos Prefeitos, cada qual em seu mandato. Certo que já existe norma para tratar do mesmo assunto de interesse público, desta feita, sem cabimento criar outra norma de igual efeito jurídico, qual seja, limitar direito de propriedade particular, e mais grave, sem o devido processo legal, a fim de atingir de forma mais fácil interesse próprio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Declaração de inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/3f7d30f8ff5451ba03257712004e03e1/6cdfde8658f1f264303257720004a94a3>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Decreto Lei n. 25 de 30 de novembro de 1937. Disponível em: <http://portal.jphan.gov.br/uploads/legislacao/Decreto_no_25_de_30_de_novembro_de_1937>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. Lei n. 166 de 27 de maio de 1980. Disponível em: <<https://cm-rio-de-janeiro.jusbrasil.com.br/legislacao/285901/lei-166-80>>. Acesso em: 29 out. 2016.

_____. Lei Complementar n. 16, de 04 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/14767253/artigo-132-lc-n-16-de-04-de-junho-de-1992-do-municipio-do-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 29 out. 2016.

_____. Lei Complementar n. 111 de 01 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/html>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4946719/4126916/Lei_Organica_MRJ_comaltdo205.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

FARIA, Edimar Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.



MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.



A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DA INATIVIDADE PARLAMENTAR

Tatiana Mayranda Oliveira
Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA) – Rio de Janeiro/RJ.
Graduada em Jornalismo pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) – Rio de Janeiro/RJ. Pós-graduada em Gestão de Negócios pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC) – Rio de Janeiro/RJ.

Resumo – desde a promulgação da Constituição de 1988, o debate em torno da normatividade e eficácia das disposições constitucionais ganha cada vez mais atualidade, razão pela qual o presente trabalho tem como objetivo enfrentar a discussão acerca da teoria da eficácia das normas constitucionais e seu desdobramento no âmbito das decisões emanadas pela Corte Constitucional brasileira. Para tanto, outro caminho não há senão enfrentar o argumento dos críticos de que o ativismo judicial representa grave violação ao Princípio Democrático da Separação de Poderes, por invadir a esfera de deliberação do Poder Legislativo; da falta de legitimidade democrática dos membros do Judiciário; dos riscos da politização da justiça; e da necessidade de se fixar limites exegéticos à atuação dos magistrados.

Palavras-chave – Pós-positivismo. Direitos e garantias fundamentais. Estado Democrático de Direito. Princípio da Separação de Poderes. Ativismo judicial.

Sumário – Introdução. 1. Pós-positivismo: a superação do sistema fechado de regras jurídicas. 2. Teoria Concretista: a consagração da efetividade das normas constitucionais pelo STF. 3. Ativismo judicial e dificuldade contramajoritária: a legitimidade da atuação do Judiciário no espaço de conformação dos outros Poderes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo enfrentar a discussão acerca da teoria da eficácia das normas constitucionais, à luz da dogmática pós-positivista, e seu desdobramento no âmbito das decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), Corte Constitucional brasileira. Para tanto, outro caminho não há senão enfrentar o argumento dos críticos de que o ativismo judicial representa grave violação ao princípio democrático da separação de poderes, por invadir a esfera de deliberação do Poder Legislativo.

É bem de ver que a escolha do tema decorre, pois, do papel de grande relevo assumido pelos direitos e garantias fundamentais em um Estado Democrático de Direito: limitar a atuação do Estado, proteger os indivíduos de eventuais arbitrariedades cometidas pelo poder público ou por seus pares, bem como garantir, de forma ampla, a dignidade da pessoa humana.



Ao envolver debate acerca das tensões entre constitucionalismo e democracia, o estudo da comissão legislativa na edição de normas que garantam a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, como também os efeitos dessa inércia injustificada, ultrapassa os interesses dos profissionais de Direito, alcançando-se a tema de vital relevância a toda a coletividade.

Inaugurando a reflexão sobre a efetividade dos mandamentos constitucionais, a primeira seção deste estudo projeta o postulado pós-positivista e as mudanças radicais por ele trazidas no tocante à teoria da eficácia das normas constitucionais, em especial a consolidação da sua força normativa. Na sequência, cumpre analisar o marco de incorporação da dogmática pós-positivista pelo Poder Judiciário brasileiro com a adoção da Teoria Concretista pelo STF. O terceiro capítulo destina-se a fomentar uma reflexão crítica sobre o tema ao discurrir sobre os obstáculos à concretização judicial do direito fundamental *in concreto*.

A pesquisa pauta-se em uma abordagem qualitativa, com base no método hipotético-dedutivo, no qual se inicia o estudo científico a partir de um problema observado no mundo dos fatos, que será analisado com vistas, ao final, conduzir a uma possível solução. Para atingir tal objetivo metodológico, serão usadas como fontes de pesquisa bibliografia e jurisprudência pertinentes ao tema.



1. PÓS-POSITIVISMO: A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA JURÍDICA

Até meados do século XIX, o discurso positivista, cujas bases teóricas refletiam a teoria da tripartição de poderes, prevaleceu na Europa. À luz da obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis*, caberia ao Poder Legislativo, máxima da vontade popular, a criação de normas; ao Executivo, também escolhido pelo povo, promover a execução das leis e a direção central do Estado; e ao Judiciário, repositório da legislação, a função de aplicá-las¹.

A obra mais notória da corrente positivista pode ser atribuída à *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen. O formalismo das premissas da ciência jurídica corporificou-se no discurso kelseniano, segundo o qual o direito deveria ater-se apenas às normas escritas, distanciando-se de considerações políticas, sociológicas ou de qualquer outro ramo do conhecimento humano².

O positivismo, porém, foi alvo de duras críticas. O juízo negativo de seu legado surgiu como consequência da construção teórica forjada por líderes autoritários, que se utilizaram do apego ao formalismo legal para legitimar as barbáries por eles perpetradas.

Não por acaso, com o fim da II Guerra Mundial, teve início na Europa um processo de reconstitucionalização, que perdurou por toda a segunda metade do século XX. Progressivamente, a Constituição foi alçada a lugar de destaque no ordenamento jurídico e o Direito Constitucional atraiu preponderância sobre as instituições contemporâneas³.

Em tempos de reconstrução social e científica, diversas correntes surgiram, caminhando entre vertentes mais fechadas até enfoques que passaram a tratar o direito para além do que é propriamente juridicizado, em uma tentativa de aproximação entre o direito e a ética.

O marco filosófico de tais transformações ficou conhecido por *pós-positivismo*. A consolidação da dogmática pós-positivista desencadeou a superação do sistema fechado de regras jurídicas, substituindo-o por novos vetores axiológicos, que foram incorporados à hermenêutica constitucional.

Para além da supremacia formal de que sempre desfrutou, haja vista ser, “o primeiro documento na vida jurídica do Estado – assim do ponto de vista lógico-cronológico como

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neocostitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/7547/neocostitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

hierárquico –”, a dogmática pós-positivista conferiu à Constituição supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios⁴.

O reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais pôs em xeque as práticas judiciais europeias, segundo as quais inadmissível que se invocasse a Constituição para a pacificação de litígios, ou como fundamento de validade das leis, condicionando-se a concretização de seus preceitos à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador⁵.

A partir do pressuposto de Constituição como norma jurídica, toda norma constitucional – seja ela regra ou princípio – tem efetividade e eficácia social e, neste sentido, torna-se capaz de gerar direitos e obrigações de forma plena e integral, mas não meramente negativa e/ou parcial.

No tocante às normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de a norma vigente – assim considerada aquela já submetida a regular promulgação e publicação – atuar os objetivos nela traduzidos, isto é, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador.

De acordo com José Afonso da Silva⁶, tomando-se como ponto de partida a eficácia jurídica, as normas constitucionais comportariam uma classificação tripartite, assim enunciada: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

São entendidas como normas de eficácia plena aquelas disposições constitucionais que, por serem dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependem da atuação do legislador ordinário para que alcancem sua plena efetividade. As normas de eficácia plena, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou estão aptas a produzir todos os efeitos jurídicos que o legislador constituinte almejou regular⁷.

Classificam-se como normas constitucionais de eficácia contida aquelas normas dotadas de aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Muito embora o legislador constituinte tenha regulado suficientemente a matéria, há, em tais normas, margem

⁴ BAREDO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

⁵ STRECK, Lélio Luiz. *Pérfido à obra inconstitucionalismo e positivismos jurídicos*, de Éric Oto Ramos Duarte e Susana Pozzoli. 2. ed. São Paulo: Lendy, 2010, p. 204.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 248.



à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados⁸.

As normas constitucionais de eficácia limitada, por sua vez, caracterizam-se, essencialmente, por sua aplicabilidade indireta e reduzida. Por não terem recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente, tais normas não estariam aptas, por si só e desde logo, de serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos. Por esta razão, careceriam de intervenção do legislador ordinário⁹.

A reconstrução hermenêutica focada na superação do sistema fechado de regras jurídicas, imposta pela dogmática pós-positiva, alindam um novo olhar sobre a interpretação constitucional.

Na essência da dogmática pós-positivista, e aí consiste o seu maior desafio, a efetividade das normas constitucionais supera o reconhecimento de um mínimo efeito, qual seja, o de vinculação do legislador infraconstitucional aos seus vetores, bem como prescinde de intervenção legislativa, fulminando a classificação adotada por José Afonso da Silva.

Por força de tal intelecção, as normas de eficácia limitada teriam sim o condão de gerar direitos públicos subjetivos *de per se*, sendo inadmissível um Estado Democrático de Direito no qual a inércia do legislador em promover a regulamentação de tais normas respalde o não exercício de quaisquer tipos de direito, em especial os fundamentais.

Superando o entendimento de que as normas de eficácia limitada seriam meros comandos axiológicos de eficácia meramente negativa, os preceitos constitucionais, tais quais normas ou princípios, assumem a posição de normas jurídicas diretamente sindicáveis perante o Poder Judiciário.

2. TEORIA CONCRETISTA: A CONSAGRAÇÃO DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PELO STF

Entre as inovações trazidas pela Constituição de 1988, encontra-se o mandado de injunção, previsto no art. 5º, inciso LXXI, da CRFB/8810. Trata-se de uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, posta à disposição de quem se

⁸ SARLET, *op cit.*, p. 248.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 2 mar. 2017.



considerar titular de qualquer direito, liberdade ou prerrogativa constitucionais invioláveis por ausência de norma regulamentadora.

Nos primeiros deztoitos anos de vigência da Carta Política, o STF entendeu e fixou sua jurisprudência na qual considerava que o mandado de injunção seria uma declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo inadimplente para que promovesse a integração normativa do dispositivo constitucional nela objetivado¹¹.

Um dos precedentes que melhor representa o entendimento do STF adotado neste primeiro momento é o MI 219/DF¹²:

[...] mandado de injunção, de iniciativa de Deputados Federais pelo Estado de São Paulo, para que o Supremo Tribunal determinasse, em sessão, o número de representantes daquela unidade da federação na Câmara dos Deputados, diante do vício legislativo, decorrente de não ter sido elaborada a lei complementar, prevista no art. 45, § 1, da Constituição. Legitimidade ativa dos impetrantes, como cidadãos, titulares de prerrogativas político-jurídicas que são inequivocamente difusas, mas por sua própria natureza. Pedido deferido, em parte, dentro dos limites de provisão constitucionalmente cabível, para, reconhecidas a omissão e a mora apontadas, dar ciência das mesmas ao Congresso Nacional, a fim de que supere a omissão. Votos vencidos, tanto no tocante à preliminar de legitimidade, como a propósito da extensão ou finalidade do deferimento da medida [...].

A posição não-concretista, também conhecida como abstrata, foi muito criticada pela doutrina. Arguam os doutos que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão realmente teria a finalidade de dar ciência da omissão inconstitucional ao órgão responsável para a elaboração da norma faltante¹³. Entretanto, não seria razoável que o legislador atribuísse o mesmo objetivo para institutos diversos, podendo-se concluir que a finalidade do mandado de injunção seria distinta daquela garantida à ADIn por omissão.

Em outro julgado da década de 1990, o STF demonstrou uma nova tendência. Além de reconhecer a mora legislativa, a Suprema Corte brasileira passou a fixar um prazo para que a norma fosse editada. Caso não ultimado, neste interim, o processo legislativo, ficava assegurado ao impetrante a faculdade de obter, em juízo, em face do órgão omissor, sentença líquida de indenização por perdas e danos¹⁴.

¹¹ HENRIQUES, Cristina Gindice Batista. *A nova interpretação do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <<http://www.conteidh.br.br/txts/24869.pdf>>. p. 15. Acesso em: 2 mar. 2017.

¹² BRASIL. STF. MI 219/DF. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 22 de ago. 1990. Acesso em: 2 mar. 2017.

¹³ HENRIQUES, op. cit. p.10.

¹⁴ BRASIL. STF. MI 283/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 20 de mar. 1990. Acesso em: 2 mar. 2017.

[...] **mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8, § 3, ADCT: (...). 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8, § 3, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável [...].**

O julgamento do MI 232/RJ demonstrou, por sua vez, determinado avanço de posicionamento do STF, pois, além da declaração da mora e concessão de prazo para a edição da norma, restou assegurada ao impetrante a possibilidade de gozar do direito reclamado, caso o prazo fixado transcorresse *in albis*¹⁵.

[...] **mandado de injunção. – Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no §7, do artigo 195, da Constituição Federal. – Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, prestar a requerente a gozar da inércia requerida [...].**

Em 25 de outubro de 2007, com o julgamento dos MIs 670, 708 e 712, a intenção de reverter o posicionamento anteriormente adotado foi deflagrada, sinalizando uma progressiva preocupação com a efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, no que ficou identificada como fase concretista. Colacionam-se alguns trechos dos MIs 670¹⁶ e 712¹⁷, respectivamente:

¹⁵ BRASIL. STF. MI 232/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 1 de ago. 1991. Acesso em: 2 mar. 2017.

¹⁶ BRASIL. STF. MI 670/MS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 de out. de 2007. Acesso em: 2 mar. 2017.

¹⁷ BRASIL. STF. MI 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 25 de out. de 2007. Acesso em: 2 mar. 2017.



[...] no julgamento da MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferia ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional concreta, igualmente, a mora do órgão ou poder legislativo, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por normas mais benéficas, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plano de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções normativas para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV) [...].

[...] diante de mora legislativa, compete ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desmatadas de eficácia [...] 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil rechaça regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social [...] 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar, o que se afiguraria inconstitucional, por ferir a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição do Brasil) e a separação dos poderes (art. 60, § 4º, III), é inexistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado precedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil [...].

A evolução no entendimento quanto à eficácia do mandado de injunção, e com ela a delimitação dos contornos de sua natureza jurídica, buscou, em última análise, dar concretude à Constituição de 1988. Dessa forma, ao agir para tornar viável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, o Poder Judiciário não lança preceito abstrato na ordem jurídica, mas apenas viabiliza, no caso concreto, o exercício do direito, fazendo lei entre as partes, como qualquer processo subjetivo¹⁸.

¹⁸HENRIQUES, op. cit., p. 23.



Não obstante, fica a decisão integrativa emanada pelo Judiciário sujeita, até mesmo, a uma condição resolutiva, qual seja, o suprimento da lacuna regulamentadora pelo Poder Legislativo¹⁹.

3. ATIVISMO JUDICIAL E DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA: A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ESPAÇO DE CONFORMAÇÃO DOS OUTROS PODERES

O ativismo judicial busca sua origem na jurisprudência norte-americana. Está associado a uma "participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes"²⁰.

Como espectro de sua precípua competência judicante, ao Judiciário impede reconhecer, outrossim, o exercício de funções normativas complementares à atividade do Poder Legislativo, sem que se vislumbre qualquer espécie de afronta ou desprestígio àquele Poder.

À luz da teoria constitucional que atribui força normativa à Constituição, a atuação dos direitos e garantias fundamentais, como meio para se atingir a liberdade e a igualdade – vetores axiológicos do próprio Estado Democrático de Direito – pressupõe a competência da jurisdição constitucional no sentido de conferir maior efetividade a tais direitos, seja quando os poderes públicos mantêm-se inertes quanto à edição de norma regulamentadora, quando não criam políticas públicas para a sua implementação, ou, simplesmente, quando essas mostram-se insuficientes para garantir o direito pleiteado.

Outra questão subjacente à legitimação democrática do Poder Judiciário é a denominada dificuldade contramajoritária. O termo contramajoritário consiste em expressão cunhada, nos anos 1960, por Alexander Bickel "com o objetivo de definir a atuação do Poder Judiciário nas situações em que o provimento decisório proscruva o direito objetivo legitimamente oriundo da atividade parlamentar". Assim agindo, sobretudo com o objetivo de

¹⁹ HENRIQUES, *op. cit.*, p. 23.

²⁰ BARROSO, *op. cit.*, p. 5.



garantir o cumprimento de preceitos constitucionais, o Poder Judiciário é alvo de ponderação lançada no sentido de que se arvora em função para a qual não se encontra legitimado²¹.

Desta sorte, sempre que o STF formula supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico, ao julgar mandado de injunção, grande objeção faz-se no sentido da tensão entre a atuação do Judiciário e o processo político majoritário²².

Isso porque os membros do Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo são agentes públicos eleitos, investidos em seus cargos pela soberania da vontade popular. “O mesmo não se passa com os membros do Poder Judiciário, cuja investidura dá-se, como regra, por critérios essencialmente técnicos, sem eleição popular”²³.

A noção de democracia, contudo, não se restringe ao Princípio Majoritário, existindo outros tantos princípios fundamentais que devem ser preservados. Ao se analisar a dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional, não se pode deixar de lado os problemas da representação, bem como o arranjo institucional mais adequado à proteção da constitucionalidade.

A Democracia Constitucional tem como uma de suas características proteger as próprias instituições democráticas e, notadamente, as minorias eventualmente vencidas em processos decisórios majoritários. A atuação do Judiciário no sentido de reconhecer aplicabilidade direta e imediata às normas constitucionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República.

Ao tratar da dificuldade contramajoritária, observa Mauro Cappelletti²⁴:

[...] parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um Judiciário constantemente independente de caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à Democracia; e para isso muito pode colaborar um Judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não-governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas [...].

²¹ ALBERTO, Tiago Gugliano Pinto Alberto. *A dificuldade contramajoritária – versões tradicional e literal*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6b4017c4c62682a>>. p. 2. Acesso em: 2 mar. 2017.

²² BARROSO, *op. cit.*, p. 309.

²³ *Ibidem*.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Atos Legislativos?* Tradução Carlos A. A. Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 107.



Forçoso reconhecer, portanto, que o fundamento para o Poder Judiciário sobrepor sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes – enunciando o texto normativo falhante ante a injustificada omissão legislativa – encontra respaldo na confluência de ideias advindas do Constitucionalismo Democrático.

Vale ressaltar que a maior parte dos Estados Democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agente públicos que não são recrutados pela via eleitoral. Assim, a intervenção do Judiciário, ao sanar uma omissão legislativa, ainda que atuando contramajoritariamente, funciona como instrumento garantidor da própria Democracia.

Nesse sentido, enquanto Legislativo e Executivo seguem a legitimação popular, porquanto eleitos diretamente, ao Judiciário atribui-se-lhe o poder de contrabalançar esta equação e garantir os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição.

Para tanto, ressalte-se que a Constituição não tem por função defender apenas o Princípio Majoritário, mas também proteger os direitos e garantias fundamentais, outro aspecto da democracia, mesmo que contra a vontade circunstancial do detentor da maioria de votos. E o guardião e intérprete final da Constituição é, de forma indelével, o STF.



CONCLUSÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988, o debate em torno da normatividade e eficácia das disposições constitucionais ganha cada vez mais atualidade.

Na ordem do dia como o principal desafio do Estado Democrático de Direito, os anseios da sociedade em fazer valer imediata e diretamente os direitos subjetivos assegurados pela Constituição invocam rupturas dogmáticas, axiológicas e hermenêuticas, bem como uma releitura na atuação do próprio Estado-juíz.

Frequentemente provocado a manifestar-se sobre questões afetas aos demais Poderes, em especial o controle das omissões normativas na esfera dos direitos e garantias fundamentais – objeto deste artigo –, o Judiciário insurge-se como alternativa à situação de recorrente inefetividade que assola os mandamentos constitucionais.

A constatação da intervenção do Poder Judiciário em muitas situações envolvendo as normas constitucionais é fútil, como visto, das mais diversas objeções. Há um sem número de críticas abrangendo a situação positiva do STF no tocante à atribuição de efetividade aos direitos e garantias fundamentais, dentre as quais a ofensa ao Princípio da Separação de Poderes.

Em que pese a argumentação da falta de legitimidade democrática dos membros do Judiciário, dos riscos da politização da Justiça e dos limites institucionais daquele, a intervenção judicial, até onde se pode perceber, tem se mostrado uma solução, e não um problema.

Reconhece-se que a omissão desamada do Poder Legislativo não encontra respaldo em um Estado que se pretende democrático e de direito, haja vista que a tutela e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais constituem o cerne para a realização da própria Constituição, ao passo que limitadores do poder absoluto e arbitrário.

Diante da paralisia e do descrédito que acometem o Parlamento e a Administração Pública do país, cuida o presente trabalho de propagar o valor jurídico do que se convencionalmente chama ativismo judicial.

Ao evitar que a norma constitucional seja esvaziada a ponto de se transformar em invólucro normativo vazio de efetividade, a atribuição de normatividade plena à Constituição simboliza avanço do qual não se pode renunciar.

O que ora se propaga não é a criação jurisprudencial do direito careste de limites e racionalidade – sob pena, ai sim, de se incórrer em inaceitável retrocesso às ordens

constitucionais anteriores, com a predominância cêntrica de determinado Poder em detrimento dos demais.

Há que se buscar limites energéticos capazes de conciliar o ativismo judicial ao necessário respeito ao Princípio da Separação de Poderes, sem perder de vista, por óbvio, o cerne axiológico do ordenamento constitucional brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

E não é diferente o que se observa na prática. Desde a adoção da Teoria Concretista pelo STF, em 2007, as decisões ativistas emanadas da Corte Constitucional brasileira, além de eventuais, estão adstritas à aplicação integrativa de norma emanada do Legislativo, a exemplo da Lei nº 7.783/88, que dispõe sobre o exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada.

Desta sorte, ao agir para tornar viável o exercício de direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário não lança preceito abstrato na ordem jurídica, mas apenas viabiliza, no caso concreto, por meio de aplicação de norma supletiva, o exercício do direito, fazendo lei entre as partes, como qualquer processo subjetivo.

Não obstante, fica a decisão integrativa emanada pelo Judiciário sujeita, até mesmo, a uma condição resolutiva, qual seja, o suprimento da lacuna regulamentadora pelo Poder Legislativo, haja vista a inexistência de democracia sólida sem um legislativo atuante e investido de credibilidade.

Enquanto os legítimos detentores da competência legiferante não se manifestarem, caberá, portanto, aos magistrados suprir a lacuna por eles deixada, pois, por mais críticas que se façam ao ativismo judicial, ele é ainda menos nocivo ao Estado Democrático de Direito do que o inativismo parlamentar.



REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto Alberto. *A dificuldade contramajoritária – versões tradicional e literal*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6b4017c4cf26882a>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Ne Constitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/7547/neconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 283/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 20 de mar. 1990. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 283/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 20 mar. 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 219/DF. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 22 ago. 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 232/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 1 ago. 1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 670/ES. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 25 out. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução Carlos A. A. Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

HENRIQUES, Cristina Giudice Batista. *A nova interpretação do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24869.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia das direitas fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Posfácio à obra Ne Constitucionalismo e positivismo jurídico*, de Écio Otto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

A DESCRIMINALIZAÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

Thais de Carvalho Kronemberger

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense – Niterói/RJ. Pós-graduada em Direito Processual Civil e Gestão Jurídica pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC) – Rio de Janeiro/RJ.

Resumo – a superlotação carcerária é um problema que tem ganhado espaço nas discussões acadêmicas por todo o país e também perante a sociedade e tribunais de todas as regiões. Isso porque, verifica-se no Brasil uma grande necessidade de encontrar soluções para tal calamidade, uma vez que a incolumidade física e o respeito aos direitos básicos são direitos fundamentais que devem ser garantidos também aqueles que se encontram encarcerados, tendo em vista que a própria Constituição Federal é expressa nesse sentido. É nesse contexto que se faz necessária a discussão de maneiras alternativas para a diminuição da população carcerária. Assim, o presente trabalho destaca como uma das soluções plausíveis a descriminalização de alguns tipos penais, o qual, por fim irá consequentemente diminuir a quantidade de presos em todos os sistemas penitenciários. Abrange sobretudo a constitucionalidade de tal medida, bem como sobre as reformas necessárias para tanto. Assim, analisa-se sob o cerne da Constituição Federal como a descriminalização de condutas no Código Penal se apresenta como uma solução plausível e viável para a resolução da problemática da superlotação carcerária brasileira.

Palavras-chave – Superlotação Carcerária. Descriminalização. Medidas alternativas. Direitos e garantias fundamentais. Estado Democrático de Direito. Descriminalização das drogas. Reforma legislativa. Atuação conjunta dos poderes. Sociedade.

Sumário – Introdução. 1. O problema da superlotação carcerária brasileira. 2. A descriminalização como solução para o problema da superlotação carcerária. 3. Medidas necessárias para a efetivação da descriminalização. Conclusão. Referências.



INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como objetivo trazer ao leitor uma nova perspectiva sobre a problemática da superlotação carcerária brasileira. Atualmente, é possível verificar que a população carcerária e a superlotação das penitenciárias dos Estados Federados têm se tornado um tema de grande debate, tanto na área acadêmica quanto nos diversos tribunais afora. O sistema penal brasileiro tem sofrido com tal crise e precisa estudar novas formas de esvaziamento da população encarcerada. Alguns fatores contribuem para a crise da superlotação, dentre eles, pode-se destacar a enorme quantidade de condutas tipificadas no código penal que tem como pena o regime de reclusão. O problema da superlotação e infraestrutura das prisões brasileiras põe em cheque o sistema penal vigente no Brasil.

É inegável que esse contexto atual nos instere em um campo fértil para a discussão de maneiras alternativas para a resolução do caso carcerário. Nesta serra, vem se destacando a descriminalização de crimes como uma das maneiras viáveis e efetiva para o enfrentamento da questão. Para tanto, utilizam-se o presente trabalho de posições doutrinárias, jurisprudenciais e notícias a respeito do tema, para que se consiga discutir se a descriminalização de condutas tipificadas no Código Penal é uma solução viável e efetiva para diminuir a população carcerária.

O debate é atual e polêmico, haja vista que envolve uma profunda mudança na política criminal do Brasil, bem como provoca um debate com a sociedade, acerca das alterações das formas de repressão ao crime. Trazendo o debate da descriminalização como solução para o problema carcerário brasileiro, suscita-se no leitor a vontade de resolver tal celexma, que envolve não só a população aprisionada como também toda a sociedade brasileira. O debate para solucionar a crise não pode ser adiado, sob pena de o sistema penal não “sobreviver” a tão grande prova de resistência.

Para a melhor compreensão do tema, apresenta-se dados estatísticos e notícias relevantes para trazer ao debate jurídico a urgência necessária para a discussão do tema. Ainda, esclarece-se o conceito visto na atualidade sobre a “cultura do encarceramento” e quais são as consequências de sua utilização para a repressão penal intensa vista atualmente.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a problemática da superlotação carcerária no Brasil relacionando tal questão ao número de prisões efetuadas

no nosso sistema penal abastecendo a chamada “cultura do encarceramento”, bem como apresentando ao leitor os dados estatísticos das prisões no Brasil.

Segue-se, no segundo capítulo, apresentando a descriminalização de alguns tipos penais como uma das formas de reduzir a população carcerária brasileira e minorar o problema de falta de infraestrutura dos presídios brasileiros. Admite-se como exemplo, neste capítulo, a questão da legalização da maconha, trazendo-se dados e estudos para esmielcer o debate posto.

O terceiro capítulo dedica-se a analisar quais são as medidas necessárias para a efetivação da descriminalização como solução sob a ótica do Estado democrático de Direito. Procura-se discutir quais seriam as reformas legislativas, judiciais e institucionais necessárias para a modificação do sistema atual.

A pesquisa em questão adotará uma abordagem qualitativa, utilizando-se, do método hipotético-dedutivo. Em tal método, a pesquisa científica é visualizada partindo-se de uma questão polêmica que será tratada ao longo do trabalho para que ao final apresente-se uma possível solução.



1. O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

Atualmente, um dos problemas mais graves que atinge o sistema penal brasileiro é a superlotação prisional. É inegável que grande parte - para não dizer a totalidade - dos estabelecimentos carcerários estão superlotados. Não há dúvidas que as prisões quando se apresentam em excesso de lotação acabam por se tornar deveras perigosas. Isso se deve ao fato de que quanto mais indivíduos encarcerados maior é a probabilidade de aumento das tensões internas. Tal fato ocasiona o aumento da violência entre os próprios presos, bem como diversas tentativas de fugas e ainda ataques, rebeliões e revoltas contra os agentes penitenciários e contra a própria sociedade. Os incidentes de rebeliões, greves de fome e outras formas de protesto são em sua maioria relacionados a superlotação.

A pena de prisão traz em sua essência a finalidade de buscar a ressocialização do encarcerado, com o fito maior de que o sujeito retorne a sociedade de forma tal que não volte a cometer mais nenhum crime. Infelizmente, não é este cenário que observa-se no país, pois as diversas penas de reclusão e detenção aplicadas pelo nosso sistema penal não tem cumprido sua função maior, pode-se observar que via de regra o apenado quando posto novamente para conviver em sociedade acaba por cometer novas infrações penais. Assim, para que a pena possa alcançar o seu objetivo, faz-se necessário que o cumprimento da sanção penal seja em um estabelecimento adequado para a reabilitação.

A Lei de execuções penais¹ estabelece uma metragem mínima e específica para que os detentos sejam mantidos em condições salubres. Prevendo, inclusive, um preso por cela. Contudo tal legislação expressa uma realidade bem diferente do que é observada nas prisões, pois a superlotação extrapolou seus planos originais e ao invés de manter um preso por cela, o que se pode verificar são pelos menos três ou quatro detentos dividindo o mesmo espaço. Nos estabelecimentos mais lotados, sujeitos dormem agarrados na cela ou amontoados no chão, isso quando não há a hierarquização desses presos causando uma distribuição de espaço que seguem regras criadas pelos próprios detentos em total desconhecimento com a organização necessária para manter a ordem.

A superlotação carcerária impede que a legislação e o objetivo da pena sejam cumpridos em sua efetividade, pois não é possível a ressocialização nem a restauração do indivíduo aprisionado em um panorama assim. Este cenário viola de forma frontal diversas normas e princípios constitucionais, ocasionando para aquele que se encontra

¹ BRASIL. Lei N° 7.210, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 1 jun. 2016.

privado de sua liberdade uma “sobrepêna” ou uma “pena bônus”, tendo em vista que a convivência no presídio durante o cumprimento da sua pena terá um castigo e aflição maiores que a própria sanção penal imposta pela legislação vigente.

Um estudo realizado pelo Ministério da Justiça² em meados de 2014, comprovou que o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo. Os números demonstram que o Brasil alcançou a marca de 607.700 (seiscentos e sete mil e setecentos) presos, ficando atrás somente de países como a Rússia, China e Estados Unidos que contam com 2,2 milhões de encarcerados no país. Pode-se contradizer argumentando que tal número não leva em conta a comparação de presos com o total da população. Ocorre que quando feito tal levantamento comparativo, o Brasil também ocupa o quarto lugar, ficando atrás da Tailândia, Rússia e Estados Unidos. Segundo o Ministério da Justiça, continuando no mesmo ritmo, em 2075 um em cada 10 brasileiros estará aprisionado.

De acordo com tal relatório, entre 2004 e 2014, a população carcerária teve um aumento efetivo de 80% (oitenta por cento). A “taxa de encarceramento” é expressa quando o número de presos é dividido pela população, e no Brasil, no mesmo período citado anteriormente a população prisional aumentou em 61,8%. Apenas para ilustrar, pode-se destacar que em 2004 o Brasil tinha 185,2 presos para cada grupo de 100 mil habitantes. Em 2014, o mesmo comparativo ilustra que tínhamos 299, 7 presos para o mesmo grupo de 100 mil habitantes.

O tráfico de substâncias entorpecentes é o tipo penal que mais encarcera pessoas no Brasil, segundo esse estudo. De acordo com a pesquisa, 27% das pessoas presas no Brasil respondem pelo crime de tráfico de drogas. O crime de roubo ostenta o segundo lugar neste ranking. Diferenciando-se ainda pelo gênero, entre homens 25% dos presos respondem pelo crime de tráfico de drogas, enquanto que as mulheres somam o total de 65% pela mesma infração penal.

O documento confeccionado pelo Ministério da Justiça alerta para o ritmo acelerado do aumento da população prisional do país. Segundo a pesquisa “Em todas as Unidades da Federação houve um crescimento da população prisional em relação a cada cem mil habitantes. Contudo, em alguns entes, o ritmo de encarceramento foi mais pronunciado”.

²BRASIL. Infopen. Levantamento nacional de infrações penitenciárias Infopen – Dezembro de 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/ses-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 10 mar. 2017.



O que se tem certeza, é que se tais números seguirem no mesmo ritmo, estaremos diante de um cenário caótico até 2018 ultrapassando a Rússia no ranking de países com maiores populações carcerárias. Nesta semana, os dados demonstrados acima revelam a gravidade da situação do sistema prisional brasileiro.

Pode-se concluir que o sistema penal atual não comporta mecanismos capazes de garantir a ressocialização do indivíduo, bem como traz a tala o descrédito na legislação preventiva e no caráter de reabilitação da pena. É esse quadro que tem provocado um acirrado debate na sociedade brasileira, pois de um lado se tem o aumento da violência com o consequente clamor pelo recrudescimento da pena e no lado oposto a necessidade de se combater a política do encarceramento com o devido respeito aos direitos fundamentais dos apenados.

O problema da superlotação carcerária desafia o sistema de justiça penal em voga, bem como a política criminal e a política de segurança pública. Para a solução do problema é necessário o envolvimento de todos os poderes da República, bem como uma conexão direta de comunicação com a sociedade.

Desta forma, pode-se perceber que a solução para eximir as terríveis consequências das superlotações carcerárias é um desafio para toda a sociedade, sendo necessário um comprometimento das autoridades públicas e da sociedade para que não se trate da patologia criminal após o cometimento da infração penal e sim que se garanta formas alternativas ao encarceramento antes mesmo de o delito acontecer.

Com o fim de se encontrar um sistema adequado para a redução da lotação carcerária, o governo deve priorizar algumas medidas eficazes para a modificação do atual sistema carcerário, dentre elas destaca-se a descriminalização de certos tipos penais, porém, tal medida deve ser muito bem estudada a fim de que o “tiro não saia pela culatra” e se provoque um aumento no número de crimes cometidos no país.

Por esta razão, é necessária a discussão da descriminalização como forma alternativa para esvaziamento das prisões, ressaltando que tal debate não pode ser adiado, pois coloca em cheque o sistema penal vigente, bem como há o risco do sistema atual não sobreviver a tão grande prova de resistência.

2. A DESCRIMINALIZAÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA.

Acontecimentos no país ocorridos no início de 2017, como por exemplo, a rebelião ocorrida em diversos Estados da Federação, provocada pela superlotação dos presídios e crise entre as facções ali encontradas, reacenderam o tema da crise carcerária do Brasil, bem como suscitou na população a vontade de debater acerca de efetivas medidas para a diminuição do encarceramento exacerbado.

À primeira vista, o tema parece ser somente afeto ao Poder Executivo, o qual, primordialmente é responsável pela organização e manutenção dos presídios. Contudo, em uma análise mais aprofundada, percebe-se que tal assunto é de interesse comum a todos os outros poderes e demandam uma atuação efetiva de todos para que sejam tomadas medidas que realmente funcionem.

Após toda a crise verificada no início do ano de 2017, não é mais razoável uma discussão superficial, faz-se necessário discussões sérias e contundentes acerca do tema, a fim de que possamos vivenciar um país mais seguro e mais justo para todos.

É nesse contexto que a descriminalização de alguns crimes aparece como uma das formas alternativas de combate a superlotação carcerária, dentre outras soluções como a execução de penas alternativas e a prisão domiciliar.

Sabe-se que a descriminalização não é um tema simples, pelo contrário trata-se de assunto polêmico, pois que envolverá diversos setores da sociedade, como por exemplo, setores religiosos e setores conservadores penalistas.

O tráfico de drogas é um dos, se não o maior, delitos que precisam dialogar com o tema da descriminalização, visto que é o maior responsável pela pena de reclusão no país. Trata-se de medida que deve ser discutida, uma vez que a população carcerária em sua maioria cumpre penas relativas aos crimes previstos na lei de drogas. Sabe-se que a lei de drogas em vigor no Brasil é datada do ano de 2006. Segundo a fundação Human Rights Watch³ de 2006 (ano de implementação da Lei de drogas) a 2014 a população carcerária no Brasil aumentou em 85% (oitenta e cinco por cento), o que significa um aumento de 18% ao ano de pessoas encarceradas pelo tráfico de drogas.

Atualmente, a legislação penal referente ao tráfico de drogas apresenta-se como um retrocesso, pois prevê diversas condições que se fazem obrigatórias na adequação da

³ BRANDALISE, Camila. PEREZ, Fabiana. *A hora de descriminalizar as drogas*. Disponível em: <http://fistoe.com.br/hora-de-descriminalizar-as-drogas/>. Acesso em: 10 mar. 2017.



pena de tráfico pelo Juiz. É necessário, por exemplo, que o juiz leve em consideração circunstâncias pessoais e sociais, quantidade e natureza da droga para se diferenciar o mero usuário de drogas e o traficante. Sabe-se pela prática que em sua maioria, a quantidade de droga é o que tem definido se o agente será enquadrado como traficante ou se será enquadrado como usuário.

Essa diferenciação destaca-se, pois, que é para o traficante que é reservada a pena de reclusão. É este o sujeito que auxiliará o processo de lotação dos presídios.

É necessário que somente o traficante de grandes quantidades, aquele que é prejudicial à sociedade, que alicia menores, que obtém lucratividade com a droga, seja encarcerado. Pois, pelo contrário, se estará a prender mais desnecessariamente. Sabe-se há muito tempo que a função de ressocialização da pena não funciona como deveria.

Astím, prender o “pseudo-traficante”, ou seja, aquele que não traz prejuízos a sociedade, que não obtém lucro com o tráfico, é prejudicial à sociedade e ao indivíduo. Isso porque, na cadeia há uma escola para o sujeito se tornar mais criminoso e mais traficante ainda.

Ao contrário, oferecer tratamento de saúde para os usuários representaria uma solução ainda mais eficaz no combate as drogas. Segundo Fernando Henrique Cardoso⁴ o problema do consumo de drogas não deve ser encarado como crime e sim como um problema de saúde pública.

Os crimes que se relacionam com a venda, o consumo e o porte de drogas são os que mais encarceram pessoas e foi este o estopim que gerou a crise vivenciada no início de 2017⁵. A Lei de Drogas de 2006 ao invés de solucionar o problema entre usuário e traficante, causou um efeito reverso, na medida em que condena a pena de reclusão o chamado “microtraficante”. São estes sujeitos que foram presos, em muitas vezes, com pequenas quantidades de droga que são misturados a grandes traficantes que fazem da droga um verdadeiro comércio dentro e fora da prisão. É essa “mistura” que não deve ocorrer, pois que ela só constrói traficantes maiores ao invés de trazer uma verdadeira ressocialização do sujeito.

⁴ BERGAMASO, Debora. “O melhor momento para descriminalizar as drogas é agora”. Disponível em: <<http://estre.com.br/o-melhor-momento-para-descriminalizar-e-agora/>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁵ PINHO, Mateus. “Após a morte de Ygoris Zavadski, como fica a descriminalização das drogas?”. Disponível em: <<http://www.esquerdadireito.com.br/Após-a-morte-de-Zavadski-como-fica-a-descriminalizacao-das-drogas-no-STP/>>. Acesso em: 15 mar. 2017.



Desta forma, é possível concluir que o Brasil precisa com urgência diferenciar o usuário de drogas do traficante, para que assim o crime de uso de drogas possa ser descriminalizado.

É neste diapasão que outros delitos pequenos devem ser descriminalizados, uma vez que a cadeia deve ser reservada para aqueles que cometem crimes graves. O problema do Brasil é a chamada “cultura do encarceramento”. As legislações brasileiras ficaram “viciada” em prever penas de reclusão e praticar a prisão acima de tudo. Se o ritmo continuar o mesmo o Brasil chegará a um milhão de reclusos.

De acordo com o diretor do Departamento Penitenciário Nacional, Renato Vitto⁶ “Estamos naturalizando o superencarceramento no Brasil e isso é preocupante. Prendemos muito e errado. O sistema não consegue se concentrar em crimes contra a vida”. De acordo com ele, o grosso da massa carcerária é formada por criminosos menos agressivos.

É nessa esteira que se defende uma descriminalização de delitos pequenos para afrouxar o aperto das penitenciárias. Não se está aqui a defender a libertação de todo e qualquer preso, e sim uma análise profunda para retirar da esfera do encarceramento aquele sujeito que pode ser ressocializado através de outras medidas, como por exemplo, tratamento de saúde ou o cumprimento de penas alternativas a prisão.

⁶ BARROCAL, André. “Se cadeia resolvesse, o Brasil seria amigável”. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>>. Acesso em: 05 maio. 2017.

3. MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA A EFETIVAÇÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO

A descriminalização como solução para o problema da superlotação carcerária é uma medida de difícil implementação, uma vez que envolve a atuação dos três poderes. Tal medida envolve a cooperação de todos os três poderes da República do Brasil.

Trata-se de tema que precisa ser debatido e aprofundado perante a sociedade e até perante os outros países, pois que em alguns países a descriminalização apresentou-se como uma solução eficaz para redução da população carcerária. Em Portugal, por exemplo, a descriminalização do uso de drogas, além de combater a política de encarceramento, foi eficaz no sentido de oferecer oportunidades diversas da prisão para o combate ao vício das drogas⁷

No início do ano de 2017, pôde-se verificar uma crise no sistema carcerário brasileiro⁸, eclodindo com a morte de mais de cento e trinta detentos em uma penitenciária no norte do Brasil. A partir de então, a superlotação carcerária ganhou destaque e o debate sobre a descriminalização de alguns tipos penais ganhou contornos ainda maiores.

Conforme já explanado, faz-se necessário a atuação conjunta dos três poderes para implementação desta descriminalização.

No âmbito do Poder Executivo, é imprescindível que se ponha em pauta a discussão perante a sociedade, e ainda é necessário que o executivo ofereça condições para que o Poder Judiciário defina outras penas alternativas que não a prisão⁹. Por exemplo, para que o judiciário possa utilizar a tornozeleira eletrônica como medida alternativa a prisão é necessária que ela tenha seu funcionamento garantido, e tal função é de responsabilidade do Poder Executivo.

Após a crise verificada no início de 2017, foi possível verificar uma movimentação desse Poder nesse sentido, onde foram realizados diversos encontros dos representantes do Poder Executivo. Aumentando ainda mais a notoriedade da discussão e a necessidade

⁷ SHORR, April. "Líderes mundiais de 20 países se reúnem pela descriminalização das drogas". Disponível em < <http://www.revistafozum.com.br/2014/09/11/ lideres-mundiais-de-20-paises-se-reunem-pela-descriminalizacao-das-drogas/>>. Acesso em: 28 maio. 2017.

⁸ RODRIGUES, Fernando. "2017 já tem pelo menos 138 detentos mortos". Disponível em < <http://www.poder360.com.br/brasil/2017-ja-tem-pelo-menos-138-detentos-mortos/>>. Acesso em: 28 maio. 2017.

⁹ FERNANDES, Vitor. "Descriminalização da maconha ganha força como medida para reduzir prisões". Disponível em: < <http://www.poder360.com.br/brasil/descriminalizacao-da-maconha-ganha-forca-como-medida-para-reduzir-prisoes/>>. Acesso em: 28 maio. 2017.



de que o este poder executivo continue promovendo condições para que tal tema seja discutido em diversas esferas da sociedade.

O poder executivo é responsável, ainda, pela liberação de verbas para a construção de presídios e reformas dos já existentes. Contudo, cabe ressaltar que a construção de novas prisões não resolve a questão da crise carcerária, uma vez que cada construção leva quatro a cinco anos pelo menos para ser concluída. Assim, demonstra-se novamente a necessidade de que a descriminalização seja discutida como forma mais célere e eficaz.

Ainda, é de suma importância que haja liberação de verba para a construção de presídios e para a implementação de fóruns de debates sobre a descriminalização, porém faz-se necessária uma ação imediata e urgente nos presídios que já existem por aqui e a descriminalização pode ser colocada como uma dessas ações imediatas.

No âmbito do Poder Legislativo é possível ressaltar como forma de minimizar a superlotação das prisões, uma profunda reforma legislativa nas castas existente para que se diminua as previsões de penas de reclusão e ainda que se preveja a “abolitio criminis” de alguns tipos penais.

No âmbito do legislativo, defende-se uma ampla reforma na Lei de execução penal realizada pelo Poder legislativo como solução para o problema dos presídios. Há em andamento um projeto de Lei do Senado (PLS 513/2013)¹⁰ que propõe, por exemplo, a vedação de acomodação de presos em número superior à capacidade do estabelecimento penal. No Senado, há também em tramitação um projeto (PLS 236/12) de reforma do Código Penal, o qual, é elaborado por uma comissão de juristas, que tem por objetivo descriminalizar o porte de drogas para uso pessoal, bem como pretende despenalizar também o plantio de plantas destinadas à preparação de drogas para consumo próprio¹¹.

Ambos os projetos são efetivos na tentativa de se reduzir a população carcerária, contudo, ressalte-se que a reforma legislativa deve ser muito mais profunda do que alterações estruturais nas cadeias e pequenas reformas no Código Penal. É preciso ainda que a Câmara de Deputados e o Senado Federal discutam projetos de leis e emendas constitucionais que tenham por objetivo a alteração das penas de prisão, bem como projetos de leis que prevejam a descriminalização de outros delitos pequenos que não sejam relacionados às drogas.

¹⁰ BRASIL, Senado. Projeto de lei do Senado. 513 de 2013. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/115665>> Acesso em: 10 mar. 2017.

¹¹ BRASIL, Câmara dos Deputados. “Congresso discute descriminalização de drogas para consumo próprio”. Disponível em: <<https://rd.jur.br/il.com.br/noticias/100356140/congresso-discute-descriminalizacao-de-drogas-para-consumo-proprio>>. Acesso em: 10 mar. 2017.



É no Poder Judiciário que fica mais visível ainda a necessidade de discussão da descriminalização, pois é baseado no entendimento da Suprema Corte que os juizes e desembargadores decidem acerca da prisão ou não dos criminosos. A discussão sobre a descriminalização das drogas reacende ainda mais a necessidade de se descriminalizar outros delitos para a redução dos presídios do Brasil.

Há no STF o julgamento de uma ação com repercussão geral sobre posse de drogas, que poderá descriminalizar a conduta dos consumidores para uso recreativo¹². No RE 635659, até abril de 2017, todos os magistrados que votaram se manifestaram pela descriminalização do uso de drogas. O relator Gilmar Mendes sendo ainda mais abrangente, votou pela descriminalização do uso de todas as drogas. Já o ministro Edson Fachin entendeu ser melhor a descriminalização somente do uso de maconha, e o ministro Luis Roberto Barroso restringindo ainda mais a descriminalização, votou pela atipicidade limitada ao uso de até 25g de maconha.

Ocorre que em agosto de 2015, o ministro do STF Teori Zavaschi pediu vista do julgamento do recurso extraordinário. Após a morte do ministro, em meados de 2017, restou indefinido qual será o procedimento a ser adotado para que o julgamento da ação ocorra. Restando ainda mais indefinido como será o resultado do julgamento, bem como em que momento ele irá ocorrer, uma vez que com o falecimento do ministro, tal ação passará por uma nova distribuição.

Cabe ressaltar, que o debate sobre a descriminalização voltou a ficar acirrado e ainda mais necessário diante de todas as manifestações presidiárias verificadas no início de 2017. Sendo, portanto, de extrema urgência que a Suprema Corte dê andamento a este processo.

Outrossim, o Poder Judiciário não está adstrito tão somente ao julgamento de ações para minimizar a crise carcerária. Tal poder, atuando junto com o CNI, tem poder de criar medidas alternativas para que as ações paradas na justiça sejam concluídas com mais eficiência, e por consequência a libertação de presos e a diminuição da população carcerária. Há muitos presos no Brasil que cumprem penas provisórias e ao final do processo, após mais de 4 a 5 anos presos, deparam-se com sentenças absolutórias. Para

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 635659 DF. Relator: Gilmar mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta/jurisprudencia/repercussoa/verAndamentoProcesso.asp?incide_nre=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=508>. Acesso em: 22 mar. 2017.

estes, que foram injustiçados pela demora do judiciário, talvez não haja a possibilidade de reversão do caminho da criminalidade.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, coadunando-se com a ideia da necessidade de atuação do judiciário, entende que devem ser implantadas diversas medidas como “Mutirões carcerários para verificar excessos, aprestar julgamentos, liberar aqueles que precisam ser liberados, mudar de regime. Fazer uma verificação in loco com equipe de juízes.”

A assim, conclui-se que para a efetivação da descriminalização como forma de solução para superlotação carcerária, é necessária a atuação efetiva e conjunta tanto do poder executivo, quanto do judiciário e legislativo. É somente com o esforço dos três poderes, cada um no seu âmbito de atuação, que a descriminalização pode ser implementada e assim diminuir o número de aprisionados no país evitando-se crises carcerárias e o aumento da criminalidade no país.



CONCLUSÃO



O problema da superlotação carcerária brasileira vem trazendo ao ambiente acadêmico e das tribunais a necessidade de se discutir acerca de soluções para a diminuição da população encarcerada no Brasil, e ainda para viabilizar o respeito aos direitos garantidos pela Constituição Federal aos encarcerados.

Um dos principais desafios de um Estado Democrático de Direito é que o texto constitucional seja mais efetivo do que literal. Sabe-se que a Constituição de 1988 adotou como característica o dirigismo, o qual, dispersou diversas normas programáticas a serem alcançadas pela sociedade e Administração Pública.

A excessiva população carcerária é tema afeto a diversos setores da sociedade e necessita com urgência ser discutido. Alguns fatores contribuem para a crise da superlotação, dentre eles, pode-se destacar a enorme quantidade de condutas tipificadas no código penal que tem como pena o regime de reclusão. O problema da superlotação e infraestrutura das prisões brasileiras põe em cheque o sistema penal vigente no Brasil. O sistema penal brasileiro tem sofrido com tal crise e precisa estudar novas formas de esvaziamento da população encarcerada.

Pode-se ressaltar que é inevitável que este contexto atual nos insere em um campo fértil para a discussão de maneiras alternativas para a resolução do caos carcerário. Nesta seara, vem se destacando a descriminalização de crimes como uma das maneiras viáveis e efetiva para o enfrentamento da questão.

Sabe-se que o tema aqui proposto é bastante polêmico, uma vez que se faz necessária a atuação de diversos setores da sociedade e do governo para alcançar tal fim.

Dentro deste tema, pode-se perceber que a discussão acerca da descriminalização do crime de tráfico de drogas nos traz como exemplo uma medida que poderia se mostrar efetiva na diminuição de presos no Brasil.

O que se discute é que o sistema carcerário deve principalmente abarcar e encarcerar os agentes que demonstram perigo contumaz para a convivência da sociedade. Contudo, não é o que se observa atualmente, pois que a incidência de crimes com previsão de reclusão é maior do que a incidência de crimes que contam com a previsão de prisão simples ou multa.

Trazendo como exemplo o próprio tráfico de drogas, o que se observa é que os delinquentes que trazem consigo condenação por porte ou venda de pequenas quantidades

de drogas acabam por se misturar com grandes traficantes que fazem do tráfico sua principal profissão.

Sabe-se que a cadeia no Brasil, é amplamente conhecida como escola do crime, e esta fama se deve ao fato de que a função de ressocialização trazida pela pena encontra-se totalmente ineficiente. Não há medidas efetivas que coibam o apenado a não cometer outras infrações penais, e ainda, não há programas ou incentivos que tenham por fim ensinar o encarcerado a se relacionar novamente com a sociedade.

É neste cenário que nasce a necessidade de não incentivar ao pequeno infrator a virar um maior delinquente. É por esta razão que entende-se que aqueles que cometem crimes pequenos não devem ser penalizados com grandes encarceramentos, uma vez que tal medida só terá efeitos negativos no seu histórico.

É nesse sentido que a descriminalização de alguns tipos penais vem ao encontro da atualidade, pois tal medida traria aos pequenos infratores a possibilidade de não entrar a “escola do crime” localizada nas cadeias do Brasil. Sendo dada a oportunidade efetiva de ressocialização com a não retirada de tais indivíduos do convívio da sociedade.

Certo é que a medida de descriminalização encontra amparo na Constituição, e deve contar com uma ampla reforma legislativa, bem como com o envolvimento de todos os poderes da democracia brasileira.



REFERÊNCIAS

BARROCAL, André. "Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar". Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolveste-4312.html>>

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERGAMASO, Debora. "O melhor momento para descriminalizar as drogas é agora". Disponível em: < <http://fstoe.com.br/o-melhor-momento-para-descriminalizar-e-agora/>>

BRANDALISE, Camila PEREZ, Fabiola. *A hora de descriminalizar as drogas*. Disponível em: <<http://fstoe.com.br/hora-de-descriminalizar-as-drogas/>> Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. Lei N° 7.210, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 1 jun. 2016.

_____. Senado. Projeto de lei do Senado. 513 de 2013. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115665>> Acesso em: 10 de março de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 635659 DF. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/repercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Infopen. *Levantamento nacional de informações penitenciárias Infopen – Dezembro de 2014*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

FERNANDES, Vitor. "Descriminalização da maconha ganha força como medida para esvaziar presídios". Disponível em: < <http://www.poder360.com.br/brasil/descriminalizacao-da-maconha-ganha-forca-como-medida-para-esvaziar-presidios/>>. Acesso em: 28 maio. 2017.

LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHO, Matheus. "Após a morte de Tsarina Zavascki, como fica a descriminalização das drogas". Disponível em: < <http://www.esquerdadireita.com.br/Apos-a-morte-de-Zavascki-como-fica-a-descriminalizacao-das-drogas-no-STF/>>. Acesso em: 15 mar. 2017

RODRIGUES, Fernando. "2017 já tem pelo menos 138 detentos mortos". Disponível em: < <http://www.poder360.com.br/brasil/2017-ja-tem-pelo-menos-138-detentos-mortos/>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

OS NOVOS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ NA APRECIÇÃO DA PROVA APÓS A RETIRADA DO TERMO “ LIVREMENTE ” DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Vanessa Corrêa Braga de Abreu

**Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade do Federal do Rio de
Janeiro. Advogada.**

Resumo – este artigo busca, a partir de uma análise histórica e contemporânea, estabelecer os novos contornos do princípio do livre convencimento motivado do juiz na apreciação da prova após a retirada do termo “ livremente ” do novo Código de Processo Civil de 2015. Defendeu-se que não há falar em desaparecimento do princípio do livre convencimento motivado, mas sim a introdução de um novo paradigma no cenário do Processo Civil Contemporâneo Brasileiro. Tal mudança pode ser facilmente observada com o surgimento do ativismo judicial, fenômeno muito criticado, porém que visa a conferir efetividade aos direitos constitucionalmente consagrados, principalmente, em caso de omissão dos poderes que detêm a função primeira de regulamentá-los. Analisou-se, por fim, a extensão, a profundidade e a aplicação do princípio do livre convencimento do juiz com o advento do novo código de processo civil de 2015. Toda a pesquisa fura direcionada pela ideia da necessidade de priorizar a democratização do processo jurisdicional, buscando concretizar garantias constitucionais a fim de aprimorar e aperfeiçoar a decisão judicial à luz das diretrizes do Estado Democrático de Direito.

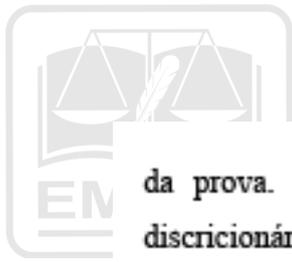
Palavras-chave – Direito processual civil. Princípio do livre convencimento motivado no Novo Código de Processo Civil de 2015. Ativismo Judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por escopo analisar o novo texto referente à apreciação da prova realizada pelo juiz de acordo com o texto contido no Código de Processo Civil de 2015. Procura-se entender os novos contornos do princípio do livre convencimento motivado no Processo Civil Brasileiro.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir que em que pese a ausência do termo “ livremente ” no artigo 131 do Código de Processo Civil de 2015, isso não significa que o princípio do livre convencimento motivado deixou de existir, mas sim a introdução de um novo paradigma no cenário do Processo Civil Contemporâneo Brasileiro.

O tema merece atenção uma vez que o sistema do livre convencimento motivado foi, ao longo dos anos, sendo aplicado de maneira equivocada, ficando o juiz livre na apreciação



da prova. Diversamente do que deveria ser, esse sistema atribuiu ao juiz um poder discricionário balizando seu convencimento conforme seus critérios pessoais, o que gerou muitas vezes indignação das partes envolvidas no processo.

Com um pensamento diverso e um novo modelo processual, o Código de Processo Civil de 2015 altera essa sistemática e a expressão que tratava do livre convencimento foi retirada.

No novo modelo processual, baseado no princípio da cooperação, expresso no art. 6º Código de Processo Civil de 2015, o juiz e as partes atuam juntos, de forma co-participativa, na construção em contraditório do resultado do processo. Todos atuam para um mesmo fim comum, qual seja, a solução do conflito por meio de um processo justo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando se é possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, um novo paradigma a respeito da atuação do magistrado durante a apreciação da prova diante da retirada o termo “livremente” do artigo 371 trazido pela Lei 13.105/2015.

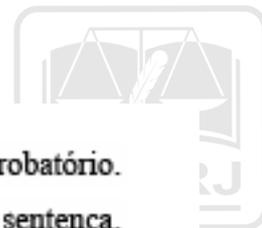
Já no segundo capítulo, discute-se até que ponto o livre convencimento e ativismo judicial nas decisões dos magistrados caracterizam abuso de direito.

O terceiro capítulo, por sua vez, destina-se a examinar, tendo em vista a extensão, a profundidade e a aplicação do princípio do livre convencimento do juiz, como será após o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015.

A pesquisa será desenvolvida pelo método exploratório quanto ao objetivo, e bibliográfico quanto ao procedimento, uma vez que o pesquisador pretende analisar os entendimentos divergentes a respeito dos contornos do princípio do livre convencimento motivado do juiz após o advento da Lei 13.105/2015.

1. A APRECIÇÃO DA PROVA DIANTE DA RETIRADA DO TERMO “LIVREMENTE” DO ARTIGO 371 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O direito processual brasileiro, no que tange aos princípios norteadores dos poderes instrutórios do juiz, passou por uma evolução, demonstrando uma maior ou menor atuação do magistrado durante o desenvolvimento do processo e conseqüentemente na sociedade.



No início, apenas as partes detinham o ônus da produção de todo material probatório. Ao magistrado era reservado se manifestar somente no momento de prolação da sentença. Prevalencia, portanto, o princípio da imparcialidade do juiz, evidenciando uma fase mais tradicional e conservadora.

O Código Processual Civil de 1973¹, além do princípio da imparcialidade do juiz, prevê o princípio do livre convencimento motivado do juiz. E o artigo 131 do CPC/73² tinha a seguinte redação: “o juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento”. Estabelecia ainda, em seu artigo 366 uma exceção a regra geral, informando que quando a lei exigir que o ato seja realizado por instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que fosse, poderia suprir a falta deste instrumento.

Todavia, com o advento da Lei 13.105/2015³, a qual regula o Código de Processo Civil de 2015, o seu artigo 371 estabelece que “o juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Verifica-se que no Novo Código de Processo Civil de 2015⁴ não se encontra a palavra “livremente” expressa no artigo 131 do CPC/1973⁵, o que tem levado alguns intérpretes da Lei 13.105/2015 a afirmar não mais existir no Direito Processual Civil Contemporâneo Brasileiro o princípio do livre convencimento motivado.

Contudo, tal entendimento não deve prevalecer, pois diante das transformações sociais, o modelo tradicional já não era mais aceito, cedendo espaço para um processo instrumentalista baseado no princípio da cooperação das partes previsto no artigo 6 CPC/15⁶, cujo objetivo é de garantir o acesso efetivo e isonômico à tutela jurisdicional.

¹ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

² *Ibid.*

³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

⁴ *Ibid.*

⁵ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.



O legislador no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973⁷ ao prever **expressamente** que o juiz apreciará “livremente” a prova, quis afastar do ordenamento jurídico brasileiro o sistema da prova tarifada. Tal sistema se traduz na valoração pré fixada da prova, em que cada tipo de prova possui uma hierarquia legal.

Contudo, a redação do artigo 371 do Novo Código de Processo Civil⁸ não reproduziu o termo “livremente”, o que fez surgir discussões acerca da possibilidade de **sustentar com fundamentos jurídicos sólidos, um novo paradigma a respeito da atuação do magistrado durante a apreciação da prova.**

Com efeito, a exclusão do termo “livremente” no texto normativo não deve ser interpretada como um sinal indicativo da adoção do sistema da prova tarifada. Tampouco, do sistema da livre convicção ou do juízo pela consciência, segundo o qual o órgão julgador decide de acordo com a própria vontade, sem o dever de fundamentar as razões adotadas, o que prevalece é a íntima convicção do magistrado. Isso porque ambos os sistemas são flagrantemente inconstitucionais.

Nesse sentido, **o juiz ainda possui a liberdade para valorar as provas e com o dever de indicar as razões da formação do seu convencimento, considerando efetivamente os elementos demonstrados nos autos.**

Portanto, de acordo com a nova redação do artigo 371 introduzida pela Lei 13.105/2015⁹, o ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito a apreciação das provas pelo magistrado, continua entendendo pela aplicação do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. E segundo esse princípio o magistrado fica habilitado a valorar as provas apresentadas e sua suficiência ao deslinde da causa, desde que o faça de modo fundamentado.

Ressalta-se que diante da ausência de hierarquia entre as provas, cabe ao juiz apreciar o acervo probatório existente no processo e motivar o posicionamento adotado, conforme o que estabelece o artigo 93, IX da Constituição¹⁰. Isso porque a motivação dos

⁷ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto Presidência da República, 1973. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em: 17 abr 2016.

⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 17 abr 2016.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Site da Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília 5 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de Março de 2016.



pronunciamentos judiciais, além de embasar eventual recurso, também serve de controle das atividades jurisdicionais pelas partes e pelos órgãos superiores.

Nesse sentido, é interessante notar, que o Código de Processo Civil não definiu o que seria uma decisão fundamentada. Isso se deve, principalmente, ao fato de que a teoria da decisão judicial diz respeito a questões hermenêuticas e filosóficas extremamente complexas, de modo que se torna inviável tentar definir detalhadamente no texto legal o que seria uma decisão judicial fundamentada, sendo tarefa direcionada aos doutrinadores.

Dessa forma, o legislador infraconstitucional, andou bem ao optar por essa forma de controle das decisões, pois se agisse em sentido contrário, certamente criaria uma enorme insegurança jurídica e decisões conflitantes.

É o que explica José Rogério Cruz e Tucci¹¹:

Na verdade, os aludidos novos dispositivos legais acerca do dever de motivação, inseridos no Projeto do CPC, reforçam a ideia de que a moderna concepção de “processo justo” não compadece qualquer resquício de discricionariedade judicial, até porque, longe de ser simplesmente *la bouche de la loi*, o juiz proativo de época moderna deve estar comprometido e zelar, tanto quanto possível, pela observância, assegurada aos litigantes, da garantia do devido processo legal!

Além disso, o referido artigo 371 do Novo Código de Processo Civil¹² prevê a aplicação do princípio da unidade probatória, segundo o qual o juiz deve apreciar a prova trazida aos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido. Assim, pode-se afirmar que a prova não pertence ao juiz ou às partes, mas sim ao processo.

Nesse sentido, o legislador preocupado com a legitimidade democrática do Poder Judiciário Brasileiro, que se consubstancia na fundamentação das decisões, traz mudanças significativas, mas sempre norteadas pela correta aplicação dos dispositivos constitucionais e pela garantia dos direitos fundamentais.

Não é possível, portanto, entender pelo fim do princípio do livre convencimento motivado do juiz diante da retirada do termo “livrimente” do texto legal vigente.

¹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC (análise e proposta)*. In: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. V. 6. ed. RT, 2011. p. 412.

¹² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ata2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.



2. LIVRE CONVENCIMENTO, ATIVISMO JUDICIAL E ABUSO DO DIRIETO

O Poder Judiciário desempenha um papel fundamental na atualidade na medida que soluciona e regula conflitos, servindo de condição para a existência do Estado.

Alguns estudiosos¹³ apontam que as origens da postura ativista remontam à jurisprudência da Suprema Corte norte-americana quando essa criou o controle judicial de constitucionalidade das leis federais.

No Brasil, o ativismo judicial começou a ser visto quando os magistrados passaram a decidir, seja na primeira instância ou em casos de repercussão geral nos tribunais, questões controversas apaziguando diversos setores da sociedade brasileira.

Nesse contexto de complexidade das relações sociais contemporâneas, surge o ativismo judicial, o qual é um fenômeno recente no sistema judicial brasileiro e que se faz sentir mais significativamente no Supremo Tribunal Federal. E em que pese o não consenso na doutrina brasileira, pode ser definido como uma atuação proativa do Poder Judiciário, em que os magistrados buscam produzir suas decisões com o intuito de conferir efetividade aos direitos constitucionalmente consagrados, principalmente, em caso de omissão dos poderes que detém a função primeira de regulamentá-los.

Porém, diante da relevante função social na efetivação das normas constitucionais e principalmente dos direitos e garantias fundamentais, mister se faz conceitar tal fenômeno. Nesse sentido, Mayra Marinho Miarelli e Rogério Montai de Lima¹⁴ observam que:

Por "ativismo judicial" entende-se o papel criativo dos tribunais ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade no caso concreto, firmando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades que fujam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.

Há, assim, tanto a judicialização das relações sociais, como também uma judicialização da política. Argumenta-se que o judiciário estaria contribuindo para a democracia, na medida que assegura a efetividade e a proteção de direitos fundamentais. E que ocuparia um lugar simbólico de guardião das promessas constitucionais, sendo a última

¹³ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. *Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 132.

¹⁴ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 34



instância moral da sociedade. Esse fortalecimento se dá em razão da deterioração dos espaços republicanos tradicionais, e de uma debilidade do poder executivo e legislativo.

Os atributos que permitem que mesmo sem o sufrágio, o ativismo judiciário seja compatível com o regime democrático são: não estar submetido aos demais poderes; prestígio público no que tange a atuação do poder judiciário; não há subordinação dos magistrados, apesar da existência de diferentes instâncias, vigora o princípio da autonomia; independência funcional por força da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁵; perfil ético e preparação técnica dos magistrados; fundamentação das decisões judiciais e fiscalização interna pelas partes e externa pelo Conselho Nacional de Justiça e pela sociedade.

Por outro lado, a crítica ao ativismo seria a indevida ingerência do judiciário em matérias de competências de outros poderes, o que enfraqueceria a legitimidade democrática do judiciário. Esse não aplicaria o direito positivado, mas sim o direito que entende que deveria ser aplicado. Há, portanto, uma hipertrofia do judiciário, sendo para alguns uma manifestação do abuso de direito.

Diante dessa nova dinâmica entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo e os particulares surgem discussões acerca da formação do convencimento e fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido, passou-se a indagar se o ativismo judicial significava uma ofensa ao processo democrático. E para tal questão, no entanto, não há uma resposta concreta e pontual, pois é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁶ que traz essa possibilidade ao judiciário e prevê tais direitos assegurados pelo judiciário.

Todavia, para Luis Roberto Barroso¹⁷, o termo “ativismo judicial” não se relaciona com o uso indevido do poder e sim em uma dimensão participativa e de busca mais profunda dos comandos constitucionais visando a solução efetiva dos conflitos sociais, diante dos espaços deixados, principalmente, pelo Poder Legislativo.

A Constituição Brasileira vigente possui claramente uma carga axiológica que não de implementar seus ditames ou simplesmente desrespeitar direitos individuais significa atingir frontalmente um dos maiores direitos consagrados, qual seja, a dignidade da pessoa humana. E

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Site da Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de Março de 2016.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

a já citada omissão legislativa acarreta o desrespeito dos princípios constitucionais, violando o próprio Estado Democrático de Direito.

A altivez judiciária nada mais representa do que a concretização dos valores contidos no Texto Constitucional brasileiro. É por meio de uma atuação mais presente e com o intuito de suportar as bases do Estado Democrático de Direito ao ponto de fazer valer a vontade do constituinte originário que as normas constitucionais se concretizam. Prefereciona Luis Roberto Barroso que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. [...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e prático de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...] a ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades construídas regras específicas da conduta de enunciados vagos [...].⁸⁹

O ativismo judicial, portanto, não representa abuso de direito do poder judiciário, na medida em que não prejudicará o princípio do contraditório e da ampla defesa, ao contrário, garante a sua efetividade, pois quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, seu resultado. Um juiz ativo na formação do conjunto probatório confere efetividade às garantias constitucionais do processo.

Sobre a importância do juiz no mundo atual, preconiza Juvêncio Gomes Garcia que:

O juiz é, realmente, na aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto, a figura dominante no universo jurídico, uma vez que o verdadeiro direito é aquele que emana de suas decisões, de suas sentenças, ao entregar a prestação jurisdicional. É aí que o direito se faz concreto na produção de seus efeitos, traduzindo sua eficácia na norma individual, suscetível de execução. É ele, portanto, quem outorga o justo, personificando a justiça animada e vivente; é o mediador que restitui a igualdade e corrige a injustiça, no uso de seu poder criador. É ele que, duplamente inserido no social, como pessoa e como profissional, habita diretamente no ambiente que o envolve, todos os pressupostos ideológicos que, ao depois, deverá transportar ao nível de suas emissões decisivas, visando à distribuição dos conflitos à sua órbita de resolução. Isto, principalmente ao que tange ao juiz de primeiro grau, que é, sem dúvida, o verdadeiro criador do direito, uma vez que se compõe a primeira linha de contato com a realidade social.⁹⁰

⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89

⁹⁰ GARCIA, J. G. *Função criadora do juiz*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996. p. 154/155.



Para que ocorra a efetividade do processo²⁰ como meio de acesso à justiça²¹ é necessário uma postura dos operadores do direito e a consciência de que o processo, acima de tudo, é um instrumento ético destinado a servir a sociedade e ao Estado.

Para Dinamarco:

[...] a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua atrevida aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e firmando cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade. Sempre, como se vê, é a visão dos objetivos que vem a iluminar os conceitos e oferecer condições para o aperfeiçoamento do sistema.²²

Dessa forma, o princípio do livre convencimento do juiz na apreciação das provas não deixou de existir com o advento da Lei 13.105/2015²³. Nesse sentido, o que se verifica é um novo contorno da atividade dos julgadores tanto dentro do processo com a aplicação do princípio da cooperação das partes, quanto fora do processo. Isso porque, no ativismo judicial o juiz, com os seus poderes instrutórios, não é mais um mero espectador do processo, passando a ser um protagonista deste processo, atuando como um grande agente de transformação social.

3. A EXTENSÃO, A PROFUNDIDADE E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5, XXXV²⁴ consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

²⁰ No Dicionário Jurídico consta que o processo é a formalização da pretensão (ação) por meio da qual o interessado provoca a prestação jurisdicional, alegando violação de direito subjetivo protegido por norma de direito objetivo. (SIDOU, 1999, p.666).

²¹ "O acesso à justiça se faz segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado. O devido processo legal tem conteúdo ético que se não esgota na participação do juiz, mas envolve a atuação de partes, advogados, funcionários e auxiliares da Justiça, todos idênticamente submetidos a uma conduta processual que imane a *devisio iustitiae*". (NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8 ed. São Paulo: Ed RT, 2011, p 95).

²² DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000, p 271.

²³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 17 abr 2016.

²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Site da Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília 5 out. 1988. Disponível em:



Assim, a apreciação dos fatos e provas trazidas pelas partes ao judiciário, bem como a devida fundamentação das decisões são direitos fundamentais, pois intrínsecas à dignidade da pessoa humana, sendo oponível ao Estado e aos particulares nas relações intersubjetivas.

Nesse sentido, o artigo 371 do Novo Código de Processo Civil²⁵, ao estabelecer que o juiz deve indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento, quis impor a valorização das provas com base em parâmetros objetivos.

Outrossim, a intenção do legislador e a correta interpretação acerca da extensão do princípio do livre convencimento do juiz é, portanto, de acabar com o *álibi textual* sobre o qual se erigiu um sistema de valoração da prova pautado no total subjetivismo do julgador.

É certo que a supressão do advérbio “livremente”, de acordo com o entendimento de *Leão Streck*, acompanhado de uma exposição de motivos, na qual se ressalta a incompatibilidade do sistema democrático com juízos intimistas na apreciação das provas, revela uma tímida, porém importante reação do Legislativo contra os excessos cometidos pelo Poder Judiciário, nos últimos tempos.

Essa mudança, sepultará a antiga nomenclatura “livre convencimento motivado”, a qual era atribuída pela generalidade dos estudiosos e pela unanimidade dos tribunais ao sistema de valoração probatório brasileiro. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, nascerá no lugar, provavelmente, a expressão “persuasão racional”, já empregada por alguns autores.

Além disso, no que tange à profundidade do princípio do livre convencimento do juiz, explica *Celso Antônio Bandeira de Mello* sobre os limites da discricionariedade, que embora concebida com vistas à função administrativa, tem plena aplicabilidade no âmbito jurisdicional:

[...] A existência de discricionariedade no nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação concreta que ocorra, pois a composição do caso concreto exclui obrigatoriamente algumas das situações admitidas in abstracto na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade. [...] Para ter-se como lisa o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricionariedade, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abre. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilada.htm>. Acesso em: 20 de Março de 2016.

²⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 17 abr 2016.



possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeito das circunstâncias do caso e diferente para com a finalidade da norma aplicada.²⁶

Importante ressaltar que embora a norma processual não estabeleça, antecipadamente, o peso que terá cada prova apresentada, caberá ao juiz adotar o critério que se mostre adequado para aquele caso específico, e justificar racional e objetivamente essa adequação, para que se possa aferir a razoabilidade de seu ato.

Nesse sentido aduz Fredie Didier:

A motivação deve ser racional: deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que atua o órgão julgador. Não se confunde com uma ciência exata ou com uma lógica absoluta da matemática pura. O que se espera se espera é que atenda às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico.²⁷

Dessa forma, os artigos 371 e 372 do Novo Código de Processo Civil²⁸ comprovam a que subsiste a liberdade de valoração da prova ao indicar que o juiz apreciará a prova atribuindo-lhe o valor que entender adequado, devendo, contudo, indicar as razões da formação do seu convencimento.

Com efeito, diante da ausência de fundamentação adequada caberá recurso, notadamente, a apelação prevista no artigo 1009; o agravo de instrumento, estabelecido no artigo 1015; e recurso especial e recurso extraordinário, conforme os artigos 1029 a 1041, todos do Novo Código de Processo Civil²⁹.

Contudo, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a análise das conclusões do magistrado sobre a instrução exige o reexame de fatos e provas, o que seria incompatível com a natureza excepcional do recurso, conforme dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do STJ³⁰.

Ressalta-se, porém, que se o recurso se basear no desrespeito ao artigo 371 do Novo Código de Processo Civil, visando à anulação do julgado por *error in procedendo*, não há que se refazer a análise sobre as provas, bastando que se analise a própria decisão, para aferir se as razões declinadas na fundamentação do juiz lastrearam-se em critérios objetivos,

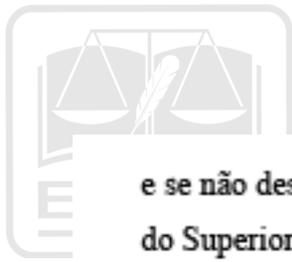
²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 953 e 954.

²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. et al. *Curso de direito processual civil*. V.2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 103

²⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

²⁹ *Ibid*

³⁰ Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_2sc.pdf Acessado em: 17 abr 2017



e se não desrespeitou as máximas da experiência e/ou a razoabilidade, tarefa que é da alçada do Superior Tribunal de Justiça, sendo, destarte, possível o pleito.

Dessa forma, o princípio do livre convencimento do juiz deve ser aplicado após o advento da Lei nº 13.105/2015³¹, bem como devem ser respeitadas a extensão e profundidade do mesmo, sob pena, de ensejar o ataque à decisão por meio de recursos previstos em lei.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, analisou-se que com o advento da Lei nº 13.105/2015 e a ausência do termo “livremente” no artigo 131 do Código de Processo Civil de 2015, surgiu uma controvérsia na interpretação quanto a aplicação e a subsistência do princípio do livre convencimento motivado durante a apreciação da prova pelo magistrado.

Ficou comprovado que não é possível sustentar que tal princípio deixou de existir. Isso porque, além do o artigo 5, XXXV da Constituição Federal consagrar a inafastabilidade da jurisdição, a apreciação dos fatos e provas trazidas pelas parte ao judiciário, bem como a devida fundamentação das decisões são direitos fundamentais, pois intrínsecas a dignidade da pessoa humana, sendo oponível ao Estado e aos particulares nas relações intersubjetivas.

De fato, a fundamentação – também entendida como motivação – das decisões se mostra como instrumento democrático legitimante dos atos decisórios, na medida em que possibilita o controle endoprocessual das razões do juiz pelas partes, como também o controle extraprocessual pela sociedade civil.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, traça os contornos normativos referentes ao dever de fundamentação das decisões judiciais, cominando a pena de nulidade para todo ato judicial feito à revelia do referido dispositivo.

Além disso, diante das transformações e complexidades das relações sociais contemporâneas, foi possível concluir que há uma crise dogmática instalada no seio do Judiciário brasileiro, externado pelo ativismo judicial, fruto de um protagonismo judicial e de uma postura omíssiva dos poderes legislativo e executivo nocivos às instituições republicanas.

A crise política atinge fortemente os parlamentares e os chefes do Poder Executivo, ela também se volta em face da magistratura. E o Poder Judiciário não escapa à atual demanda popular por ética e transparência na prestação de um serviço público, mormente a atividade

³¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.



jurisdicional, pela importância de que se reveste em uma República na proteção de direitos. Passa-se, então, a exigir-se coerência e efetividade da prestação jurisdicional.

Portanto, a apreciação da prova diante da retirada do termo “livremente” do artigo 371 do Novo Código de Processo Civil continua sendo regida pelo princípio o livre convencimento motivado. E o ativismo judicial, quando usado para efetivar direitos fundamentais diante da omissão dos outros poderes, se torna uma arma para a concretização da democracia e não representa abuso de direito do poder judiciário, na medida em que não prejudicará o princípio do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ASSUMPTÃO, Daniel. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo : Método, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto da Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Palácio do Planalto Presidência da República, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acessado em: 17 abr 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Site da Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucas/ConstitucasCompilado.htm>. Acesso em: 20 de Março de 2016.

CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Atlas, 2016.

DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Et al. *Curso de direito processual civil*. 10 ed. V.2. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação dos direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 34.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8 ed. São Paulo: RT, 2011.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. *Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 132.



THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V1. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.



IMPACTOS DA DECISÃO DO STF NA ADPF 54 NO ABORTO HUMANITÁRIO

Vanessa Oliveira da Silva

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica.

Resumo – a questão do aborto e a sua descriminalização encontra-se, mais do que nunca, sendo amplamente debatida pela sociedade brasileira. Enquanto de um lado tem-se os grupos religiosos brigando pelo endurecimento das sanções àqueles que praticam tal conduta, de outro há grande parcela da sociedade civil que clama para a descriminalização desta conduta em todas as suas modalidades. Enquanto nosso Congresso Nacional não debate o tema com a devida atenção que ele merece, constantemente casos envolvendo feto anencefálico e fetos má formação são levados ao Poder Judiciário, para que este diga se um eventual aborto nessas condições seria crime ou não. Este trabalho objetiva abordar os aspectos jurídicos da decisão proferida na ADPF 54 para os fetos anencefálicos, bem como uma possível interpretação extensiva desta decisão para outras situações de má formação fetal.

Palavras-chave – Direito Constitucional. ADPF 54. Aborto. Feto anencefálico. Interpretação extensiva. Microcefalia.

Síntese – Introdução. 1. O instituto do aborto humanitário no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A possibilidade (ou não) de interpretação extensiva da decisão proferida na ADPF 54 para outros casos de má formação fetal. 3. A inércia do Congresso em discutir a questão e a insegurança jurídica e social em deixar o tema nas mãos do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem intuito de discutir a possibilidade de estender a interpretação conforme a Constituição, conferida pelo Supremo Tribunal Federal à antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencefálicos, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, para outros casos de má formação fetal. Procura-se discutir os fundamentos da aludida decisão, bem como a viabilidade de sua aplicação para outras hipóteses de aborto.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema, bem como os votos dos ministros da Corte Superior no processo em questão para discutir seus reflexos na sociedade brasileira.



Diante do crescente número de demandas em que se busca o aval do Poder Judiciário para a realização de abortos em casos excepcionais, o tema mostra-se controvertido, já que na maioria das vezes há intervenções de terceiros nesses processos com o intuito de proteger os direitos dos nascituros.

No primeiro capítulo, o trabalho é iniciado com uma breve análise histórica da criminalização do aborto no ordenamento jurídico brasileiro. Aborda-se neste capítulo as atuais hipóteses de excludentes da ilicitude do aludido crime, bem como a visão do Conselho Federal de Medicina sobre o tema.

O segundo capítulo objetiva discutir a viabilidade de se conferir uma interpretação extensiva da decisão proferida na ADPF 54 para outros casos de má formação do feto, em especial, para os casos de microcefalia.

Segue-se ponderando, no terceiro capítulo, os efeitos sociais da inércia do legislador em discutir de forma séria a questão da legalização ampla e restrita do aborto e como isso traz insegurança para a sociedade, já que transfere a questão, em última análise, para as mãos do Poder Judiciário, que não tem a atribuição de normatizar as relações sociais, a tarefa precípua do Poder Legislativo.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, já que a pesquisadora pretende propor hipóteses, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o intuito de rejeitá-las de forma argumentativa.

Para tanto, a pesquisa terá uma abordagem qualitativa, uma vez que a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente ao tema, notadamente os votos dos ministros do STF na ADPF 54, para sustentar a sua tese.

1. O INSTITUTO DO ABORTO HUMANITÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O aborto provocado, que se caracteriza pela expulsão do feto por meios violentos¹, encontra-se criminalizado em nosso ordenamento entre os artigos 124 e 126, Código Penal. Uma análise histórica da criminalização do aborto mostra que as normas atuais são as mais rígidas, apesar do grande apelo da sociedade para a descriminalização total dessa conduta. Como diz Bitencourt²:

¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. C.A. (atual.) Nagib Sábti Filho, Gláucia Carvalho, 22. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 8

² BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Especial*. V 2, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156.



O Código Criminal do Império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. (...)

O Código Penal de 1890, por sua vez, distinguia o crime de aborto caso houvesse ou não a expulsão do feto, agravando-se se ocorresse a morte da gestante. Esse Código já criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. (...)

O Código Penal de 1940, por sua vez, tipifica três figuras de aborto: aborto provocado (art. 124), aborto sofrido (art. 125), e aborto consentido (art. 126).

É isso porque o bem jurídico tutelado pelo legislador é, imediatamente, a vida em formação no ventre da gestante, e de forma mediata, a integridade, tanto física quanto psicológica, da gestante. Nas palavras de Rogério Greco³:

O bem juridicamente protegido, de forma precípua, por meio dos três tipos penais incriminadores (arts. 123, 124 e 125 do CP), é a vida humana em desenvolvimento. Luiz Regis Prado alerta que, de modo geral, “no aborto provocado por terceiro (com ou sem o consentimento da gestante) tutelam-se também – ao lado da vida humana dependente (do embrião ou do feto) – a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher grávida. Todavia, apenas é possível vislumbrar a liberdade pessoal como bem jurídicos secundariamente protegidos em se tratando de aborto não consentido (art. 125 do CP) ou qualificado pelo resultado (art. 127 do CP).

Há na legislação, contudo, certas espécies de excludente da ilicitude desse delito, ou seja, o legislador previu determinadas situações em que não ocorre a punição do aborto quando ele for praticado por médico nas seguintes situações: quando não houver outro meio salvar a vida da gestante, quando a gravidez resultar de estupro e há o consentimento da gestante ou do seu representante, caso ela seja incapaz.

Esta última situação é conhecida como aborto humanitário, ético ou sentimental e, assim como na hipótese de risco para a gestante, geralmente, não necessita de ordem judicial para a ser realizado. Basta, apenas, que o médico se certifique da existência do crime, o que pode ser feito pela existência do inquérito policial ou do processo judicial.

Estas exceções se constituem em uma opção legislativa de não punir nem a gestante, nem o médico que praticarem o aborto nessas situações, em nome da dignidade humana da gestante. É isso porque se trata de situações extremas que mexem de forma tão profunda com o psicológico da gestante, a ponto de afetar a sua dignidade, já que ela teria que passar por meses de sofrimento, angústia e desespero.

Dentro desse cenário, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar na ADF 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, sobre a

³ GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 10 ed., Niterói: Impetus, 2016, p. 362.



possibilidade de se conferir interpretação conforme à Constituição para incluir nas causas especiais de excludente da ilicitude do crime de aborto a interrupção da gravidez quando se constatar que se trata de um feto anencefálico.

A anencefalia se caracteriza por uma má formação fetal resultando na ausência parcial do encéfalo e da calota craniana. Como se trata de uma patologia fatal, os fetos que são acometidos por ela têm curta expectativa de vida extraterina. Estudos na área médica, cujos resultados foram apresentados em um Fórum de Medicina em Brasília⁴, apontam que em aproximadamente 75% dos casos de anencefalia o feto vem a óbito ainda no útero materno. Já os 25% que conseguem sobreviver à gestação acabam morrendo nas primeiras 24 horas de vida, com raras exceções de casos em que os bebês ultrapassam as 48 horas de vida fora do útero materno.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt,⁵ essa situação se enquadra no chamado aborto eugenésico, que não foi amparado pelo nosso ordenamento, podendo ser considerada, no máximo, uma causa excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Por maioria, a Suprema Corte decidiu que não se constitui crime de aborto, nem para a gestante, nem para o médico, a interrupção da gravidez quando o feto sofrer de anencefalia, diante da impossibilidade, mais do que comprovada pela medicina, de vida fora do útero.

Em seu voto, o ministro relator Marco Aurélio destacou que até 2005 o Poder Judiciário instado a se manifestar sobre essa questão, autorizou cerca de três mil antecipações terapêuticas da gestação por conta da impossibilidade de vida fora do útero. Ponderou, ainda, que compelir a mulher a manter uma gravidez de um feto anencefálico não se coaduna com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde⁶.

Após a decisão da Suprema Corte, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.989, em 10/05/2012⁷, com o intuito de uniformizar o procedimento para detectar a anencefalia e estipular os critérios que os médicos devem observar antes de detectar a aludida enfermidade e realizar a antecipação terapêutica do parto.

⁴ BRASIL. <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20903%3Amedicos-e-juristas-defendem-a-antecipacao-terapeutica-do-parto-&catid=3%3Aportal&Itemid=1> Acesso em: 03 jun. 2017.

⁵ *Ibid.*, p. 170.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. APDF 54. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadocpub/paginader.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 03 jun. 2017.

⁷ BRASIL. <http://www.portalmédica.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf> Acesso em: 03 jun. 2017.



A discussão que vem à tona cinge-se na possibilidade de aplicação do mesmo entendimento para outras patologias que gerem a má formação do feto, em especial, a microcefalia. Em outras palavras, se seria possível uma aplicação analógica do entendimento esposado na ADPF 54⁸ para outros casos de má formação fetal.

2. A POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA DECISÃO PROFERIDA NA ADPF 54 PARA OUTROS CASOS DE MÁ FORMAÇÃO FETAL.

Como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme a Constituição para permitir o aborto de fetos anencefálicos. Significa dizer que a Suprema Corte conferiu uma nova causa supralegal de excludente da ilicitude para os tipos penais previstos nos artigos 124 e 126, Código Penal.

Argumentaram os Ministros, em sua maioria⁹, que compelir uma mulher grávida a dar continuidade a sua gestação mesmo sabendo que seu filho morreria no máximo 48 horas depois do nascimento violaria, dentre outros, preceitos fundamentais dessa mulher, como sua dignidade humana e sua integridade física e psíquica, assemelhando tal conduta a uma verdadeira tortura.

Em um trecho do seu voto, o ministro relator da ADPF Marco Aurélio afirma que¹⁰:

A incontinuidade física do feto anencefalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se concete o direito à vida do feto anencefalo – o que, na minha ótica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

Diante dessa decisão permissiva, que chegou a ser chamada por críticos de “o início da legalização do aborto”, como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), que chegou a pleitear sua intervenção no feito na qualidade de *amicus curiae*, mas teve seu pedido negado pelo relator, alguns setores da sociedade civil começaram a questionar se não seria

⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

⁹ Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski; que entendeu que o STF não pode exercer o papel de legislador positivo e ao permitir o aborto de feto anencefálico permitiria também o mesmo entendimento para outras enfermidades em que houvesse pouca ou nenhuma chance de vida fora do útero materno; e Cezar Peloso, também no argumento de que o STF não pode atuar como legislador positivo e a questão da anencefalia imponha uma grande cautela, pois haveria dificuldade no diagnóstico da enfermidade. Houve, ainda, a declaração de impedimento do Ministro Dias Toffoli, por ter sido o Advogado-Geral da União (AGU) e ter participado da elaboração da parecer favorável da AGU.

¹⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.



possível aplicar o entendimento esposado na ADPF 54¹¹ a outros casos de má formação fetal, notadamente, para os casos de microcefalia.

Conforme amplamente divulgado na mídia, nos anos de 2015 e 2016, o Brasil foi acometido por uma epidemia do vírus da zika, que também é transmitido pelo mosquito *Aedes aegypti*. Em paralelo a esta epidemia, constatou-se um aumento expressivo nos casos de microcefalia. Após pesquisas científicas, obteve-se fortes indicativos de que o aumento dos casos de microcefalia estava diretamente associado ao aumento do caso de contaminação pelo vírus da zika, não obstante haja outras causas conhecidas para a ocorrência dessa má formação fetal, como o uso de drogas durante a gravidez, contaminação da gestante por rubéola ou toxoplasmose, etc.

Segundo estudos médicos¹², a microcefalia se configura em uma malformação congênita, em que o cérebro não se desenvolve de maneira adequada. Neste caso, os bebês nascem com perímetro cefálico (PC) menor que o normal, que habitualmente é superior a 32 cm¹³.

Estudos médicos indicam que a microcefalia causa problemas de desenvolvimento para os bebês, no entanto, não há relatos científicos de que a microcefalia necessariamente leve ao óbito do nascituro. Ainda, não há comprovações científicas de que todos os genitores acometidos pelo vírus da zika necessariamente terão filhos com microcefalia.

Para aqueles que defendem a interpretação extensiva da decisão proferida na ADPF 54¹⁴ para os casos de microcefalia, o argumento principal é que o aborto deve ser considerado um direito da mulher, independentemente de má formação fetal, sendo esse direito ainda mais evidente nestas hipóteses. Argumentam, ainda, que deve ser ampliado o conceito de dano à mulher, que é um dos permissivos do aborto legal, para incluir a saúde mental da gestante. Com isso, seria conferido à mulher o direito de abortar nas hipóteses em que se soubesse que o feto possuirá graves limitações, exatamente como ocorre no caso da microcefalia.

No entanto, apesar de se reconhecer o legítimo o direito da mulher de lutar pela legalização do aborto (que não é o foco do trabalho), não é possível, sob o ponto de vista da atual legislação penal brasileira, defender uma interpretação extensiva da decisão proferida na

¹¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

¹² BRASIL. Título disponível em: < <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/1225-zika/21849-o-que-e-a-microcefalia>> Acesso em: 03 jun 2017.

¹³ BRASIL, *op. cit.*, nota 12.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.



APDF 54¹³ para os casos de microcefalia, ou qualquer outra má formação fetal que não impeça a vida extraterina.

De início porque a situação do feto anencefálico é completamente diferente do feto com microcefalia. Enquanto aquele não tem condições de viver fora do útero, já que não possui um cérebro bem constituído capaz de comandar as funções vitais; como já comprovado pela medicina; o feto com microcefalia possui condições de viver, crescer e se desenvolver, da mesma forma que uma criança com Síndrome de Down ou a Síndrome de Patm, por exemplo, cujas anomalias também são detectáveis durante a gestação.

Além disso, os casos de microcefalia muitas vezes só são diagnosticados após o nascimento da criança, enquanto que nos casos de feto anencefálico o diagnóstico da má formação ocorre ainda durante a gestação, normalmente por volta da 12ª semana.

Talvez o ponto principal aqui seja considerar que apesar de haver sequelas, considerável parcela das crianças com microcefalia consegue levar uma vida normal, dentro das suas limitações cognitivas e motoras, da mesma forma que crianças com Síndrome de Down. Em outras palavras, os bebês acometidos pela microcefalia possuem as mesmas perspectivas de vida das crianças sem a aludida enfermidade.

Diante disso, é forçoso admitir que conceder permissão para o aborto de fetos por suspeita de microcefalia, cuja confirmação da anomalia só ocorre após o nascimento, ou qualquer outra má formação que não inviabilize a vida extraterina do feto, heina a eugenia, já que seria um aborto preventivo diante da suspeita de anomalias físicas ou mentais. Cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal ainda não foi instado a se manifestar especificamente sobre esta questão.

Por fim, é importante lembrar que o ponto central deste trabalho não é discutir a legalização ou não do aborto; tema que demandaria uma nova pesquisa científica; mas sim a viabilidade jurídica, dentro das normas de hermenêutica que regem o ordenamento, de se estender (ou não) um entendimento que descriminalizou determinada conduta para outra conduta que não é idêntica ao precedente, nem guarda os mesmos fundamentos naturalísticos.

3. A INÉRCIA DO CONGRESSO EM DISCUTIR A QUESTÃO E A INSEGURANÇA JURÍDICA E SOCIAL EM DEIXAR O TEMA NAS MÃOS DO PODER JUDICIÁRIO.

¹³ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.



É sabido que frequentemente as relações sociais avançam em uma velocidade infinitamente maior do que as atualizações legislativas. E não foi diferente com a questão do aborto.

Como visto inicialmente, o Código Penal¹⁶ vigente, editado em 1940, é o mais rigoroso no tratamento conferido à gestante e ao médico que justificam o aborto. Indubitavelmente, a criminalização do aborto tem uma relação direta com os preceitos religiosos defendidos pela Igreja Católica, que sempre teve uma estreita ligação com o Estado Brasileiro.

Paralelamente, o Brasil, seguindo as tendências estrangeiras, vivenciou uma onda de revolução feminista, que dentre as reivindicações, pleiteia, até hoje, a descriminalização total do aborto, por considerar que ter ou não um filho, antes mesmo de saber da existência de qualquer anomalia, deve ser uma decisão a ser tomada exclusivamente no campo privado da mulher ou do casal, competindo ao Estado apenas fornecer os meios necessários para o procedimento de interrupção da gravidez, caso essa seja a opção escolhida.

Além disso, segundo os defensores da descriminalização do aborto, o estado brasileiro é laico, ou seja, deve ser imparcial quando o assunto é religião, sem apoiar ou discriminar nenhuma forma de religião, da mesma forma que não pode sofrer influência de nenhuma religião. Aliás, este argumento também foi usado pelo ministro Marco Aurélio em seu voto na ADPF 54 para descriminalizar o aborto de fetos anencefálicos¹⁷:

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Práticas religiosas de toda ordem não de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, note a ausência de respeito àqueles que não professam o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.

Desta forma, a análise acerca da descriminalização ou não do aborto não pode, em hipótese nenhuma, passar pelo viés religioso.

¹⁶ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Delet2848compilado.html>. Acesso em: 31 mai. 2017.

¹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 6.

Apesar dos apelos populares, os congressistas parecem não ouvir o clamor popular e não há sequer uma perspectiva de se discutir o tema de maneira adequada. Um exemplo disso é a ausência de projetos de lei sobre o tema para alterar o Código Penal vigente, bem como o não andamento do anteprojeto do novo Código Penal, entregue ao Senado em 2012. Este anteprojeto expressamente traz duas novas causas de exclusão da tipicidade do crime de aborto: a hipótese de anencefalia ou outras graves e incuráveis anomalias, e a vontade da gestante de interromper a gestação até a 12ª semana quando não tiver condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Outra situação que reforça o acima exposto é a PEC nº 29/2015, que pretende alterar o art. 5º, *caput*, da Constituição para “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”, o que, poderia fazer com que qualquer caso de aborto provocado, até os casos atualmente permitidos pelo Código Penal, passe a ser considerado crime. Ou seja, enquanto a sociedade clama pela descriminalização, o Congresso, amplamente influenciado pelas chamadas “bancadas religiosas” busca meios de endurecer ainda mais a matéria.

Por conta desta situação, é crescente o número de demandas judiciais com o intuito de obter a permissão do judiciário para a realização de aborto fora dos casos previstos no Código Penal.

Em um estado democrático de direito, como é o caso do Brasil, cada Poder possui uma atribuição específica e precípua, ainda que possa, de forma atípica, exercer atividade originalmente destinada a outro Poder.

Em diversas situações o Poder Judiciário é chamado para decidir sobre situações que não possuem uma legislação específica ou que exigem uma adequação, como nos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712¹⁸, em que o Supremo Tribunal Federal mudou sua jurisprudência e entendeu que a lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada (lei nº 7.783/89) também se aplica aos servidores públicos, enquanto o Congresso Nacional não editar norma específica sobre o tema.

Essa situação é chamada de ativismo judicial. Embora o ele seja necessário em muitas situações para resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, quase sempre efetivando direitos fundamentais negligenciados pelos Poderes Legislativo e Executivo, o ativismo judicial deve possuir limites para evitar que o Poder Judiciário extrapole em suas decisões e exerça atribuições que constitucionalmente não possui.

¹⁸ BRASIL. Título disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/ctes/verNoticiaDetalhe.asp?fidConteudo=75355>> Acesso em: 04 jun. 2017.



Um exemplo dessa extrapolação é a decisão do STF proferida no HC 124.306, de relatoria para o acórdão do Ministro Luís Roberto Barroso. Entendeu a Primeira Turma do STF, em suma, os arts. 124 a 126, do Código Penal não teriam sido recepcionados pela Constituição de 1988, devendo ser-lhes conferida interpretação conforme à Constituição para não considerar a interrupção voluntária da gestação, independentemente do diagnóstico de anormalias, como crime¹⁹:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2.ª igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gêneros depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privados, recurrem ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cirúrgicos. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se resumem: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e acesso à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Ante-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, já incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

Apesar de haver fortes argumentos a favor da descriminalização do aborto, é forçoso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal legislou positivamente, em ambos os casos, ao

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 124.306. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listaJurisprudencia.asp?sl=%20HC%24%20SCLA%2E+E+124306%2ENUM%2B%29+OU+%20HC%2BACMS%2E+ADJ2+124306%2BACMS%2E%20base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/1zmm97n>>. Acesso em: 04 jun. 2017.



descriminalizar de forma genérica uma conduta, quando o legislador, que possui a atribuição constitucional para criminalizar ou descriminalizar condutas, não o fez.

Há, ainda, outro agravante, que é a possibilidade de decisões conflitantes sobre o mesmo tema proferidas pelo Poder Judiciário. Em 2005, por exemplo, um casal obteve uma decisão judicial para interromper a gestação após o diagnóstico da Síndrome de Body Stalk, que, assim como a anencefalia, inviabiliza a vida fora do útero materno.

Quando a gestante estava internada e pronta para realizar o procedimento cirúrgico, tendo sido até medicada para induzir sua dilatação, foi surpreendida por uma liminar concedida pelo Tribunal de Justiça de Goiás em sede de *habeas corpus*, impetrado por um padre, interrompendo o procedimento, ao argumento de que o casal cometeria um homicídio. Após oito dias de sofrimento, ocorreu o parto e, como previa a medicina, o feto veio a óbito logo após o seu nascimento.

Ainda que o impetrante tenha posteriormente sido condenado na esfera cível a indenizar o casal pelo sofrimento desnecessário que causou, em especial à mulher, não há como negar que houve decisões contraditórias por parte do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Não é novidade para a sociedade, principalmente para os operadores do Direito, que as relações sociais mudam em uma velocidade muito maior do que as respectivas normatizações. E não foi diferente com a questão do aborto.

Na época da edição do Código Penal vigente, em 1940, a criminalização do aborto refletia uma sociedade ainda muito ligada a preceitos religiosos, não obstante o Brasil já ser um estado laico. Obviamente essa ligação refletiu nas normas editadas à época.

Como passar dos anos, a sociedade vem amadurecendo cada vez mais a ideia de que a religião não pode servir de norte para a política. Por conta disso, é cada vez mais frequente o questionamento da constitucionalidade de normas dotadas de um viés religioso, como no caso do crime de aborto e do crime de adultério (revogado apenas em 2005).

Não obstante o clamor de grande parcela da sociedade civil para que o Congresso Nacional ao menos debata o assunto, a realidade é que não há a menor perspectiva de mudança nesse ponto a curto ou a médio prazo.

Por conta dessa inércia legislativa, é crescente o número de demandas judiciais requerendo autorização para a interrupção da gestação por conta de má formação fetal que



inviabiliza a vida extrauterina, objetivando enquadrar a conduta da gestante e do médico nas causas de exclusão da ilicitude previstas no art. 128, do Código Penal.

Diante dessa realidade social, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a manifestar-se especificamente para os casos de fetos anencefálicos, na ADPF 54, conferindo, por maioria, interpretação conforme à Constituição para considerar que a antecipação terapêutica do parto nestas circunstâncias estaria abrangida pelas excludentes de ilicitude do crime de aborto.

Com esse permissivo da Suprema Corte, parcela da sociedade civil passou a reivindicar uma interpretação extensiva do entendimento esposado na ADPF 54 para outros casos de má formação fetal, em especial, para os casos de microcefalia.

Considerando, principalmente, que as crianças acometidas pela microcefalia têm perspectiva de vida extrauterina, diferentemente dos fetos acometidos pela anencefalia, permitir a extensão dos efeitos da decisão proferida na ADPF 54 para outros casos de má formação fetal, abriria as portas para a descriminalização do crime de aborto pelo Poder Judiciário, que não é o Poder constitucionalmente competente para tanto.

Desta forma, em uma fria análise da decisão proferida na ADPF 54, bem como no HC 124.306, o que o Supremo Tribunal Federal fez criar novas causas de excludente de ilicitude para o crime de aborto, legislando positivamente e usurpando atribuição constitucionalmente conferida ao Poder Legislativo. Pode-se dizer, portanto, que houve um excesso no ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

Abravão, Mariana Piagentini. A utilização da fundamentação da ADPF 54 para a interrupção da gravidez na hipótese de microcefalia do feto. Disponível em: <<https://marianapiagentini.jusbrasil.com.br/artigos/443729841/a-utilizacao-da-fundamentacao-da-adpf-54-para-a-interruptao-da-gravidez-na-hipotese-de-microcefalia-do-feto>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20903%3A-medicos-e-juristas-defendem-a-antecipacao-terapeutica-do-parto-&catid=3%3Aportal&Itemid=1> Acesso em: 03 jun. 2017.



Supremo Tribunal Federal. HC 124.306. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?al=%28HC%24%2E SCLA%2E+E+124306%2E+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lzmm97u>> Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 31 mai. 2017.

_____. Decisão do STF na ADPF 54: não existe crime de aborto de fetos anencéfalos. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/04/decisao-do-stf-na-adpf-54-nao-existe.html>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

_____. Decisão do STF sobre aborto de anencéfalo não se aplica a feto com microcefalia. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-05/decisao-feto-anencefalo-nao-aplica-microcefalia>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

_____. Resolução CFM Nº 1.989/2012, de 14 de maio de 2012. *Diário Oficial da União*, 14 mai. 2012, p. 308 e 309. Acesso em: 03 jun. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Especial*. V. 2, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*, 10 ed., Niterói: Impetus, 2016.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. C.A (atual) Nagib Slaibi Filho, Gláucia Carvalho, 22 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.



ATIVISMO JUDICIAL. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMO FORMA DE GARANTIA DO ACESSO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Vera Lorena Milho Guedes

Graduada pela Faculdade de Direito
Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: o presente artigo realiza uma análise teórico-constitucional do direito à saúde, especificamente ao fornecimento de medicamentos, demonstrando que o fenômeno do ativismo judicial é meio apto a satisfação do bem pretendido por meio da ação judicial cabível. A Constituição Federal consagrou a saúde como direito fundamental, entretanto, as políticas públicas necessárias à sua implementação não são efetivadas pelos poderes legitimamente constituídos para fazê-lo. Diante da omissão e inércia do Poder Legislativo e Executivo, fundamentada no alegado princípio da reserva do possível e escassez de recursos financeiros, o judiciário é instado para se manifestar sobre a concretização e interpretação das normas constitucionais com a finalidade de conferir-lhe efetividade, interferindo na atuação dos demais poderes. Como consequência surge o ativismo judicial, que resulta na legitimação extraordinária do Poder Judiciário, atuando de forma proativa como garantidor do direito fundamental ao acesso à saúde, sem necessariamente configurar violação ao princípio da separação dos poderes.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito à saúde. Medicamentos. Ativismo Judicial, omissão. Instrumento de garantia. Efetivação das políticas públicas. Separação dos Poderes.

Sumário: Introdução. 1. Efetivação do direito à saúde face o princípio da reserva do possível. 2. Ativismo Judicial decorrente da omissão dos demais poderes. 3. Intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas: fornecimento de medicamentos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a necessidade da atuação de forma ativa das funções constitucionalmente atribuídas ao Poder Judiciário que é legitimidade diante da omissão dos demais poderes, sendo necessária para efetivação do direito e garantia constitucional à saúde e o fornecimento de medicamentos.

O poder judiciário através de suas decisões visa a impor o cumprimento das obrigações essenciais para concretização de políticas pública. Diante da situação concreta, por meio do exercício regular do direito de ação, o magistrado quando matéria versa sobre à saúde, deve ao realizar a análise das normas e preceitos legais resguardar o bem de maior relevância jurídica, a vida, e conseqüentemente visar sua manutenção por meio da concessão da chancela legal para o acesso do tratamento médico indicado ao caso.

Configurada situações excepcionais, o Poder Judiciário tem o poder-dever de agir de

forma a positivar e impor o cumprimento das políticas públicas. Portanto, diante da omissão dos demais poderes, surge a necessidade de intervenção do Judiciário, sem, contudo, necessariamente configurar extrapolação das funções ou violação ao princípio da separação dos poderes.

As decisões judiciais proferidas nestas hipóteses, que versam sobre o direito à obtenção de medicamentos necessários à manutenção da saúde, são fundamentais para reafirmar a proteção à dignidade da pessoa humana, tutelada pelo ordenamento jurídico e mesmo apto para manutenção da própria vida.

Não se trata de criação de um novo poder, mas, sim, de garantir a manutenção dos pilares estruturais do Estado Democrático de Direito, realizando uma interpretação da norma que visa a efetivar a garantia do direito constitucionalmente atribuído ao cidadão: acesso ao medicamento necessário para tratamento de sua saúde. No presente trabalho, verifica-se a necessidade de o Poder Judiciário atuar de forma proativa, capaz de configurar o ato decisório como ativismo judicial, em decorrência da relevante omissão dos demais poderes. Apesar do Poder Judiciário não ter sua composição firmada por membros eleitos democraticamente, ou seja, não possuir representação popular, determinadas situações, exigem que este órgão responda aos anseios almejados pela sociedade, o que resulta na necessidade de reconhecimento de sua legitimação da atuação ativista para proteção e garantia da efetividade das normas constitucionais.

O primeiro capítulo, aborda a atuação do Poder Judiciário e suas decisões condenatórias em face do Estado, sentido amplo, quando presente a colisão de direitos: previsão orçamentária – prerrogativa de interesse do Estado- e o direito à saúde. Evidente, que realizada uma ponderação de valores, resta prevalente o direito à saúde e a vida em detrimento a regra orçamentária, uma vez que, deve ser extraída a máxima efetividade jurídica da norma constitucional ao bem de maior valor jurídico, não obstante a condenação a mera alegação ao princípio da reserva do possível.

No segundo capítulo, discute-se o ativismo judicial como resultado necessário decorrente da relevante omissão dos demais poderes, o que, não afronta a autonomia e independência dos poderes. Não resta violado o princípio da separação dos poderes, a postura proativa do judiciário resulta no fomento e fortalecimento da democracia. O ativismo judicial mostra-se como forma de garantir o direito constitucional à saúde, instando a se manifestar deve o Poder Judiciário buscar dar efetividade e cumprir o disposto na Constituição Federal.

O terceiro capítulo trata da intervenção do Poder judiciário nas políticas públicas para



assegurar a concessão do fornecimento de medicamentos quando a Administração Pública não cumpre a obrigação que lhe foi outorgada pela Constituição. Análise da legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre questões de políticas públicas destinadas a efetivação do direito à saúde adotadas pelo ente estatal, decorrente da conveniência e limitação orçamentária.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa.

1. EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A Constituição Federal de 1988 consagrou a saúde como um bem jurídico essencial e um direito humano fundamental, erigido como direito de todos e dever do Estado, como dispõe o artigo 196¹. A saúde como direito de prestação exige atuação do Estado no sentido de fornecer serviços e bens materiais ao titular do direito, cuja titularidade é universal, serve também como parâmetro e limitação para organização e atuação dos poderes públicos constituídos. De tal afirmação decorre a obrigação dos entes políticos que integram a organização Federativa do Estado Brasileiro, o dever de adotar medidas que visem a proteção e efetivação do acesso à saúde, sob pena de não o fazendo, resultar em descumprimento do preceito constitucional. A responsabilidade para assegurar o direito à saúde é solidária e comum do Poder Público, podendo ser pleiteada de qualquer dos entes federativos.

O art. 6º da CRFB/88², dispõe que a saúde é também um direito social, que, na condição de direito humano fundamental as normas devem ser dotadas de plena eficácia, como forma de assegurar o mínimo de condições para desenvolvimento da vida e da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito subjetivo que garante a todos os cidadãos o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação, abrangendo

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017. “Art. 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

² Id. Constituição da República Federativa do Brasil. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)”



também a cura e a prevenção de doenças de forma a assegurar a integridade física e psíquica diretamente interligada a dignidade da pessoa humana. A Carta Magna adotou a concepção de saúde de forma abrangente, reconhecendo-a como direito humano, observa-se que conforme definido no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) a saúde “é o completo bem-estar físico, mental e social e não consiste apenas em a ausência de doença ou de enfermidade”³⁷.

Da análise do direito à saúde pelo exame dos dispositivos constitucionais através de sua contextualização decorre o direito à vida e da proteção da dignidade humana. No Capítulo da Ordem Social, foi reservada uma Seção específica referente a Seguridade Social tratando expressamente da Saúde. O artigo 193 da CRFB/884, dispõe como objetivo o bem-estar que caracteriza a saúde como um direito de justiça social. O art. 198, do mesmo diploma legal, em linhas gerais, tangencia a organização do Sistema Único de Saúde (SUS)³⁸. Por certo que os citados dispositivos não esgotam a matéria abordada, que para a compreensão em sua totalidade devem ser conectadas de forma axiológica para a proteção constitucional do direito à saúde.

O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e de sua eficácia social contrapõe-se aos limites que lhe são impostos: reserva da consistência, reserva do possível e o princípio da proporcionalidade. A dificuldade é dar efetividade as normas constitucionais que asseguram o direito fundamental de acesso à saúde, tendo em vista, a limitação material de orçamento, que em regra, provém da receita tributária e outras formas de arrecadação do Estado. A problemática é apurar se a mera alegação de ausência de recursos é capaz de obstar à possibilidade jurídica de disposição na alocação de recursos materiais e humanos na consecução do serviço público essencial.

Ao realizarem a análise da origem e dos aspectos históricos do princípio da reserva do possível “Vorbehalt des Möglichen”, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo⁶ esclarecem fazendo referência a posição doutrinária do autor Canotilho⁷ que “a construção teórica da reserva do

³⁷ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO- USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/MS-Organizac3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-oms/pt-br/>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

³⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

³⁹ Id. Constituição da República Federativa do Brasil. “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

⁶ SARELET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciana Benetti. *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 108.

possível tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir dos anos de 1970.⁷ Na decisão que ficou conhecida como *numerus-clausus Entscheidung*, em que grupo de candidatos a vagas nas faculdades públicas de Medicina lograram êxito em ingressar nas instituições de ensino, em razão dos critérios de admissão que limitavam o número de vagas. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha “*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*” inovou ao utilizar a teoria da reserva do possível, esclarecendo ser necessária a observância da razoabilidade nas ações em desfavor do Estado. Nas palavras dos doutrinadores citados⁸, o Tribunal Alemão entendeu que, a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Com relação à saúde, os responsáveis pela sua efetivação, devem diante da indisponibilidade fática ou jurídica de recursos deliberar de forma responsável a sua destinação, buscando aprimorar a gestão do orçamento público, otimizando os recursos, e, minimizando os efeitos da reserva do possível. Neste sentido, desenvolvendo o aspecto da indisponibilidade de ordem fática na reserva do possível, tem-se o posicionamento na doutrina de Roberto Torres Lobos⁹ que afirma:

no Brasil, portanto [a reserva do possível], passa a ser fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro somente na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanentemente a possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática!

A saúde é matéria de caráter emergencial e os órgãos do Poder Judiciário devem zelar pela máxima efetividade do cumprimento das normas constitucionais, conforme dispõe o art. 5º, §1º da CRFB/88. As decisões judiciais que examinam atos do poder público devem aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, observando os critérios de adequação e necessidade, como forma de atingir um patamar eficiente para a realização e garantia do acesso à saúde. Neste sentido, assevera Canotilho¹⁰ que:

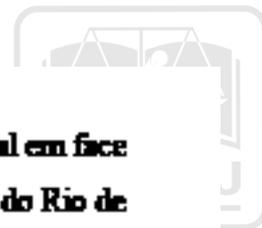
rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

A utilização argumentativa do princípio da reserva do possível pelo Poder Público

⁷ *Ibid.*

⁸ TORRES, Ricardo Lobos. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 110.

¹⁰ CANOTILHO, op. cit., p.481.



como forma de defesa genérica não deve ser óbice capaz de impedir a atuação judicial em face da omissão estatal. Sobre o tema, na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹¹ temos o Enunciado da Súmula n. 241: “Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas na Constituição”.

Em termos jurídicos-normativos deve ser priorizada a hierarquia impondo como prioridade constitucional a efetividade do acesso ao direito fundamental à saúde em detrimento da legislação orçamentária, valorizando padrões mínimos de justiça social e a própria dignidade da pessoa humana. Na esfera das prestações que dizem respeito à saúde deve ser preservado o mínimo existencial em prevalência da própria vida, sendo, inaceitável obstaculizar a plena eficácia e efetividade, incluindo a sua exigibilidade na prestação de um direito subjetivo e urgente, portanto, a tese da reserva do possível, deve ser analisada com cautela, não sendo capaz, de por si só afastar a responsabilidade do Estado.

2. ATIVISMO JUDICIAL DECORRENTE DA OMISSÃO DOS DEMAIS PODERES

A Constituição da República no art. 2º estabelece como cláusula pétrea o princípio da separação dos poderes entre o Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um desses poderes exerce funções típicas e secundárias, de forma harmônica e independentes entre si.

A omissão, inércia, ausência de recursos e a ineficiência dos serviços públicos ligados à saúde resultam na abstenção do cumprimento por parte do Poder Público das políticas sociais, com enfoque no fornecimento de medicamentos, surgindo a necessidade da atuação do Judiciário, que tem sido instado a se manifestar para efetivar os direitos fundamentais de maneira a garantir a supremacia das normas constitucionais. Se incumbe ao ente estatal por análise de conveniência e oportunidade administrar e definir nos limites orçamentários os gastos com políticas públicas destinada a concretizar os direitos sociais, de outro lado, cabe ao Judiciário a função de cumprir efetivamente os direitos sociais disposto no texto constitucional.

O resultado dessa omissão é o ajuizamento de várias ações com a finalidade de obter

¹¹BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Processo Administrativo n. 0014104- 12.2011.8.19.00 00. Relator: Desembargador José Geraldo Antônio. Disponível em: <<http://www.tjrijus.br/documents/10136/31404/reserva-do-possivel.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2017.



a tutela do poder judiciário que assegure o direito ao medicamento necessário para manutenção de uma vida digna. Com relação à origem do ativismo judicial para Luís Roberto Barroso¹² o surgimento ocorreu com a decisão de segregação racial proferida pela Suprema Corte Americana, elucidando breve definição histórica:

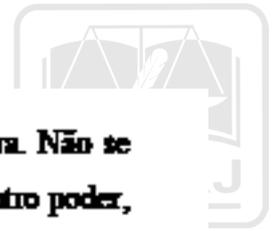
Foi na atuação primitiva da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sandford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Bra Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial centrada no intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, (...) produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) [...]

A doutrina elenca vários conceitos para definição do ativismo judicial, entretanto, entende-se ser uma postura proativa contributiva para o direito, e ocorre pelas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. No caso concreto o magistrado através de interpretação hermenêutica expansiva busca concretizar o valor da norma constitucional para solucionar o litígio e atender as necessidades decorrentes da omissão legislativa ou executiva.

3. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

É possível constatar que atualmente há na prática das funções exercidas pelos poderes democráticos uma dificuldade na sua separação, resultando numa disputa e desequilíbrio ante a falta de atuação e ineficiência do Legislativo e o Executivo. Em tese o Judiciário vem preenchendo as lacunas e exercendo competências que deveriam ser dos demais poderes, questões relevantes são submetidas a seu crivo e julgamento sendo necessária a análise no que tange a legitimidade e constitucionalidade. Faz-se necessário que o judiciário adote uma postura proativa e eficaz exercendo com plenitude as funções que lhe foram constitucionalmente atribuídas exigindo uma atuação do juiz constitucional para efetivar o direito ao acesso à saúde

¹² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. 4. ed. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.



através do fornecimento do medicamento necessário quando há omissão nesta sentença. Não se trata de invasão ou interpretação jurídica apta a usurpar competência atribuída a outro poder, mas, de uma atuação em conformidade com o constitucionalismo moderno, neste sentido, com relação a limitação da atuação jurídica por parte do Judiciário transcrevemos as considerações realizadas pelo doutrinador Flávio Hiroshi Kubota¹³:

As normas de competência servem de parâmetro delimitador das situações em que o juiz constitucional está autorizado a exercer jurisdição, sendo importante para identificar as situações em que o juiz constitucional deve efetivamente atuar, nas hipóteses em que estão presentes todos os pressupostos processuais previstos na Constituição, ou se abster, nas hipóteses em que se constata a ausência dos referidos pressupostos.

Não é matéria passível de análise discricionária de oportunidade e conveniência por parte da Administração Pública, sendo evidente que deve existir recursos financeiros para sua efetivação, não bastando a mera alegação, mas, a efetiva demonstração de indisponibilidade material. Inexistindo a implementação do direito ao acesso ao medicamento pretendido para manutenção da saúde deve o Poder Judiciário quando instado a se manifestar buscar viabilizar a implementação do direito amparada constitucionalmente, não resultando a atuação em retrocesso, quando possível sua efetivação sem que configure violação as normas de competência constitucional dos poderes.

A ausência de efetividade ao fornecimento de medicamentos, direito social de acesso à saúde garantido constitucionalmente, ocorre em decorrência dos diversos fatores já abordados, mas, primordialmente em razão de esse direito demandar recursos orçamentários que quase sempre o Estado alega estar indisponível. Sinteticamente Victor Hugo Muta de Menezes¹⁴ aduz que:

para solucionar a questão, têm sido exteriorizados diferentes posicionamentos jurídicos, políticos, administrativos e ideológicos, porém, todos unânimes em defender melhor planejamento do Estado e criação de políticas públicas eficazes com a adoção de medidas concretas, traçando estratégias de atuação e demandando prestações positivas por parte do Estado.

De fato, encontram-se muitos obstáculos a serem superados quando se reivindica o direito fundamental constitucional a determinado medicamento, ressaltando que o Judiciário não possui a gestão do orçamento das entidades federadas e, apenas em um processo não é possível abarcar a discussão geral de receitas e despesas públicas; da mesma forma, o regime

¹³ KUTOBA, Flávio Hiroshi. *Competência do juiz constitucional: limites de atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade*. Curitiba: Jurua, 2015, p. 283.

¹⁴ MENEZES, Vitor Hugo Muta de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Jurua, 2011, p. 95.



democrático constitucional inadmitte que o Judiciário idealize políticas públicas sociais, sobre o tema Menezes¹³, em suma, explica que:

[...] se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob a prisma constitucional, especialmente ao que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. É dizer-se: alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou recuse os pilares da democracia pluralista.

As implementações de políticas públicas demandam investimento e administração na execução do orçamento. Compete ao Estado como ordenamento das despesas vislumbrar os casos nos quais há escassez de recursos. A mera alegação de ausência de orçamento não deve obstaculizar o acesso à saúde condicionando a atuação do Judiciário diante da alegação da reserva do possível.

Com as transformações sociais, o Poder Judiciário, mais próximo da realidade social, deve buscar um caminho alternativo capaz de conceder aos cidadãos a fruição efetiva do direito social de acesso a medicamento. Este direito exige uma prestação positiva por parte do Estado, surge a necessidade de análise dos limites das obrigações e da forma de implementação pelos demais poderes.

É função do Estado efetivar medidas que promovam o bem-estar social, para tanto, os recursos devem ser alocados de maneira adequada e transparente, sendo imprescindível ações planejadas para que os recursos públicos possuam destinação eficiente e com equidade.

O Judiciário tem sido demandado a solucionar as questões relacionadas na área de saúde que deixam de ser implementadas por falta de orçamento, incluindo a concessão de medicamentos. Com relação à competência para a dispensação de medicamentos e tratamentos de saúde a Constituição Federal nada dispõe, a matéria se encontra em atos administrativos federais, estaduais e municipais, a Portaria 3.196/98 do Ministério da Saúde¹⁴ estabelece a Política Nacional de Medicamentos, e, de forma simplificada os demais entes elaboram lista e medicamentos que serão adquiridos e fornecidos a população. Com relação à disponibilização de medicamentos Menezes¹⁵ descreve que:

importa mencionar que cada Município fixa sua própria lista — a Relação Municipal de Medicamentos (Remome). Esses itens são adquiridos com recursos próprios dos Estados e dos Municípios, complementados por recursos do Ministério de Saúde. A compra dos medicamentos é uma responsabilidade compartilhada entre Estados e

¹³ *Ibid.*, p. 95

¹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde, Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <http://brs.ms.saod.gov.br/brs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 06 jan. 2017.

¹⁵ MENEZES, op. cit., p. 177.

Municipais, bem como a definição dos pontos de oferta dos produtos e os documentos apresentados pelos usuários.

Com o avanço da medicina, a procura por medicamentos que não se encontram na lista, alguns não aprovados pela Anvisa e outros aprovados, mas indisponíveis gratuitamente, resulta na propositura de diversas ações judiciais visando à obtenção do medicamento pretendido. O simples fato de o medicamento prescrito não estar previsto na lista padronizada do SUS, que demora dois anos para ser atualizada, não é óbice capaz de limitar o seu fornecimento. O Judiciário deve aplicar a lei de forma casuística impondo ao Poder Público o fornecimento do medicamento que representa consequência indissociável do direito à vida. Logo, a dificuldade encontra-se justamente na conciliação diante do fato que o poder público ao administrar as finanças públicas encontra óbice para efetivação dos direitos sociais sob alegação de déficit no orçamento anual. Por tais motivos é imprescindível dentro do processo realizar a averiguação por meio da produção de provas para que seja assegurado e efetivado a garantia do mínimo existencial para provimento do pleito.

As ações judiciais que buscam a tutela jurídica ao fornecimento de medicamentos têm sido discutidas tanto no plano doutrinário como pelo Judiciário. Ressaltando que em última instância o Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁸ tem afirmado, em situações excepcionais a efetividade desse direito, correlacionando sua situação a defesa do mínimo existencial em face da alegação da reserva do possível, não considerando ingerência de um poder sobre o outro, sendo impositivo a cláusula da reserva do possível em face do núcleo básico do mínimo existencial. Desta forma incumbe ao Judiciário uma análise da ausência da implementação da política pública mínima capaz de preservar o bem jurídico tutelado de maior relevância protegido constitucional o próprio direito à vida, direito fundamental e passível de aplicação imediata.

O ativismo judicial não se trata nestas hipóteses de uma usurpação de competência do Poder Judiciário sobre os outros poderes, mas, de uma implementação de direitos que deveriam ter sido efetivados. Menezes¹⁹ contextualiza que: “a justiciabilidade ou acionabilidade nada mais é do que a possibilidade de buscar a concretização e o respeito de um direito por meio do Poder Judiciário, ou seja, é a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos para conferir-lhe efetividade.”

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 232.335/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2BSCLA%2B+B+232335%2BNUM%2B%2D+NAO+S%2BPRE%2B&base=baseMecanograficas&url=http://tinyurl.com/bba4efh>>. Acesso em: 14 jul.2017.

¹⁹ MENEZES apud BAEROSO, Laís Roberto. *Divisão de saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2011, p.232.



Apesar de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos diretamente pelo povo através do voto direto, não é crível reconhecer a falta de legitimidade do órgão para efetivar o direito de acesso ao fornecimento de medicamento quando o poder público descumpra sua obrigação de concretizar as normas constitucionais de aplicação imediata. Prosseguindo, com relação ao controle das políticas públicas realizadas pelo Judiciário, o doutrinador Krell²⁰ discorre aspectos relevantes esclarecendo que:

[...] o Judiciário deve se tornar responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, demandando o juiz, no atual Estado Constitucional Brasileiro, de ser um funcionário estatal, submetido às hierarquias e limites da administração, para tornar-se uma expressão originária de Poder Estatal. [...], no entanto, as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao Governo e à Administração Pública, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais.

Pelo exposto, não se busca a proteção para que o Judiciário exerça a função de criar políticas públicas, mas, compeli-lo a responsabilizar o Poder Público a executar as medidas necessárias para o cumprimento do fornecimento do medicamento que vise a preservar a vida, adequando a conduta da Administração aos objetivos fundamentais do Estado democrático de direito e a prevalência dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, através do poder constituinte originário, atribui ao poder judiciário a função de guardião dos valores constantes no texto constitucional, conferindo-lhe destaque na sociedade. A atuação dos poderes deve ser pautada nos limites impostos, em verdade, trata-se de observância obrigatória do sistema democrático e a preservação do Estado de Direito. Nesse sistema surge o ativismo judicial, como resultado de inúmeras demandas sociais não atendidas pelo Poder Executivo e Legislativo, que necessitam serem satisfeitas por meio da ação judicial cabível, o presente trabalho se desenvolve especificamente com relação ao direito fundamental à saúde, indispensável ao maior bem

²⁰ KRELL, Andreas J. *Divisão social e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris S.A., 2002, p. 97 e 100.



jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico – a manutenção da vida.

O esforço para implementar políticas públicas que efetivem o direito social de acesso ao fornecimento de medicamentos possui prioridade em razão de estar intimamente ligado a manutenção da vida. Não deveria caber ao judiciário a decidir sobre questões que envolvam políticas públicas, entretanto, se mostra imprescindível sua atuação em razão da ausência de ações do Poder Legislativo e Executivo que visem solucionar a questão na esfera administrativa, sem a necessidade de buscar a tutela jurisdicional para obter o medicamento necessário ao tratamento indicado.

O princípio da solidariedade do sistema visa que a saúde seja executada através da participação direta da comunidade em decorrência inclusive da prioridade da matéria, incluindo a participação da sociedade em audiências públicas que determinam e limitam a previsão orçamentária e alocação de recursos em setores predeterminados.

É preciso que seja aperfeiçoado um mecanismo de colaboração no qual haja um sistema de dados informativos, com diálogo permanente entre os Gestores Públicos, dentre eles o Poder Judiciário, visando elencar os medicamentos mais procurados e que possuem sua concessão firmada por meio de decisões judiciais. A comunicação integrada evidencia-se como forma de melhoria no fornecimento de medicamentos, otimização dos recursos públicos e para propiciar um sistema apto a responder as necessidades da população; diminuindo o acesso ao judiciário em demandas que buscam a condenação do Estado a obrigação de fazer, e, que, devido à demora na prestação pode resultar em grande sofrimento em razão da ausência do fornecimento do medicamento necessário ao tratamento podendo inclusive levar a óbito.

Assim, o ativismo judicial tem se mostrado como meio de garantia de efetivação ao fornecimento de medicamentos nas inúmeras demandas envolvendo o direito fundamental de acesso à saúde. Compete ao Poder Judiciário como forma de solucionar no caso concreto em que é instado a se manifestar se pronunciar no sentido positivo, em detrimento da alegação de ausência de recurso em benefício da vida e própria dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que o ativismo judicial na esfera da saúde é um fenômeno contributivo para consolidar as normas constitucionais de eficácia imediata, devendo ser entendido como mecanismo de agregação da solução de conflitos nos quais há necessidade de o Poder Judiciário realizar uma análise valorativa de interesses. O magistrado ao determinar a alocação de recursos para o custeio do fornecimento de medicamento pleiteado, não está inovando na esfera legislativa, mas, determinando o cumprimento da norma imposta e inobservada pela Administração Pública. O ativismo judicial, neste contexto não configura violação ao princípio da separação dos poderes, mas, em verdade, representa a integração dos poderes para a



consecução do disposto na Carta Magna, de forma legítima observado os princípios basilares da democracia.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernando Gomes. Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF; In: *Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos*. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/diestudobarroso.pdf>>. Acesso: em 07 mar. 2016.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. ed. 4. Janeiro/fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 jul. 2016.

_____. Ministério da Saúde, Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 06 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal RE n. 232.335/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+232335%ZENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bba4e8h>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BOTELHO, Ramon Fagundes. *Judicialização do Direito à Saúde, A Tensão entre o "Mínimo Existencial" e a "Reserva do Possível" na Busca pela Preservação da Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. São Paulo: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris S.A, 2002.

KUTOBA, Flavio Hiroshi. *Competência do juiz constitucional: limites de atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 283.



PEREIRA, Delvecchio de Souza. *O orçamento público e o processo de judicialização da saúde*. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em 07 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Ailton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18718>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.



DIREITO DA INFRAESTRUTURA NO BRASIL: A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E AS NOVAS GARANTIAS AOS PARTICIPANTES DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE NO BRASIL.

Vinicius Ferreira Santos

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Aluno-Residente na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A prestação dos serviços públicos no Brasil encontra empecilhos na falta de desenvolvimento da infraestrutura nacional. Para superar tal problema, tornam-se cada vez mais necessárias as parcerias com a iniciativa privada. Atento a esse desafio, o Estado brasileiro importa o modelo das *user-pays proposals*, na forma do chamado procedimento de manifestação de interesse – PMI – para que o particular possa, sem a convocação do Estado, identificar uma lacuna estrutural e desenvolver um projeto de estruturação, apresentando-o ao ente público de modo a embasar uma futura licitação que vise ao desenvolvimento da estrutura pública de prestação de serviços. Contudo, o modelo atual é insuficiente e apresenta problemas. Importantes avanços foram feitos, a exemplo do modelo de autorização exclusiva e singularidade do estudo apresentado; porém, os desafios persistem, tais como: a assimetria de informações entre o particular e o ente público; a dificuldade na seleção de projetos; a ausência de uma separação clara entre os mercados dos elaboradores de projeto e os licitantes; e o risco de inadimplemento em casos de licitação frustrada, que acarreta a falta de remuneração do particular que elaborou o projeto de estruturação. Atento a essa questão, o legislador une às recentes modificações legislativas, vide Decreto federal n. 8.428/2015 e Decreto n. 61.371/2015 do município de São Paulo, a Lei federal n. 13.334/2016, que prevê o fundo de apoio à estruturação de projetos, gerido pelo BNDES, a fim de prover o particular que se dedica ao PMI de garantias e, em consequência, desenvolver o mercado de estruturação no Brasil.

Palavras-chave – Direito administrativo. Procedimento de manifestação de interesse. PMI. Assimetria de informações. Autorização exclusiva. Separação de mercados. Fundo de apoio à estruturação de projetos. Licitação. Conclusão. Referências.

Sumário – Introdução. 1. A desestatização, a expansão da infraestrutura nacional e a necessidade do procedimento de manifestação de interesse. 2. Aprimoramentos do modelo de PMI no Brasil e o fortalecimento de um mercado exclusivo de estruturação de projetos. 3. O FAEP e a transferência do risco do insucesso da licitação. Uma garantia de remuneração ao estruturador de projetos.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo a análise da funcionalidade do procedimento de manifestação de interesse – PMI – no Brasil como mecanismo de fornecimento ao Poder



Público, por estruturadores particulares, dos estudos e projetos de estruturação necessários para o desenvolvimento da infraestrutura nacional.

Para abordar o tema em voga, fez-se imprescindível verificar os fatores que justificam a adoção de tal sistema pelo Brasil. Ainda, foi preciso avaliar também quais foram as falhas observadas ao longo de sua utilização pela Administração Pública brasileira e quais vantagens e desvantagens esse instituto proporciona.

Neste diapasão, com vistas a propiciar uma melhor compreensão do tema, foram abordados estudos técnicos, com dados estatísticos sobre o cenário da infraestrutura brasileira e sobre os custos relativos a essa atividade. Foram utilizados também estudos doutrinários sobre a questão, de modo a permitir a reflexão sobre a real funcionalidade deste instrumento.

Destaca-se na presente pesquisa as inovações legislativas recentes, que foram comentadas à luz dos estudos, dados e posicionamentos doutrinários explanados ao longo da pesquisa. Trata-se de avaliação crítica sobre a possibilidade ou não de se resolver os problemas existentes no instituto estudado.

O primeiro capítulo do presente trabalho apresenta uma exposição sobre a mudança de perfil do Estado brasileiro, que passa a adotar o modelo de Administração gerencial e, com isso, abre espaço para a utilização do PMI no mercado de estruturação nacional. Discute-se a profundidade desta mudança, se ela foi completa ou ainda está em curso, e o papel do PMI nessa transição, considerado o cenário atual e as projeções para o futuro, em termos da infraestrutura pública nacional.

Já no segundo capítulo, abordam-se inovações legislativas referentes ao aperfeiçoamento do modelo existente. Trata-se do sistema de autorização exclusiva e da separação de mercados entre licitantes, de um lado, e estruturadores independentes, de outro, com o intuito de verificar quais melhorias essas modificações na legislação atual podem trazer e se são capazes de corrigir e aprimorar o sistema.

O terceiro capítulo destinou-se a enfrentar o problema referente à eventual ausência de remuneração do elaborador dos estudos e projeto de estruturação. Trata-se falha legislativa na qual havia a possibilidade de, em licitação frustrada, o estruturador não ser remunerado uma vez que é o licitante vencedor que custeia esses estudos. Abordou-se, para esse fim, a recente Lei federal n. 13.334/2016 que se dedicou ao tema.

A presente pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, a fim de comprová-las ou rejeitá-las mediante os argumentos abordados e desenvolvidos ao longo do trabalho.



1. A DESESTATIZAÇÃO, A EXPANSÃO DA INFRAESTRUTURA NACIONAL E A NECESSIDADE DO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Durante a década de 1990 o Brasil iniciou o seu processo de desestatização, ainda em curso. O constituinte de 1988 percebeu que um Estado hipertrofiado gerava custos elevados e não correspondia às expectativas da sociedade. Como aponta Marcos Juruena Villela Souto, o Estado deve concentrar-se na gestão de serviços públicos e não na produção de riqueza, papel este da iniciativa privada. Com isso, os esforços e recursos públicos podem ser redirecionados às áreas essenciais para que se alcancem os anseios da sociedade. Assim, torna-se possível atender à opção constitucional e buscar um redimensionamento do Estado, este que deixa de lado o papel de principal executor para transforma-se em regulador e fiscalizador¹⁻².

O cumprimento da vontade do constituinte pressupõe universalizar o acesso aos serviços públicos no Brasil. Para tal, é preciso expandir a infraestrutura brasileira, tarefa que o Estado não consegue realizar sozinho. A crescente demanda da população por serviços essenciais não vem sendo acompanhada de investimento suficiente em infraestrutura; na realidade, o patamar de investimento está estacionado há décadas entre 2,0% e 2,5% do PIB e é insuficiente para repor o que é depreciado e ainda expandir a capacidade de oferta³.

Ainda a esse respeito, mais dados mostram que, por exemplo, em 2007 os investimentos em infraestrutura do governo federal alcançaram apenas 0,34% do PIB. Já as demais instâncias públicas – empresas e governos estaduais, e empresas federais – contribuíram com 0,72% do PIB para estes gastos. No total, os entes públicos foram responsáveis por investir apenas 1,06% do PIB, o que está muito abaixo do patamar mínimo necessário para evitar a degradação da infraestrutura pública já existente (estimado em 3% do PIB)⁴.

¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 131.

² Tal opção constitucional está claramente expressa no artigo 174 da CRFB/88, cuja redação é: "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado" BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_04/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

³ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. *Estratificação de projetos de PPP e concessão no Brasil: diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*, 2015. Disponível em: <https://web.bancomundial.org/handle/document/1408/7211/1/estrutura%20de%20concess%C3%A3o%20no%20Brasil_P.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

⁴ PRISCHIAK, Cláudio R. *O investimento em infraestrutura no Brasil. Histórico recente e perspectivas*. Disponível em: <<http://www.intelbr.com.br/content/o-investimento-em-infraestrutura-no-brasil-hist%C3%B3rico-recente-e-perspectivas>>. Acesso em: 02 mai. 2017.



Para promover o mencionado redimensionamento, o Estado passou a se valer, dentre outros mecanismos, de concessões. Por meio de tal instituto, é possível ao Poder Público estabelecer contratos com a iniciativa privada para viabilizar a prestação de serviços públicos e expandir a infraestrutura nacional – esta última principalmente por meio das PPPs. É a chamada delegação negocial, que se viabiliza mediante contrato administrativo.

Contudo, as preocupações do Estado não se restringem à execução contratual. É preciso também voltar atenção ao momento pré-contratual, à fase interna da licitação da qual advirá a concessão. Faz-se referência aqui, como principal objeto de preocupação a ser analisado, os estudos técnicos relacionados à modelagem da concessão que será posta em prática quando do firmamento do contrato administrativo entre Estado e particular.

Atento a esta questão, o legislador previu no artigo 21, da Lei 8.987/1995³ que a estruturação de projetos não é monopólio do setor público. Ao contrário, abre-se espaço para que a iniciativa privada possa estruturar projetos por meio de estudos técnicos, com o fim de modelar a futura concessão, e apresentá-los ao ente estatal.

À Administração Pública é permitido estruturar os projetos e modelar as concessões, mas ela sofre grandes limitações, orçamentárias e técnicas. O Poder Público, nos três níveis de governo, ainda tem muita carência não só de recursos, mas de *know how*. Da abertura prevista pelo artigo 21, da Lei 8.987/1995 – que é aplicado também às PPPs – e da necessidade da Administração Pública surge o procedimento de manifestação de interesse – PMI⁴.

O PMI é um instrumento criado no Brasil para suprir a carência na identificação e estruturação de bons projetos de interesse da sociedade, com ênfase na área de infraestrutura. Esses projetos poderão ou não ser objetos de futuras licitações para a concessão de serviços ou para a formação de PPPs. O mecanismo foi criado no âmbito federal em 2006, e depois replicado por estados e municípios⁵.

³ “Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital” BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1998/cons.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁴ O procedimento de manifestação de interesse (PMI), conforme explica Rafael Carvalho Resende de Oliveira, “tem por objeto a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos de Parcerias Público-Privadas, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada. O PMI encontra fundamento legal no art. 21 da Lei 8.987/1995, aplicável às PPPs, na forma do art. 3.º, caput e § 1.º, da Lei 11.079/2004. Em âmbito federal, o PMI encontra-se regulamentado pelo Decreto 8.428/2015”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev., atual. e suppl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 188.

⁵ SANTOS, Chico. Retomada das concessões difícil, mas essencial. In: *Revista conjuntura econômica*. Rio de Janeiro: FGV/Ibra. v. 69; n. 5, p. 29. mai. 2015.



O citado mecanismo tem origem nas *unsolicited proposals*, do direito anglo-saxão. Trata-se de projetos concebidos pelo mercado privado. De acordo com este mecanismo, um potencial licitante identifica e prepara o projeto e o desenvolve por meio de seus estudos a fim de dar início ao procedimento licitatório. O governo, então, pode iniciar o procedimento competitivo ou negociar diretamente com a sociedade empresária que preparou os estudos⁸.

O PMI desempenha papel fundamental em economias emergentes. Não raro os governos não dispõem de corpo técnico, de recursos financeiros e nem do aparato institucional para liderarem até o fim com a seleção dos projetos de interesse público, e, por conseguinte, nessas nações, tende a prevalecer o modelo das *unsolicited proposals*.

O modelo é defendido em países de baixo desenvolvimento econômico com dois argumentos principais: o primeiro versa sobre a possibilidade de o setor privado trazer ao governo ideias novas para o desenvolvimento da infraestrutura; o segundo ponto é que, não dispondo de recursos humanos e financeiros para fazer seus próprios projetos, esses governos, especialmente em níveis subnacionais, podem ficar sem nenhum projeto ou com insuficiência de projetos se não aproveitarem as propostas que lhes são trazidas pelo setor privado⁹.

Embora o PMI no Brasil apresente problemas¹⁰, tem-se que sua utilização é crucial para a resolução de diversos problemas estruturais no país. É preciso aprimorá-lo. Para alcançar a média geral de investimento em infraestrutura, o Brasil precisaria investir uma média anual de 5,5% do PIB no setor nos próximos 20 anos, contra uma realidade de investimentos de 2,3% ao ano nos dois últimos decênios¹¹.

Neste sentido, tornou-se imprescindível o maior envolvimento do setor privado. O país requer um volume crescente de investimentos em infraestrutura pública, mas restrições fiscais do Estado não o permite avançar e sanar o déficit estrutural existente. Sobrou, apenas, recorrer à iniciativa privada.

⁸ CAMACHO, Fernando Torres; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. *Estruturação de projetos de infraestrutura: experiência internacional e lições para o Brasil*. p. 11. Disponível em: <<http://www.sefaz.br/scripts/mde/ppp/docs/TD-PMI-1.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁹ SANTOS, op. cit., p. 29.

¹⁰ "Especificamente em relação aos projetos firmados como PPPs, dos 162 PMIs iniciados entre 2010 e 2014, apenas 46 (28%) chegaram à fase de consulta pública, 34 (21%) resultaram em editais publicados; e 20 (12,3%) em contratos assinados, conforme apresentado no gráfico abaixo. Pode-se apontar duas razões [a serem abordadas no capítulo seguinte] que contribuem para a baixa efetividade na geração de contratos assinados: (i) a existência de custos de transação muito elevados (ii) e de assimetrias informacionais e desalinhamento de incentivos" BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2015, op. cit., p. 18.

¹¹ SANTOS, op. cit., p. 26.



2. APRIMORAMENTOS DO MODELO DE PMI NO BRASIL E O FORTALECIMENTO DE UM MERCADO EXCLUSIVO DE ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS

Por conta dos problemas atrelados ao manejo do PMI, surge o Decreto federal n. 8.428/2015, que regulamenta o artigo 21, da Lei federal n. 8.987/1995 (vide nota 4). O citado decreto traz inovações importantes, como a previsão de uso do PMI não só para as PPPs (que impulsionaram o PMI no Brasil), mas para as concessões em geral, como também a possibilidade de o particular não estar adstrito a uma provocação, e poder, por iniciativa própria, levar um estudo à Administração Pública quando identificar uma oportunidade em potencial de estruturação de um projeto.

Tal decreto traz importantes avanços, mas ainda insuficientes. O BNDES vem realizando estudos sobre o tema e sugerindo alterações no modelo atual, a fim de refinar o PMI no Brasil¹². Em busca desse objetivo, o citado banco sugeriu a ideia de selecionar apenas um agente privado para realizar os estudos, no início do procedimento, ao invés de receber vários deles ao final e, ainda, não permitir que o autor dos estudos participe do leilão, o que já é possível pelo Decreto federal n. 8.428/2015, mas não obrigatório¹³.

Essas duas importantes sugestões foram postas em prática no município de São Paulo. O Decreto municipal n. 61.371/2015 do referido município, diferentemente do Decreto federal n. 8.428/2015, adotou a ideia de autorização exclusiva¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶, que se traduz na singularidade do

¹² BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. *Estruturação de concessões e PPPs*. 2016. Disponível em: <<http://www.bndes.org.br/splm/1705201612045671Henrique%20Amarante%20-%20BNDES.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹³ Conforme artigo 18 do Decreto federal n. 8.428/2015, tem-se que a proibição da participação do elaborador dos estudos é uma possibilidade, e não uma imposição. Confira-se o texto: “Art. 18. Os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos, levantamentos, investigações e estudos apresentados nos termos deste Decreto poderão participar direta ou indiretamente da licitação ou da execução de obras ou serviços, exceto se houver disposição em contrário no edital de abertura do chamamento público do PMI”.

¹⁴ CARVALHO, André Castro; FERRO, Murilo Ruiz. *Estudo jurídico sobre o Decreto n.º 61.371/2015. (o “decreto dos PMIs”) do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-estudo-jur%C3%ADdico-sobre-o-decreto-n%C2%BA-613712015-o-%E2%80%9Cdecreto-dos-pmis%E2%80%9D-do-estado-de-s%C3%A3o-pa.>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

¹⁵ “Art. 6.º A autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos: I - será confidencial sem exclusividade” BRASIL. Decreto federal n.º 8.428 de 02 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹⁶ “Art. 17 § 4.º - O destinatário de autorização exclusiva deverá apresentar declaração de compromisso de não participação, direta ou indireta, incluídas concessões ou atividades de consultoria, em eventual licitação resultante dos respectivos estudos”. BRASIL. Decreto municipal n.º 61.371 de 21 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.sl.sp.gov.br/ocm/?id=175099>>. Acesso em: 25 out. 2016.



estudo apresentado. Ainda, passou-se a prever que o particular que elaborou os estudos não poderá participar da futura licitação.

As inovações legislativas realizadas baseiam-se em diversos fatores observados pelo BNDES no mercado de estruturação brasileiro, que podem ser assim elencados: (i) falta de alinhamento entre agente privado (potencial licitante) e interesse público; (ii) risco de prejudicar a isonomia no leilão com o suporte do potencial licitante ao Poder Público durante o procedimento licitatório e (iii) a existência de dificuldade de ter o comprometimento do particular para entrega dos estudos e para realização de alterações necessárias¹⁷.

Os fatores apontados se fazem presentes por conta, principalmente, de dois problemas correlatos e ainda muito comuns no mercado de estruturação brasileiro, que são a assimetria de informações e a ausência de uma separação clara entre o mercado de licitantes, de um lado, e de estruturadoras independentes, de outro. Com isso, elevam-se os chamados custos de transação que, por sua vez, encarecem o procedimento.

Entende-se como assimetria de informações a situação na qual o particular, provido de informações sobre o projeto das quais o Estado não dispõe, é capaz de obter rendas extras, que materializam lucros excessivos se comparados aos que seriam obtidos se essa informação fosse conhecida pelo setor público. Isso significa que o estruturador pode reter informações para se valer de posicionamento favorável em relação à Administração Pública, colocando-a em desvantagem no negócio a ser pactuado por conta do déficit informacional que o favorece.

A partir do momento em que um particular – estruturadora de projetos – está ligado a investidores potencialmente interessados na licitação da concessão ou PPP haverá um natural conflito de interesses entre ele e o setor público. Como consequência, haverá uma alocação de riscos desfavorável à Administração Pública e injustamente favorável ao particular.

A estruturadora interessada na licitação tentará visibilizar uma concessão (PPP ou comum) que maximize o lucro global, em conjunto com a preparação do projeto por ela apresentado e com a operação da concessão comum ou PPP. Como o lucro auferido ao se tornar concessionário (seja em uma concessão comum ou em uma PPP) é muito maior do que aquele referente aos projetos e estudos elaborados, a tendência natural é que prevaleçam decisões no sentido de vencer a licitação e se tornar concessionário e não necessariamente em elaborar o melhor estudo e fazer o melhor projeto.

Uma possível consequência desse cenário é a influência da estruturadora nos termos da licitação de maneira a favorecer seus controladores. Isso pode se dar por meio, por exemplo,

¹⁷ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2016, op. cit., p. 26.

de divulgação seletiva de informações sobre o projeto, dificultando a sua avaliação por outros potenciais interessados – o que significa dizer que o particular está gerando o déficit informacional justamente para tentar auferir vantagem na negociação com o Poder Público¹⁸.

Outra forma seria estruturar um projeto com especificações que favoreçam os controladores da empresa, como exigir o uso de determinados insumos ou equipamentos não acessíveis a outros investidores¹⁹. Compõe-se, com este cenário, um péssimo ambiente de déficit informacional aliado a uma quebra na isonomia no leilão durante o procedimento licitatório, pois, naturalmente, caso o estruturador de projetos possa participar da licitação, levará vantagem em relação aos demais participantes.

Ainda, é de interesse da estruturadora que a contrapartida do Poder Público na licitação seja a maior possível – desde que, por óbvio, o valor fixado não inviabilize o procedimento licitatório – já que isso elevaria o lucro auferido pelo particular responsável pela elaboração dos estudos técnicos. No entanto, isso resulta em um claro desalinhamento entre o agente privado e o interesse público uma vez que esse tipo de negociação, desarrazoadamente vantajosa para o particular, fere o princípio da economicidade, de observância obrigatória pelo Estado.

Somado a tudo isso, há o fato de que muitas vezes o número de estudos entregues é elevado e o custo da assimetria de informações aumenta exponencialmente já que diversos serão os estudos apresentados propositalmente com base de custos inexata, tecnicamente incompletos, baixa profundidade e matriz de riscos inadequada, com o intuito de tirar o maior proveito possível da Administração Pública e levando o poder concedente a um desequilíbrio desfavorável.

O reflexo desse panorama, em inúmeras vezes, é a implantação da infraestrutura desejada ficar emperrada já que o Poder Público é levado a rever os estudos apresentados, duplicando dispêndios e elevando o tempo médio para oferta de um projeto de licitação.

De outro lado, uma estruturadora independente, dedicada exclusivamente à elaboração dos estudos para o projeto que será base da futura concessão, e sem interesse em participar da licitação, torna possível um bom alinhamento de interesses entre o particular e o setor público. Isso ocorre por conta de uma atuação convergente de interesses no qual Administração Pública e agente privado buscam os mesmos objetivos.

A estruturadora independente irá querer que a contrapartida da Administração Pública em uma concessão fique no menor patamar aceitável para as parceiras privadas, pois isso

¹⁸ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2015, *op. cit.*, p. 180.

¹⁹ *Ibidem*.



aumentará a probabilidade de que o setor público selecione a sua proposta de projeto e faça a licitação.

Por conseguinte, cria-se um cenário no qual os dois lados participantes pretendem reduzir ao máximo o aporte de recursos pelo setor público – ou aumentar ao máximo o valor da outorga que este receberá – desde que isso não inviabilize a licitação do projeto.

A estruturadora independente só será compensada por seus custos se e quando o projeto que ela estruturou for aprovado pelo Poder Público e houver uma licitação bem-sucedida, com a contratação de um parceiro privado, pois o licitante vencedor é quem custeia a elaboração do projeto utilizado²⁰. Para que isso ocorra, ao contrário do ambiente outrora descrito, o estudo deve ser preciso, sem falhas premeditadas e sem brechas para que a estruturadora tire vantagem da Administração Pública por meio da assimetria de informações.

Nota-se que, ao contrário da estruturadora que não só pode, mas tem interesse de participar dos dois mercados – para licitantes e para estruturadores – a assimetria de informações pode se apresentar como um trufo para auferir vantagens. De outro lado, a estruturadora independente envidará esforços para que o cenário de déficit informacional não venha a ocorrer. Daí se percebe que a eliminação da assimetria de informações e a separação de mercados entre licitantes e estruturadores consubstancia, na prática, uma maior garantia de que o Estado terá uma situação mais eficiente quando da utilização do mecanismo do PMI.

Assim, a alocação de riscos entre setor público e estruturadoras independentes, atuantes em um mercado separado dos licitantes, no qual a única preocupação é a aprovação de seu projeto, aliado ao sistema de autorização exclusiva e, subsequentemente, a um contexto de déficit informacional reduzido, mostra-se como uma alternativa de redução de custos transacionais e consequente incremento na qualidade e manejo do PMI nacional.

3. O FAEP E A TRANSFERÊNCIA DO RISCO DO INSUCESSO DA LICITAÇÃO. UMA GARANTIA DE REMUNERAÇÃO AO ESTRUTURADOR DE PROJETOS

A insuficiência do sistema das *unsolicited proposals* no Brasil, que permanece mesmo com as melhorias recentemente implementadas e expostas em tópico anterior, evidencia o gargalo de infraestrutura que existe no país. Para combater este problema, que ocorre também

²⁰ *Ibidem*, p. 160.



em outras nações, surge a tendência global de criação e fortalecimento de *facilities* por bancos de desenvolvimento nacionais. Busca-se o apoio técnico e financeiro de tais instituições para a estruturação de projetos uma vez que elas possuem equipes estáveis e com boa capacidade técnica, além do *funding* necessário para realizar essa tarefa²¹.

Em resposta ao déficit estrutural do país, a recente Lei federal n. 13.334/2016 traz o Programa de Parceria de Investimentos – PPI. Tal diploma refere-se a um programa instituído pelo Governo Federal visando a expansão da infraestrutura pública, em aliança com a iniciativa privada, para suprimir o déficit existente no Brasil nesse setor e melhorar, por conseguinte, a prestação dos serviços públicos no país.

A lei dispõe sobre a participação do BNDES – banco de fomento federal – como importante viabilizador e operador do PPI. Trata-se de união entre a capacidade de financiamento e a expertise técnica advinda da desestatização ocorrida na década de 1990.

Dentre os problemas que a nova lei pretende resolver, destaca-se a ausência de garantias suficientes para a remuneração do particular que elabora o projeto de estruturação, em hipóteses de licitação deserta ou de inadimplência do concessionário.

Quando da apresentação de um projeto de infraestrutura, o particular que participa do PMI tem a sua remuneração advinda de outro particular, que é aquele ganhador da licitação²². Esses estudos que embasam as propostas apresentadas ao Poder Público têm um custo. Ao mesmo tempo, o estruturador que os desenvolve corre um sério risco de não ser pago pelo projeto elaborado. Se o ganhador da licitação é quem o remunera, mas a licitação, por outro lado, pode ser deserta, ou, ainda, o vencedor do certame pode se tornar inadimplente, o participante do PMI não irá obter qualquer remuneração.

Atento ao problema, o BNDES surgiu com a ideia de criar um fundo²³ com o fim de dotar o particular que realiza estudos técnicos, a serem apresentados dentro da lógica do PMI, de garantias. Tal iniciativa visa a estimular o crescimento deste mercado de *unsolicited proposals* e propiciar o surgimento de novas estruturadoras independentes no Brasil, além de fomentar o desenvolvimento da infraestrutura nacional.

²¹ *Ibidem*, p. 3.

²² Trata-se de previsão expressa do artigo 17 do Decreto federal nº 8.428/2015, que diz: “Art. 17. O edital do procedimento licitatório para contratação do empreendimento de que trata o art. 1º conterá obrigatoriamente cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração de projetos, levantamentos, investigações e estudos utilizados na licitação”.

²³ KLEIN, Cristina. BNDES lançará linha de R\$ 200 milhões para estruturação de projetos. Valor econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/4501522/bndes-lanca-linha-de-r-200-milhoes-para-estruturacao-de-projetos>>. Acesso em: 09 out 2016.



A Lei federal n. 13.334/2016 acatou essa ideia. A partir do artigo 14²⁴, a lei prevê o fundo de apoio à estruturação – FAEP – que tem por objetivo justamente materializar essa garantia remuneratória.

O FAEP pode ser definido como um fundo de natureza privada e patrimônio próprio administrado pelo BNDES. Ele aportará o volume inicial para a estruturação de projetos, podendo receber mais recursos de outros entes públicos, organismos internacionais e pessoas físicas ou jurídicas de direito privado²⁵.

A ideia é que o elaborador do estudo esteja resguardado do possível insucesso da licitação que, como consequência, o deixaria sem remuneração. Isso porque, como visto, é o licitante vencedor do certame licitatório que pagará o estruturador. Ademais, não há remuneração paga diretamente pela Administração. Essa, aliás, é uma das características que mais fortemente tem contribuído para a disseminação do modelo de autorização, dado que o setor público a encerra como uma forma de viabilizar a preparação de um projeto sem a aplicação imediata de recursos estatais²⁶.

Para viabilizar tal garantia e afastar o risco de prejuízo para o elaborador dos estudos, o fundo custeará a remuneração desse particular e, posteriormente, com o término processo licitatório e escolha do concessionário que irá implementar a concessão comum ou PPP, este ressarcirá a quantia paga por aquele.

De fato, trata-se de previsão legal que proporciona uma transferência do risco e não a sua eliminação. A licitação frustrada causará prejuízo a alguém. Mas, a fim de estimular o setor de PMI no Brasil, a Lei federal n. 13.334/2016 incumbiu tal fardo ao BNDES, que terá muito mais capacidade de suportá-lo do que grande parte do empresariado nacional, ainda mais em um setor do mercado tão incipiente.

Os objetivos deste mecanismo foram bem sintetizados por notícia veiculada em matéria jornalística do site Valor Econômico, da seguinte forma:

O crédito será obtido, o fundo perdido, por consultores ou grupo de consultores necessariamente independentes, que não participem da fase de execução. O objetivo é que os vencedores desta segunda etapa façam o ressarcimento dos recursos para o fundo do BNDES. O banco corre o risco de que não haja leião de licitação para a execução, isto é, que o projeto não prospere. A intenção, no entanto, é ajudar a resolver

²⁴ “Art. 14. Fica o BNDES autorizado a constituir e participar do Fundo de Apoio à Estruturação de Parcerias – FAEP, que terá por finalidade a prestação onerosa, por meio de contrato, de serviços técnicos profissionais especializados para a estruturação de parcerias de investimentos e de medidas de desestatização. BRASIL. Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

²⁵ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2016, op. cit., p. 12.

²⁶ *Ibidem*, p. 17.

um dos gargalos do investimento no país e estimular a indústria de consultoria de grandes projetos, considerada o “cérebro” do setor.²⁷

A importância das modificações do sistema do FMI no Brasil, dotando o particular de maiores garantias, pode ser mais melhor compreendida com a exposição dos custos dos estudos técnicos realizados.

Como exemplo, em chamamento público realizado pela CEDAE, referente à concessão de esgotamento sanitário – denominado de “projeto de melhorias nos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitários nas comunidades localizadas nas áreas das unidades de polícia pacificadora no estado do Rio de Janeiro” –, expõe-se diversos valores de ressarcimento para os diferentes “blocos de comunidades”, criados para melhor sistematizar a expansão e infraestrutura a ser realizada. O edital de chamamento público alude como valor máximo de ressarcimento o percentual de 2,5% do objeto a ser contratado²⁸.

A lista de valores para cada bloco referente ao projeto citado é a seguinte: Bloco I: R\$ 3,35 milhões; Bloco II: R\$ 3,78 milhões; Bloco III: R\$ 2,74 milhões; Bloco IV: R\$ 1,87 milhões; Bloco V: R\$ 1,75 milhões; Bloco VI: R\$ 0,75 milhões; Bloco VII: R\$ 0,80 milhões²⁹. Isso evidencia não só que a infraestrutura no Brasil tem um custo muito elevado, como também que o possível prejuízo do elaborador dos estudos é um fardo muito pesado para ser suportado por grande parte do empresariado nacional.

O exemplo não é uma situação extraordinária; muito pelo contrário, é uma situação corriqueira na Administração Pública. Conseqüentemente, estes problemas de insegurança, aliados a altas cifras, atingem diariamente diversos particulares que poderiam estar contribuindo com o Poder Público, identificando lacunas na infraestrutura pública e oferecendo esse tipo de serviço especializado ao Estado, mas não o fazem por receio do prejuízo em que podem incorrer eventualmente.

Percebe-se que não só infraestrutura nacional ainda é muito deficiente, mas também o arcabouço jurídico para viabilizar sua evolução. O reflexo desta precariedade é a má prestação do serviço público ao administrado, devida, em grande parte, pela infraestrutura precária que é destinada a esta prestação.

O desenvolvimento de técnicas jurídicas para a criação e expansão da infraestrutura nacional contribui para a solução dos problemas expostos, além de possibilitar à Administração

²⁷ KLEIN, Cristina. *Valor econômico*, op. cit., p. 1.

²⁸ COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS DO RIO DE JANEIRO. *Chamamento público e procedimento de contratação de interesse: FMI 001/2016*. Disponível em: <http://www.cedae.com.br/portais/0/tri_cedae/fmi/fmi001_2016.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

²⁹ *Ibidem*.



o alcance de sua função precípua de universalizar a prestação dos serviços públicos com qualidade e acessibilidade pela população, sobretudo a parcela mais carente.

CONCLUSÃO

As modificações e estudos apresentados possibilitam um caminho de concretização, por meio da parceria entre Estado e iniciativa privada, daquilo que o Poder Público, nitidamente, conforme todos os dados estatísticos apresentados, não consegue fazer sozinho.

O advento de uma Administração de resultados concretos tornou suscetível as parcerias entre setor público e setor privado. Trata-se da única saída factível já que o Estado tem recursos escassos – capital e intelectual –, pois é nítida a sua impossibilidade de suportar o patamar de investimentos necessários para a renovação da infraestrutura do país.

Nesse contexto, o modelo do PMI surge como importante alternativa, mas que deve ser aprimorada. As inovações discutidas, ainda incipientes no Brasil, contribuem para a melhor utilização do instituto. Como demonstrado, as inovações legislativas trazidas reduzem os custos de transação do negócio e aumentam sua viabilidade.

O modelo de autorização exclusiva, confere maior agilidade no procedimento de seleção de projetos e reduz os custos de transação por diminuir a assimetria de informações entre os participantes. Ainda, a separação de mercados entre licitantes e estruturadores independentes, além de reduzir ainda mais o déficit informacional entre as duas partes do negócio, viabiliza uma situação convergente delas, o que leva a um alinhamento de interesses ideal entre Poder Público e agente privado.

A Lei federal n. 13.334/2016 prevê mecanismo crucial para o sucesso do modelo no Brasil. Trata-se de fundo por meio do qual se transfere o risco do insucesso da licitação para o BNDES. O mecanismo dota o particular de maior segurança, para incentivar e desenvolver o mercado de estruturação no país, tornando-o mais atrativo, com menos riscos e maiores garantias. Atende-se, com isso, tanto o interesse de novos atores do mercado como o da própria Administração Pública, que necessita deste *know how* para aprimorar a infraestrutura pública nacional.

Com isso, o Direito Administrativo nacional se torna mais moderno e consensual, hábil a materializar um Estado e uma Administração renovados, que se preocupam com o resultado, busca da eficiência e com a efetiva prestação dos serviços públicos de que necessita a

população, por meio de uma infraestrutura pública mais apta a oferecê-los melhor, em consonância com o previsto pelo constituinte em 1988.

REFERÊNCIAS

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. *Estruturação de concessões e PPPs*, 2016. Disponível em: <<http://www.abde.org.br/uploads/1705201612045671Henrique%20Amarante%20-%20BNDES.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. *Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil: diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*, 2015. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bi/bjpsui/bitstream/1408/7211/1/Estrutura%C3%A7%C3%A3o%20de%20projetos%20de%20PP%20e%20concess%C3%A3o%20no%20Brasil_P.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Decreto n. 8.428 de 02 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987const.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. *Estruturação de projetos de infraestrutura: experiência internacional e lições para o Brasil*. Disponível em: <<http://www.sefaz.ba.gov.br/scripts/redeppp/docs/TD-PMI-1.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

CARVALHO, André Castro; FERRO, Murilo Ruiz. *Estudo jurídico sobre o Decreto nº 61.371/2015 (o "decreto dos PMIs") do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portals/content/artigo-estudo-jur%C3%ADdico-sobre-o-decreto-n%C2%BA-613712015-o-%E2%80%9Cdecreto-dos-pmis%E2%80%9D-do-estado-de-s%C3%A3o-pa->>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS DO RIO DE JANEIRO. *Chamamento público a procedimento de manifestação de interesse: PMI 001/2016*. Disponível em: <http://www.cedae.com.br/portals/0/ri_cedae/pmipi001_2016.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.



FRISCHTAK, Cláudio R. *O investimento em infra-estrutura no Brasil. Histórico recente e perspectivas*. Disponível em: <<http://www.interb.com.br/content/o-investimento-em-infraestrutura-no-brasil-hist%C3%B3rico-recente-e-perspectivas>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

KLEIN, Cristian. *BNDES lançará linha de R\$ 200 milhões para estruturação de projetos*. Valor econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/4501522/bndes-lancara-linha-de-r-200-milhoes-para-estruturacao-de-projetos>>. Acesso em: 09 out. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

SÃO PAULO. Decreto municipal nº 61.371 de 21 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=175099>>. Acesso em: 25 out. 2016.

SANTOS, Chico. *Ratowada das concessões: difícil, mas essencial*. *Revista conjuntura econômica*. Rio de Janeiro: FGV/Ibre. v. 69; n. 5, mai. 2015.

SOUTO, Marcos Juruenia Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.



DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO POLÍTICO-IDEOLÓGICO SUSTENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Vivian Silva de Sousa

**Graduada pelo Centro Universitário da
Cidade - UniverCidade. Advogada**

Resumo: Com o início da denominada Operação Lava-Jato ganhou força o apelo popular por retrocesso de penas e redução de garantias processuais penais para os acusados de crimes de que envolvem o desvio de verba pública. Nesse sentido, o Ministério Público Federal apresentou o Projeto de Lei 4.850/2016 chamado de as “10 Medidas Contra a Corrupção”, como de iniciativa popular, propondo alterações, principalmente, no Código Penal e no Código de Processo Penal. No entanto, o projeto tornou-se alvo de diversas críticas por parte da academia e de associações que entendem que as inovações caracterizam um verdadeiro retrocesso civilizatório, na medida em que violam o princípio da presunção de inocência e configuram um atentado ao direito de defesa do acusado. Além disso, as propostas tendem a provocar um desequilíbrio no processo, pois ampliam os poderes de Ministério Público em prejuízo da defesa. Portanto, a maior parte das medidas é inconstitucional, uma vez que violam diversos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Palavras-chave: Processo Penal. Autoritarismo. Defesa Social. Utilitarismo. Democracia. Ministério Público.

Sumário: Introdução. 1. O projeto de poder do Ministério Público Federal: a proposta de um “código da acusação” de viés autoritário. 2. A antidemocraticidade do discurso da defesa social. 3. O processo penal como garantia contra o uso arbitrário do poder de punir. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo é centrado na análise reflexiva do discurso político-ideológico sustentado pelo Ministério Público Federal em favor das alterações processuais penais contidas no Projeto de Lei nº 4.850/2016 conhecido como “10 Medidas Contra a Corrupção”, tendo em vista que elas foram apresentadas *ergo* como a solução para a chamada impunidade dos crimes de corrupção no país.

Parte-se da premissa de que o discurso da impunidade e de “combate” à corrupção, constantemente utilizado pelo Ministério Público Federal, são pretextos para a implementação de um modelo autoritário de processo penal. Para tanto, o órgão acusatório se vale da descrença popular na representatividade democrática do Poder Legislativo e do Executivo, e passa a disputar com estes o poder político.



O expressivo apoio popular e midiático dados à Operação Lava Jato, foi a chave para que procuradores da República, membros da força tarefa designada para atuar somente na referida “Operação”, iniciassem ampla campanha com fim de obter o mínimo de assinaturas necessárias para apresentação de projeto de lei como de iniciativa popular.

Todavia, as medidas tomaram-se alvo de diversas críticas por parte da academia e de associações que entendem que as inovações caracterizam um verdadeiro retrocesso civilizatório, na medida em que configuram um atentado ao direito de defesa do acusado, pois diminuem a capacidade de resistência do acusado diante da persecução penal, medida em que ampliam os poderes de Ministério Público em prejuízo da defesa. Além disso, violam o princípio da presunção de inocência, haja vista que transferem para o acusado o ônus de provar a que é inocente; portanto, são inconstitucionais.

A Constituição Federal estabelece como uma das principais atribuições do Ministério público a defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Com isso, o presente estudo indaga: As medidas legislativas em questão atendem à função constitucional do Ministério Público?

Além disso, diante do discurso que defende o recrudescimento de penas e a redução de garantias para os acusados dos delitos que envolvem os crimes de corrupção, questiona-se: o discurso da defesa social é compatível com um estado democrático em que os direitos individuais são limites ao uso arbitrário do poder de punir?

Por outro lado, numa democracia a função do processo penal seria a de garantia do cidadão ou de mero instrumento legitimador da pena?

Neste sentido, no primeiro capítulo, pretende-se demonstrar que o Ministério Público Federal se vale de discursos populistas como o de “combate à impunidade” e o de “combate à corrupção” para implementar um “projeto de poder”, na medida em que o PL 4.850/2016 confere maior poder à acusação do que à defesa em detrimento da presunção de inocência e da ampla defesa.

No segundo capítulo, analisa-se se a ideologia da defesa social, presente no discurso justificador das “10 Medidas Contra a Corrupção”, é compatível com um estado democrático em que os direitos individuais não podem ser vistos como um obstáculo ao poder de punir.

No último capítulo, pretende-se comprovar que o PL 4.850/2016 ignora conquistas civilizatórias, pois o processo penal não deve ser visto como um instrumento para se alcançar uma sanção penal, em que o acusado é mero objeto da punição. O processo penal calcado em bases democráticas deve ser entendido como garantia do cidadão.



No que toca à metodologia adotada, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora propôs um conjunto de hipóteses, às quais entende como adequadas ao objeto da pesquisa, de modo a comprová-las ou rejeitá-las. Nesse sentido, a pesquisadora pretende realizar pesquisa bibliográfica pertinente ao tema em análise para sustentar a sua tese. Portanto, a abordagem ao objeto de pesquisa será necessariamente qualitativa.

1. O PROJETO DE PODER DO MINISTÉRIO PÚBLICO: A PROPOSTA DE UM “CÓDIGO DA ACUSAÇÃO”¹ DE VIÉS AUTORITÁRIO

O Sistema de Justiça Criminal e todo o aparato jurídico que o compõe sempre foram um espaço de disputa pelo poder, tanto por atores jurídicos, quanto por atores políticos, uma vez que representa uma arena fértil para o controle social. Nesse sentido, é importante ter em mente que “a consciência da dimensão política do processo penal é uma das principais condições à construção de uma disciplina de conteúdo democrático e, conseqüentemente, de uma teoria apropriada à democratização do sistema de justiça Criminal”². Desse modo, o sistema político influencia diretamente o sistema criminal.

O processo penal faz parte do “imaginário autoritário, de uma cultura que acredita no uso da força, em detrimento do conhecimento, como forma de solucionar os mais diversos problemas sociais”³. Nessa esteira, a forma como as instituições que atuam no sistema de justiça criminal percebem e aplicam o processo penal está intrinsecamente ligada à tradição autoritária sobre a qual foi construído o Estado brasileiro.

O discurso que sustenta a aprovação das medidas para o “fim da impunidade” nos crimes de corrupção se mostra eficiente para o convencimento da sociedade, como a brasileira, profundamente desigual e carente de políticas públicas, no sentido de que o aumento de penas e a redução das ditas muitas garantias do acusado, são a solução para todos os males sociais. Isso porque, insere-se na mente do povo que mais punições significam mais direitos. No entanto, a redução das desigualdades sociais e a ampliação do acesso dos

¹“Dez medidas contra a corrupção”, são código da acusação, diz juiz Marcelo Sener. Disponível em <<https://jota.info/justica/dez-medidas-contru-corupcao-sao-codigo-da-acusacao-diz-juiz-marcelo-sener-27092016>> Acesso em: 16 mai 2017.

²CASARA, Rubens R. R.; MELCHER, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 19.

³*Idem*. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 3.



cidadãos e direitos básicos, deve se dar por meio de políticas públicas, por exemplo, e não pelo sistema de justiça criminal.

Historicamente, o Direito Penal e o Processo Penal sempre foram meios eficientes e eficazes de controle da social, principalmente, da parcela da sociedade considerada indesejável e não interessante ao poder econômico. Nesse sentido, não se pode negar a relação entre o poder político e o direito penal, pois “se é verdade que o direito e poder detêm relações estreitas, sendo impossível separá-los, fica claro que o sistema penal e o direito penal contêm e constituem manifestações de poder”⁴. Portanto, direito e poder estão intimamente ligados.

Convém destacar, ainda, o que diz Michel Foucault sobre a estreita relação entre poder e sistema penal⁵

não será que, de modo geral, o sistema penal é a forma em que o poder como poder se manifesta de maneira mais manifesta? Prender alguém, mantê-lo na prisão, privá-lo de alimentação, de aquecimento, impedi-lo de sair, de fazer amor etc. é a manifestação mais delirante que se possa imaginar [...] O que impressiona nessa história é não o apenas a possibilidade dos exercícios de poder, mas o cinismo que ele se exerce como poder, da maneira mais mecânica, mais pareil, mais infantil [...] A prisão é o único lugar onde o poder pode se manifestar em estado puro em suas dimensões mais excessivas e se justificar como poder moral

O Projeto de Lei nº 4.850/2016, chamado de as “10 Medidas Contra a Corrupção” pretende ampliar indevidamente os poderes do Ministério Público no processo ao mesmo tempo em que injustamente fulmina o direito de defesa, tendo em vista que admite as provas ilícitas obtidas por boa-fé em desfavor do acusado; permite a execução provisória da pena; inverte o ônus da prova no que toca às nulidades em favor da acusação; restringe o manejo do *habeas corpus*; reduz prazos prescricionais, por exemplo.

Todavia, conferir maior poder à acusação em detrimento da defesa e reduzir a capacidade do acusado de resistir à persecução penal, não se mostra compatível com a finalidade do processo penal num estado democrático, que é o de impor limites ao poder punitivo com vistas a se concretizar o projeto constitucional.

Nesse sentido, tornar o Ministério Público uma “super parte”, a pretexto de se defender uma sociedade desorganizada e vulnerável, significará o abandono dos ideais iluministas que inspiraram o constituinte originário a prever um rol de direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas, em prestígio ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴FRAGOSO, Christian Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 119.

⁵MICHEL, apud FRAGOSO, Christian Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 119.



Com efeito, para compreender melhor essa disputa pelo poder, é importante analisar o contexto em que o PL nº 4.850/2016 foi apresentado. No campo político-social, destacam-se os grandes escândalos de corrupção e de desvios de verba pública que contribuíram para o impedimento do mandato de uma Presidenta eleita democraticamente, e deram azo para discursos conservadores em defesa da sociedade e em prejuízo do indivíduo; no campo jurídico, sobressai-se a Operação Lava Jato.

Este cenário de fragilização da sociedade propiciou que discursos salvacionistas e messiânicos, como o de “salvação do Brasil” e o de “limpeza da política”, ganhassem ampla adesão popular pela aprovação do mencionado projeto de lei. Ademais, criou um ambiente fértil para a proposta de medidas meramente simbólicas como solução para o crime de corrupção.

Os discursos populistas de que “algo precisa ser feito” e da “sensação de impunidade” colocam os direitos e garantias fundamentais como entrave para o “necessário combate à corrupção”. Contudo, “a cada emprego simbólico do sistema repressivo há uma sensível invasão na esfera dos direitos fundamentais, embora eles formalmente continuem presentes no ordenamento jurídico”⁶

É importante pontuar também que a crença da sociedade e de parte dos atores jurídicos na imparcialidade do Ministério Público contribuiu o expressivo apoio para a aprovação das “10 Medidas”. Todavia, esta “ideia da imparcialidade do Ministério Público, choca-se com a concepção moderna de processo penal; ou seja, com a noção de que o processo penal constitui um processo de partes”⁷. Isso porque toda parte tem interesse jurídico no desfecho do processo; portanto, a imparcialidade do Ministério Público é um mito.

O papel atual do Ministério Público, que significa um importante salto qualitativo na separação entre a função de julgar e acusar, no processo penal, nasceu como fruto de um processo de revisão crítica do exercício do poder, provocada pelos ideais iluministas da Revolução Francesa. Esse decisivo papel desempenhado pelo Ministério Público não pode se afastar do conjunto de garantias indispensáveis à dignidade da pessoa humana.⁸

⁶CHOUER, Pizzi Henni. *Boxer para a compreensão e crítica do Direito*. Disponível em: <http://www.academia.edu/24060241/BASES_PARA_COMPREENS%C3%A3O_E_CR%C3%8DTICA_DO_DIREITO>. Acesso em: 23 mai. 2017.

⁷CASARA, Rubens R. R. *Mitologias Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 161.

⁸PRADO apud CASARA, Rubens R. R. *Mitologias Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 156.



Ademais, como adverte Hassemer “apenas um direito processual penal aplicado com estrito respeito às suas normas e com garantias enraizadas profundamente na consciência dos cidadãos pode impedir que a apuração do caso penal signifique também vulneração à lei”.⁹

Portanto, a Constituição Federal ao dispor que cabe ao Ministério Público a “defesa da ordem jurídica e do regime democrático”¹⁰ demarcam o limite de atuação deste órgão no processo penal que deve sempre se pautar pela estrita observância dos direitos e garantias individuais, tendo em vista que estes constituem uma das bases da democracia.

2. A ANTIDEMOCRATICIDADE DO DISCURSO DA DEFESA SOCIAL

A ideologia para Bobbio¹¹ pode ser entendida no seu “significado forte”, fundada no conceito de ideologia de Marx. Para este a ideologia é uma falsa percepção da relação de domínio entre as classes, uma vez há falsa consciência de uma crença política, tendo em vista que a crença ideológica não tem reflexo nos fatos. A ideologia, portanto, é uma falsa representação da realidade.

No sistema de justiça criminal essa falsidade é representada no imaginário popular e de diversas instituições que atuam no sistema de justiça criminal, como a necessidade do recrudescimento de sanções penais em detrimento de direitos e garantias individuais sempre em defesa da sociedade. Ou seja, o individual deve sempre ceder perante o coletivo.

Percebe-se uma ideologia de punição baseada em discursos defensivistas que carregam forte apelo popular e midiático os quais são incompatíveis com os postulados democráticos que tem a dignidade da pessoa humana o centro do ordenamento jurídico. A Constituição Federal traz uma concepção nitidamente liberal no que toca às liberdades individuais. Neste aspecto, os que acolhem a defesa da sociedade em detrimento do indivíduo clamam por um Estado intervencionista e não garantidor das liberdades públicas encartadas na Constituição.

No que toca ao campo do direito processual penal, a ideologia da defesa social legitima a implementação de medidas de controle social, marcadamente, atentatórias às

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

¹¹ MOURA, Genilma Pereira. *Ideologia de defesa social e a construção da ideologia da punição*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/caspedi/monzas/arquivos/monis/bb/genilma_pereira_de_moura.pdf> Acesso em: 16 mai. 2017.



inviolabilidades individuais e à isonomia. A defesa social entendida como uma ideologia da punição, ou seja, um conjunto de representações sobre o crime, a pessoa do criminoso, as funções do Direito Penal e a necessidade de aplicação de pena, importa saber que¹²

(...) ao mesmo tempo em que o Estado Moderno encontra no sistema penal um de seus instrumentos de violência e poder político, de controle e domínio, necessita finalmente desde o seu nascimento de discursividades ("saberes", "ideologias") tão aptas para o exercício efetivo deste controle quanto para a sua justificação e legitimação.

Neste sentido, a eficácia do controle da sociedade por meio de discursos sediciosos, como o discurso de combate a corrupção, do combate à impunidade, da necessidade de moralização da sociedade, do aumento das penas, da restrição ao *habeas corpus*, servem, apenas para a adoção de medidas autoritárias que atendem aos apelos populistas de diversos atores que atuam no sistema de justiça criminal, mas também de uma sociedade sedenta por punição.

Não se pode olvidar que as reformas dos códigos penal e processual penal ao longo da história brasileira são marcadas por fortes disputas, uma vez que sempre estão relacionados a um determinado projeto político. Em relação às "10 medidas contra a corrupção", não é diferente. O Ministério Público Federal ao capitanear o projeto sai do campo estritamente jurídico e lança-se na seara política de disputar o poder político, neste aspecto, o de exercer a persecução penal, praticamente sem limites e sem controle.

O discurso defensionista corriqueiramente utilizado pelo Ministério Público tem origem no positivismo criminológico e, atualmente, remete ao direito penal do inimigo¹³.

Direito Penal da Defesa Social, que se fundava na ciência, supostamente neutra e objetiva, para erguer os alicerces jurídicos de um Estado intervencionista e de uma ideologia que, a pretexto de proporcionar segurança e ordem, era inteiramente antagônica à liberdade individual e ao princípio da isonomia.

Em linhas gerais, para a Escola Clássica, segundo Francesco Carrara¹⁴, a ideologia da defesa social deve ser entendida como a proteção de direitos individuais dos cidadãos. Neste sentido, para Carrara, a defesa social deve exprimir a defesa do indivíduo pela sociedade, pois a liberdade individual é o fundamento do Direito Penal. O homem seria livre, portanto, para se adequar às normas legais ou não, e caso aja em desacordo com a legalidade fica sujeito às penalidades previstas em lei. Trata-se, assim de um direito penal do fato.

¹² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ideia de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 48.

¹³ RIBEIRO, Bruno de Menezes. *Defesa social, ideologia do tratamento e o Direito Penal do Inimigo*. Revista de Ciências Jurídicas, v. 6, n. 1/p. 61 – 90, Jan a Jun. 2008.

¹⁴ BARTIRA, Marcelo de Miranda Santos. *A defesa social, as Escolas Penais e as relações de poder no sistema penal*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b356667c9a58268>> Acesso em 15 mai. 2017.



Por outro lado, Ferri¹⁵, um dos expoentes da Escola Positiva, defende a proteção da sociedade contra criminosos mediante uma repressão vigorosa dos indivíduos taxados de perigosos. Nesse sentido, a repressão e a punição baseiam-se na pessoa do criminoso. Para essa corrente a punição do criminoso não era tão importante quanto à neutralização do cidadão visto como perigoso.

Por sua vez, Günther Jakobs, com base na concepção ideológica de periculosidade cunhada por Ferri, defendia medidas de readaptação penal e processuais penais, contra autores de certos crimes como o de criminalidade organizada, terrorismo e tráfico de drogas, por exemplo. Esse autor reintroduz a ideia de homem perigoso, de neutralização e de defesa social.

Os discursos em defesa das “10 medidas contra a corrupção” resgatam a ideia de direito penal do autor, ou seja, a punição parte da periculosidade da pessoa do criminoso, motivo pelo qual este é visto pelo sistema de justiça como mero objeto do processo. Nesse sentido, “este Direito Penal do Inimigo, que busca uma defesa eficiente da sociedade frente a riscos futuros, trata o autor de um crime como “fonte de perigo ou como meio para intimidar os demais, enquanto o Direito Penal do Cidadão o trata como pessoa.”¹⁶

É preciso lembrar, ainda, que o atual código de processo penal, idealizado por Francisco Campos - Ministro da Justiça do Estado Novo de Getúlio Vargas -, tem inspiração no Código de Processo Penal de Alfredo Rocco, criado na época do fascismo italiano. No entanto, “malgrado Francisco Campos nunca tenha se declarado fascista, ou assumido abertamente a influência do regime de Mussolini na ordenação do Estado Novo, é sintomática essa referência na Exposição de Motivos”¹⁷.

Mas na sua obra intitulada *O Estado nacional*, Francisco Campos trata da necessidade de se impor os interesses sociais sobre os individuais¹⁸.

De par com a necessidade de consolidação das regras do processo penal num código único para todo o Brasil, importa-se o seu adensamento no objetivo de maior facilidade e energia da ação repressiva do estado. As nossas leis vigentes de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decarando daí um indireto estímulo à criminalidade. Urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ RIBEIRO, *op. cit.*, p. 61 – 90.

¹⁷ MALAN, Dingo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: Melchior, Antônio Pedro et al. *Autovitorismo e processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 46.

¹⁸ CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 121.



sobre o da tutela social. Não se podia continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou sem coincidência com o bem comum. O indivíduo, principalmente quando se mostra rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar outras franquias ou imunidades além daquelas que o garantem contra o exercício do poder público, fora da medida reclamada pelo interesse social.

A ideologia da defesa social está, assim, intimamente ligada ao autoritarismo, na medida em que os direitos individuais são vistos como obstáculos ao poder de punir. Nesse aspecto, o discurso de defesa das “10 Medidas contra a corrupção” resgata o discurso defensivo de Francisco Campos¹⁹ produzido há 76 anos, na exposição de motivos do Código de Processo Penal²⁰

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal para Código único para todo o Brasil, inspira-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e frouzes, que a repressão se torna, necessariamente, deficiente e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.

Num estado democrático de direito, todavia, não se pode flexibilizar garantias processuais penais e direitos individuais em função de uma ineficiência do Estado em conter o avanço da criminalidade. Muito pelo contrário, o direito penal somente se legitima se usado como *ultima ratio*.

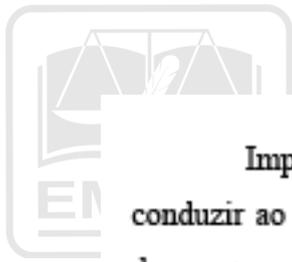
Não à toa, nas democracias constitucionais o direito deve estar a serviço da tutela dos direitos fundamentais os quais servem de contenção ao poder punitivo. O professor Geraldo Prado alerta que²¹

em ordenamentos de Constituição rígida a “função de garantia do direito resulta atualmente possível pela específica complexidade de sua estrutura formal”, a orientar não somente o “ser” do Direito, porém ainda o “dever ser”, em virtude dos condicionamentos de validade jurídica que decorrem da sintonia fina entre o direito infraconstitucional e o catálogo de direitos fundamentais que são herança de um liberalismo político construído na base do valor “dignidade da pessoa humana.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legis/fed/declei/1940-1945/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-cmcc-pc.html>>. Acesso : 23 mai. 2017.

²¹ PRADO, Geraldo Prado. *Crônica de Reformas do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função de Justiça Criminal*. Disponível em <<http://empunadodireito.com.br/chronica-da-reforma-do-codigo-de-processo-penal-brasileiro-que-se-inscreve-na-disputa-politica-pelo-sentido-e-funcao-da-justica-criminal-por-geraldo-prado>>. Acesso em: 16 mai. 2017.



Importante pontuar que a crítica que se faz ao projeto anticorrupção não deve conduzir ao entendimento de que os crimes praticados por pessoas de alta classe social não devem ser punidos. Pelo contrário, a punição deve ocorrer após a observância dos direitos individuais previstos na Constituição, principalmente no que concerne à presunção de inocência que é o princípio basilar de um processo penal democrático.

Não há dúvidas de que atos de corrupção são extremamente danosos para o desenvolvimento do país, comprometem a credibilidade das instituições e, em muitos casos inviabilizam políticas públicas que, em última análise, devem alcançar os necessitados. No entanto, o enfrentamento ao crime não pode ser realizado em detrimento de garantias individuais que são conquistas civilizatórias de toda a sociedade.

3. PROCESSO PENAL COMO GARANTIA CONTRA O USO ARBITRÁRIO DO PODER DE FUNIR

Nos modelos autoritários de processo penal não há um compromisso ético com a devida observância do princípio da legalidade, visto que a punição não se baseia na lei, exclusivamente, mas sim em argumentos de cunho moral e social.

Diferentemente deve ocorrer na democracia, pois para que o direito penal e o processo penal se desenvolvam validamente é necessária a estrita observância dos direitos e garantias individuais. Enxergá-los, portanto, como limite ao poder estatal, significa entendê-los como uma garantia individual do acusado.

Neste sentido, ao lançar mão do Direito Penal o Estado deve respeitar os direitos fundamentais, pois o agir arbitrário deslegitima a sanção penal. Dessa forma, para o processualista argentino Alberto Binder²²

para que as sanções possam se legitimar democraticamente precisam respeitar os Direitos Fundamentais, apoiando-se numa cultura igualitária e sujeita à verificação de suas motivações, porque o poder estatal deve ser limitado, a saber, somente pode fazer algo – por seus agentes – quando expressamente autorizado

Neste sentido, a lógica da guerra contra a corrupção, na qual tudo vale e tudo é permitido não se mostra adequada ao processo penal democrático idealizado pela Constituição. As medidas propostas pelo Ministério Público Federal demonstram que este

²²BINDER, Alberto M. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*. Compañer. Buenos Aires, 2000, p. 70.



optou seguir um caminho em direção ao punitivismo, olvidando-se da sua atribuição constitucional de garantidor da democracia e da ordem jurídica.

Todavia, a fim de demonstrar-se a incompatibilidade das propostas com o modelo constitucional-garantista de processo penal, que se funda na dignidade da pessoa humana, passa-se à análise de algumas medidas.

No que toca ao sistema de nulidades – apesar de o sistema vigente já ser adequado ao modelo de processo penal democrático – propõe-se um retrocesso, pois transfere para o acusado o ônus de provar que a prova contra ele obtida é ilegal. Sobre este assunto Jacinto Nelson de Miranda Coutinho diz que²³

Aqui, aparentemente, ao se investir contra a CR, “os fins justificam os meios” e, assim, nada pode deter um querer comprometido com os resultados (nem os limites impostos, começando pela CR), sejam eles quais forem e mesmo se interessam a quem interessam, até porque ninguém pode ser ingênuo o suficiente para imaginar que se não trate – tal postura – de algo ideológico

No que concerne à proposta da criação de testes de integridade no âmbito da administração, a fim de se verificar a predisposição de agentes públicos em praticar crime de corrupção, os testes não encontram guarida na Constituição. Isso porque num estado democrático o sujeito só pode ser punido por algo que efetivamente fez e não por algo que poderia ter feito ou que pode vir a fazer.

Ademais, a vigilância constante sobre os indivíduos é própria de estados de polícia, nos quais o processo tem como base a presunção de culpa e não de inocência. No entanto, adverte Flávio Antônio da Cruz “a culpa deve ser aferida pela efetiva prática de uma conduta objetiva e subjetivamente típica, ilícita e culpável, apurada sob o devido processo”²⁴

Em relação à execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal retomou o antigo entendimento pela constitucionalidade – não obstante, a Constituição Federal determine que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória –, justamente quando está em curso a Operação Lava Jato que ganhou amplo apoio da sociedade diante do propalado combate à corrupção.

O Supremo Tribunal sucumbiu aos anseios da população e aos apelos populistas da mídia por mais penas de prisão, em decisão sem eficácia vinculante e efeito erga omnes no HC 162.692, na qual admitiu a execução provisória da pena.

²³CGUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *MFF: As 10 medidas contra a corrupção são só medidas?* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 2-3, Dezembro 2015.

²⁴CRUZ, Flávio Antônio da Cruz. *Testar de integridade e sigilo de fonte: exame crítico.* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 4-6, Dezembro 2015.



Esse entendimento deu guarida à medida que propõe a execução antecipada da pena. Para tanto, sustenta o Ministério Público Federal que a defesa usa recorrentemente o sistema recursal de forma abusiva ou protelatória. No entanto, a utilização dos meios legais para a concretização da ampla defesa não dever ser encarada como um obstáculo à eficácia da persecução penal. Todavia, alerta o professor Geraldo Prado²⁵

O sentimento, que pode responder pelo nome de pragmatismo, argumenta com juízes limitadores do exercício do direito ao recurso pela defesa, a partir da declaração judicial de que se trata de ato abusivo ou protelatório, com declaração de trânsito em julgado ainda na pendência de impugnação e postula a alteração da Constituição para eliminar o efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial em matéria penal, liberando a imediata execução da pena. As mudanças em perspectiva visam antecipar o trânsito em julgado da decisão condenatória, contornando a dificuldade criada pela cláusula pétreia da presunção de inocência.

Não há dúvidas de que punir é necessário e civilizado; no entanto, não se pode atropelar as regras do jogo democrático a pretexto de se punir os “grandes casos de corrupção”. Deve-se antes de tudo estrita observância o devido processo legal que somente se legitima se respeitados os direitos e garantias individuais dos acusados.

O argumento de que as medidas possibilitarão uma maior eficiência do combate à criminalidade é falacioso, simplesmente porque os agentes que atuam no sistema de justiça criminal não podem ignorar a existência de uma Constituição Federal que garante ao cidadão o contraditório e a ampla defesa.

A respeito da medida que propõe a restrição ao uso do *habeas corpus* e até com a proibição da concessão da ordem de ofício, “verifica-se uma intenção de legislar em causa própria e de provocar um desequilíbrio no processo em benefício da acusação”, conforme alerta Aury Lopes Júnior.²⁶

Quanto ao regime de provas ilícitas, pretende-se a admissibilidade daquelas obtidas *per boam-fidem*, ainda que ilícitas. Todavia, a medida está em total contrariedade à Constituição Federal que veda expressamente o meio ilícito de obtenção de provas.

Não se pode deixar de pontuar que a busca da verdade a qualquer preço tem intrínseca ligação com um modelo inquisitório de processo penal. Frise-se, no entanto, que nas democracias a licitude o modo pelo qual a prova é buscada e produzida demarca o limite ético de atuação do Estado na persecução penal.

²⁵PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas, São Paulo, nº 277, p. 10-11, Dezembro 2015.

²⁶LOPES JÚNIOR, Aury. *Modificações no sistema recursal: só se esqueceram de combinar com a Constituição*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas, São Paulo, nº 277, p. 12-13, Dezembro 2015.



Neste sentido, torna-se incabível no ordenamento jurídico brasileiro a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, ou seja, sem a estrita observância de normas constitucionais e legais.

O professor Gustavo Badaró ensina que²⁷

Somente após o funcionamento desse mecanismo, perante o juiz natural, com produção de provas lícitas, cujo resultado permita fundamentar racionalmente a escolha judicial pela hipótese acusatória, uma vez atingido um grau de convencimento da culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável, é que a presunção de inocência será superada e a punição estatal imposta.

Cabe ainda tratar da ampliação das hipóteses de prisão preventiva para garantir a devolução dos valores desviados. Não obstante haja nobres intenções dos autores da proposta legislativa, a prisão não é medida necessária, nem adequada para a finalidade citada. A devolução de vantagens indevidas pode ser garantida por meio de medidas cautelares reais, como o bloqueio de bens, por exemplo.

A prisão cautelar é sempre excepcional e provisória, sob penal de se violar o princípio da presunção de inocência, no que toca à dimensão de norma de tratamento. Desse modo, somente se torna legítimo o uso da prisão cautelar para se assegurar a produção de provas ou o desenvolvimento regular dos atos processuais. Neste sentido, destaca o professor Rubens Casara²⁸

A prisão cautelar, que se mostra compatível com a dimensão de tratamento que se extrai do princípio constitucional da presunção de inocência, é uma medida provisória e excepcional de natureza executória tanto do processo de conhecimento penal (que visa a reconstrução histórica dos fatos atribuídos aos acusados e, eventual, imposição de resposta estatal) quanto da execução penal (o procedimento tendente à concretização da pena já aplicada em situação ao devido processo legal). A medida cautelar de privação da liberdade, portanto, só se justifica se imprescindível para o afastamento do risco processual previsto em lei como apto a justificar a restrição excepcional (só é cabível a prisão cautelar se todas as demais medidas cautelares típicas se mostrarem insuficientes). No plano da dinâmica processual penal, pode-se afirmar que a prisão cautelar, que independe de efetiva condenação, não tem como finalidade punir a pessoa a quem se atribui a prática de um determinado delito, nem tem como fundamento os fatos atribuídos à pena (retribuição, prevenção geral ou prevenção especial). Ao contrário, a prisão cautelar tem por objetivo a eficácia e eficiência do procedimento, e da sentença que o conclui.

²⁷BADARÓ, Gustavo. *As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas. São Paulo, nº 277, p. 17-18, Dezembro 2015.

²⁸CASARA, Rubens. *A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas. São Paulo, nº 277, p. 21-22, Dezembro 2015.



Não obstante o enfrentamento do crime de corrupção seja medida necessária, não se pode fazê-lo em prejuízo de direitos e de garantias individuais dos cidadãos que, além de constituírem um amplo leque de conquistas da civilização, pertencem a todos indistintamente.

Nesse sentido, não se deve conferir ao órgão acusatório mais garantias do que as conferidas acusado, ainda que a pretexto de se defender a sociedade. Destaque-se que o Ministério Público também é parte e, conseqüentemente, tem interesse jurídico no desfecho do processo, embora, como órgão estatal deva atuar de forma ética e legal, e não buscar a condenação a qualquer preço.

Por outro lado, o acusado é a parte frágil no processo, principalmente, perante o aparato estatal de repressão e de persecução penal, motivo pelo qual não se pode admitir redução das garantias processuais do cidadão em defesa da coletividade. Os postulados democráticos de respeito absoluto à presunção de inocência e ao devido processo legal requerem a estrita observância das leis e o máximo respeito às liberdades individuais.

Por tanto, a imposição de qualquer sanção penal somente se torna legítima se houver paridade de armas entre a acusação e a defesa. Assim sendo, as medidas mencionadas são inconstitucionais, pois visam a reduzir a capacidade de resistência do acusado, por meio da corrupção do o regime democrático.

CONCLUSÃO

O PL 4.850/2016 não representa a solução para a corrupção. Pelo contrário, não traz mecanismos de prevenção contra a malversação de dinheiro público, além de não prever instrumentos de controle e maior transparência nos procedimentos públicos de contratação de bens e serviços. Além disso, as medidas propostas não se restringem aos crimes contra a administração pública ou à ordem econômica, mas atingem aos acusados em geral.

O PL 4.850/2016 visa à redução dos instrumentos de defesa, na medida em que confere maior poder ao Ministério Público em detrimento da defesa, o que acarreta um perigoso desequilíbrio de forças no processo, pois o órgão acusatório terá amplos poderes à sua disposição enquanto o acusado tem as suas garantias processuais penais reduzidas. Pode-se citar como exemplo, a admissão de provas ilícitas, a restrição à garantia do *habeas corpus*, a inversão do ônus probatório diante da constatação de uma nulidade processual, a admissão da execução antecipada da pena etc.

Por outro lado a disputa política pelo poder de punir faz com que o Ministério Público se torne um ator político - e não apenas jurídico - ao se lançar como a única



instituição digna de confiança e respeito dos cidadãos por meio do resgate dos valores morais e meios punitivos que permeiam a nossa sociedade conservadora.

Neste sentido, o discurso da defesa social sustentado pelo Ministério Público tem forte apelo popular e se mostra eficaz para implementação de medidas penais meramente simbólicas em detrimento do arcabouço constitucional de proteção das liberdades individuais. Ademais, o discurso defensivista ostenta um caráter nitidamente autoritário, visto que resgata a ideia de periculosidade, segundo o qual o acusado é mero objeto da persecução penal, e não sujeito de direitos.

Contudo, num país que se pretenda democrático o processo penal não pode servir de mote promover a perseguição de pessoas eleitas como inimigas da sociedade, tendo em vista que a função do processo penal, calcado na presunção de inocência, é garantir que as liberdades individuais e as inviolabilidades serão devidamente observadas pelas instituições que atuam no sistema de justiça.

Portanto, as medidas analisadas contidas nas chamadas “10 Medidas Contra a Corrupção” são inconstitucionais, pois atentam contra a democracia. Além disso, estão em conflito com a missão constitucional do Ministério Público de defender a ordem jurídica e o regime democrático.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

BADARÓ, Gustavo. *As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 17-18, Dezembro 2015.

BARTIRA, Macedo de Miranda Santos. *A defesa social, as Escolas Penais e as relações de poder no sistema punitivo*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b356667c9af82ff8>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/dec/lei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-norma-pe.html>>. Acesso em: 23 mai. 2017.



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.850/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

BINDER, Alberto M. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*. Campomanes: Buenos Aires, 2000.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. V. 1. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2013.

_____. *A ampliação das hipóteses da prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 21-22, Dezembro 2015.

CHOUKR, Fauzi Hasan. *Bases para a compreensão e crítica do Direito*. Disponível em: http://www.academia.edu/24060241/BASES_PARA_COMPREENS%C3%A3O_E_CR%C3%8DTICA_DO_DIREITO>. Acesso em: 23 mai. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só usadas?* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 2-3, Dezembro 2015.

CRUZ, Flávio Antônio da Cruz. *Textos de integridade e sigilo da fonte: exame crítico*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 4-6, Dezembro 2015.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

JÚNIOR, Aury Lopes. *Mistificações no sistema recursal: só se esqueceram de combinar com a Constituição*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 12-13, Dezembro 2015

MOURA, Gemilma Pereira. *Ideologia da defesa social e a construção da ideologia da punição*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/compedi/manaus/arquivos/anais/bh/gemilma_pereira_de_moura.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão condenatória*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 277, p. 10-11, Dezembro 2015.

_____. *Crônica da Reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal*. Disponível em



~~<<http://empuriododireito.com.br/cronica-da-reforma-do-codigo-de-processo-penal-brasileiro-que-se-inscreve-na-disputa-politica-pelo-sentido-e-funcao-da-justica-criminal-por-geraldo-prado>>. Acesso em: 16 mai. 2017.~~

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Defesa social, ideologia do tratamento e o Direito Penal do Inimigo*. Maringá. Revista de Ciências Jurídicas. v. 6, n. 1/p. 61 – 90, Jan a Jun. 2008.



OS EFEITOS DA MODULAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

William Jorge Dobbins Mendes

Graduado pela faculdade Cândido Mendes –
Unidade Centro.

Resumo – a declaração de uma lei inconstitucional pode apresentar efeitos que interferem em inúmeras relações jurídicas. Assim, a jurisprudência com base nos princípios constitucionais, além do princípio da proporcionalidade, mitigava a aplicação dos efeitos da inconstitucionalidade. No entanto, não existia norma expressa que permitia tal aplicação e a mitigação dos efeitos da inconstitucionalidade foi uma construção jurisprudencial para sanar essa lacuna. Assim, a Lei 9868/99, em seu artigo 28 normatizou o instituto da modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade, para que não haja mais controvérsias sobre o seu uso.

Palavras-chaves – Direito Constitucional. Modulação. Controle de Constitucionalidade.

Sumário – Introdução – Modulação no direito comparado. Controvérsia sobre a constitucionalidade da modulação. Os efeitos da modulação no ordenamento jurídico. Há segurança jurídica no controle de constitucionalidade? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é mostrar os efeitos que a modulação no controle de constitucionalidade pode acarretar na sociedade, mas sem afetar a segurança jurídica dos cidadãos e sem violar a própria Constituição.

Tal instituto constitucional possui importância no âmbito das relações jurídicas, pois ele é capaz de modificar determinada relação jurídica sem a presença de uma das partes. No entanto, isso ocorre em razão do interesse social e da segurança jurídica, uma vez que esta relação seria realizada com base em norma que viola a constituição.

O Supremo Tribunal Federal, antes da constituição de 1988 já aplicava técnicas para assegurar um ordenamento jurídico seguro e sem normas que violem a Constituição. Assim, a partir de 1999, com a Lei 9868/99 foi normatizada a modulação através do art. 27, no qual seria possível restringir os efeitos de determinada decisão, a partir do seu trânsito em julgado ou de uma data determinada pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, com efeitos *ex nunc*.

Essa norma foi alvo de críticas doutrinárias e, inclusive, objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Entretanto, após julgamento pelo Supremo Tribunal Federal foi decidido que tal norma é constitucional e não viola o ordenamento pátrio, pois a utilização do efeito *ex nunc* tem o intuito de prevenir os cidadãos, conceder tempo para que possam modificar as relações estabelecidas, de acordo com a norma inconstitucional e adequar a



relação jurídica, conforme o novo entendimento. Isso tudo ocorre, sem que haja violação da segurança jurídica, uma vez que se a norma foi declarada inconstitucional, não poderia ela ser capaz de prover essa segurança.

Com base nessa discussão que se desenvolve o tema desse artigo.

O primeiro capítulo pretende demonstrar como é feita modulação, detalhando as técnicas aplicadas, com base na doutrina e na jurisprudência e a sua importância no ordenamento jurídico através da segurança jurídica e do princípio da isonomia.

O segundo capítulo irá discutir sobre a controvérsia do art. 27 da lei 9868/99. O referido artigo foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade pelo OAB, que entende ser inconstitucional por violar a segurança jurídica e o direito adquirido nas relações jurídicas.

No último capítulo será exposto um caso concreto, em que foi aplicada a modulação com efeitos *ex nunc* e como repercutiu na sociedade, demonstrando as vantagens do instituto da modulação no controle de constitucionalidade.

A metodologia do trabalho será baseada pelo método dialético- quantitativa, pois o aluno demonstrará avanços jurídicos da sociedade através de fatos que ocorreram e levaram a determinada conclusão.

Para isso, utilizará a abordagem qualitativa, pois usará doutrina e jurisprudências para argumentar sua posição.

1 APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA MODULAÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A modulação no controle de constitucionalidade já era utilizada antes do advento da Lei 9868/99¹ e da Constituição Federal de 1988². Prevaleria na doutrina e na jurisprudência o uso da teoria da nulidade. Com base nesta teoria, a decisão que declara a inconstitucionalidade possui natureza declaratória e, assim, limita-se, apenas, a reconhecer uma situação preexistente. Este reconhecimento tem como consequência, que os efeitos ocorram de forma retroativa, ou seja, *ex nunc*. Assim, não são admitidos efeitos válidos à lei

¹ BRASIL. Lei n.º. 9868/99, de 10 de novembro de 1999. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1996/99.htm. Acesso em: 20 de mar. 2017.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm. Acesso em 9 de junho. 2017



considerada inconstitucional e as relações jurídicas constituídas, com base na referida lei inconstitucional, devem retornar ao seu *status quo ante*.

A teoria da nulidade é amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro e foi fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual “*the unconstitutional statute is not law at all*” e, com isso, grande parte da doutrina tem posicionamento pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade³. Para essa corrente, ao reconhecer os efeitos de uma lei inconstitucional, acarretaria na suspensão provisória ou parcial da constituição.

No entanto, com o decorrer do tempo, em situações específicas foi admitindo a relativização dessa teoria, o que gerou uma atenuação do efeito *ex tunc*, com base na boa-fé, justiça e segurança jurídica.

Com base no direito comparado alemão foram elencadas situações que envolveriam juízo de inconstitucionalidade sem nulidade ou sem efeitos *ex tunc*, como, por exemplo, a declaração de incompatibilidade da norma com Constituição sem a pronúncia de nulidade e a declaração de norma ainda constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade. Cabe ressaltar, que a doutrina também considera a hipótese de inconstitucionalidade superveniente, que consiste na modificação da jurisprudência ou de situações fáticas sobre a qual incidia a norma. Segundo Barroso, o STF já se posicionou no sentido de que o direito infraconstitucional anterior contrastante com a nova ordem constitucional fica revogado⁴.

A assembleia constituinte de 1988 apresentou proposta para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, contudo, tal proposta foi rejeitada. Assim, apenas com o advento da Lei 9868/99, o mecanismo da modulação foi introduzido, de forma expressa, em nosso ordenamento através do artigo 27⁵, da referida lei, no qual dispõe:

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.

Tal artigo foi alvo de controvérsias, pois Luis Roberto Barroso⁶, manifestou-se contra esse artigo, com os fundamentos de que a medida deveria ser feita através de emenda constitucional ao invés de lei infraconstitucional, o segundo fundamento consistia que o STF,

³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: Comentários à Lei 9868/99*, São Paulo: Saraiva, 2012, p.606.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁶ BARROSO, *op. cit.*, p.46.



já atenuava a teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais e, por fim, tinha o temor que esta exceção virasse regra, com base no interesse político.

De outro lado, Gilmar Mendes defendeu o novo mecanismo, pois o referido jurista defende a possibilidade de reconhecer uma declaração de inconstitucionalidade alternativa por se tratar de medida inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo⁷. Isso porque o modelo tradicional consiste em decisões com eficácia retroativa e seria necessária outra medida, que não consistisse na eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico.

O art. 27 da Lei 9868/99 trata apenas da hipótese de declaração de inconstitucionalidade. No entanto, pode ser aplicada no controle de constitucionalidade incidental, no controle abstrato e, em casos de mudanças de jurisprudência consolidada sobre determinada matéria.

No controle de constitucionalidade incidental, o primeiro caso ocorreu no RE 197917⁸, que tratava sobre a constitucionalidade do art.6, parágrafo único da lei Orgânica n°222/90. Um dos principais casos utilizando essa modalidade foi a progressão de regimes em caso de crimes hediondos decidido no HC 82.959⁹.

Em casos de modificação de jurisprudência consolidada pode se utilizar o cancelamento da súmula 394 STF, que previa a subsistência do foro por prerrogativa de função, mesmo após o acusado do crime haver deixado o exercício funcional e o conflito de competência 7.204/MG¹⁰, no qual o STF passou a entender que a competência para o julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho seria da Justiça do Trabalho, e não mais da Justiça comum dos Estados.

A atribuição de efeitos *ex tunc*, nesses casos, é aplicada nos casos em que o entendimento alterado tornou-se pacífico por um longo período e os efeitos práticos a produzir correspondem são semelhantes aos da edição de uma nova lei.

Neste ponto, cabe fazer uma ressalva, na qual existe uma tendência dos precedentes judiciais, em que a jurisprudência acaba por dizer o direito, diferente do modelo clássico

⁷ MENDES, op. cit., p.626.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197917. Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 17 abril 2017

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em 17 de abril 2017.

¹⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. CC 7.204. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listafurisprudencia.asp?sl=%287204%2ENUMERO%2E+CU+7204%2EACMS%2E%28base=baseAcordoes&url=http://tinyurl.com/z4ddr3>. Acesso em: 20 jun. 2017.



brasileiro, que conferia suas decisões a apenas a normatividade das leis, com base no direito positivo de Hans Kelsen. Isso se deu em razão do advento do neconstitucionalismo, no qual o direito enquanto norma se tornou ultrapassado e, hoje dia, deve verificar os princípios e os valores éticos e morais, pois o neconstitucionalismo tem como objetivo, além da proteção dos direitos individuais e limitação do poder político, garantir a aplicação do princípio da dignidade humana do indivíduo.

Dentro dessas hipóteses, pode ocorrer quatro efeitos diferentes, todos disposto no art. 27 da Lei 9868/99¹¹.

1. Declaração de inconstitucionalidade a partir do trânsito em julgado da decisão. (Efeitos *ex nunc*).
2. Declaração de inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (efeitos *ex tunc*).
3. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Com isso, o legislador poderá se manifestar sobre a situação de inconstitucionalidade.
4. Declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc* e a preservação de determinadas situações.

Para a incidência do efeito prospectivo nesses casos, deve ser afastada a teoria da nulidade, com base num juízo de ponderação e no princípio da proporcionalidade, para que prevaleça a segurança jurídica ou o interesse social relevante.

Assim, com a decisão da declaração de inconstitucionalidade, deve-se verificar os limites subjetivos e objetivos da decisão. No limite subjetivo, possui eficácia *erga omnes*, ou seja, contra todos. Isso ocorre, porque o art. 103¹² CF dispõe o rol de legitimados, que atuam de forma extraordinária, ou seja, agem em nome próprio, defendendo direitos da coletividade. Por isso, a decisão tem efeitos *erga omnes*, invés do efeito *inter partes*, regra em nosso ordenamento.

Tal efeito está previsto no art. 28¹³, parágrafo único da Lei 9868/99 e art. 102 §2¹⁴ da Constituição Federal, preveem que estas decisões têm eficácia *erga omnes*, ou seja, contra todos e efeito vinculante nas relações aos órgãos do poder judiciário e à administração Pública federal, estadual e municipal.

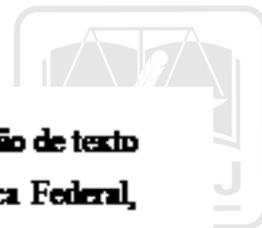
O art. 28, parágrafo único trouxe inovações no ordenamento para garantir a segurança jurídica das decisões proferidas, como a atribuição de efeito vinculante à declaração de inconstitucionalidade, atribuição de efeito vinculante nos casos de interpretação

¹¹ BARROSO, *op. cit.*, p. 72. (e-book)

¹² BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹³ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.



conforme a constituição e na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a extensão dos efeitos aos órgãos do poder judiciário e à administração pública Federal, Estadual e Municipal.

No limite objetivo, o efeito vinculante faz com que determinadas consequências da coisa julgada sejam impedidas de acontecer, como o impedimento de novo pronunciamento judicial e a eficácia preclusiva do próprio órgão julgador em rever a matéria.

Com o efeito vinculante, obriga a adoção da tese formulada pelo STF. No entanto, a decisão que julga procedente a inconstitucionalidade continua fazendo coisa julgada. Contudo, a decisão que julga improcedente o pedido de inconstitucionalidade produz, apenas, efeito vinculante para os tribunais, mas não para o STF, que poderá revê-la, se houver necessidade ou alteração fática no caso, a chamada cláusula *resub sic stantibus*.

Caso ocorra o descumprimento do efeito vinculante em órgãos judiciais, é possível a reclamação constitucional do art. 102, I, "I" CF¹⁵. Nos casos de descumprimento de órgãos de administração, deverá o prejudicado, realizar a impugnação pelos meios judiciais cabíveis.

Cabe ressaltar, que o efeito vinculante, apesar de estar ligada ao modelo positivista germânico, possui pontos em comum com *stare decisis* do EUA, ainda que ele seja *common law*, no qual prevalece a teoria dos precedentes.

Em sentido horizontal, o respeito as decisões do STF. No âmbito vertical, a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública, também denominado *binding effect*¹⁶.

Por fim, o poder legislativo não é afetado pelo efeito vinculante, pois isso impediria o legislador editar, no futuro, norma de conteúdo semelhante. O fundamento é que num Estado Democrático de Direito, não pode impedir o legislador de aprovar um projeto de lei. Com isso, deve-se sempre manter aberta a possibilidade de legislar qualquer matéria para evitar o fenômeno da "fossilização da constituição".

Existia controvérsia se a vinculação era apenas no dispositivo ou se incluía a fundamentação da decisão. Nesse ponto, o STF, com base na transcendência dos motivos determinantes, reconhece a eficácia vinculante também dos fundamentos que levarão a chegar a tal decisão. Com isso, a vinculação dos órgãos judiciais e administrativos também estão ligadas às razões de decidir.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ NOVELINO, Marcelo. *Manuais de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 297.



2. A CONTROVÉRSIA EM RELAÇÃO À MODULAÇÃO TEMPORAL

Inicialmente, a norma que modula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foi apresentada na Assembleia Constituinte que elaborou a Constituição Federal de 1988, apresentada pelo Senador Maurício Corrêa¹⁷, que foi rejeitada. Esta proposta dizia que quando o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinariam se eles perderiam a eficácia desde a sua entrada em vigor ou a partir da publicação da decisão declaratória.

Adiante, em 1994, com o processo de revisão, houve uma nova tentativa de implantar a norma, que foi novamente rejeitada. No caso, o relator do processo, o deputado Nelson Jobim¹⁸ apresentou uma proposta, no qual o art. 103, parágrafo 5 da Constituição Federal expressava que quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão.

Assim, apenas em 1999, com a aprovação da Lei 9868/99, que se permitiu, de forma expressa, a norma que consagra a modulação dos efeitos, admitindo, de forma excepcional, que a declaração de inconstitucionalidade não retroagisse ao início da vigência da lei. Cabe uma informação, que a referida lei foi elaborada em um texto feito pelo Ministro Gilmar Mendes¹⁹, no qual originou o projeto de lei n.º 2960/97²⁰.

Portanto, houve uma série de tentativas para que este instituto fosse regulado na forma de norma e que não obteve êxito anteriormente.

A modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade, apesar de ser aplicada com costume na jurisprudência brasileira, não possui entendimento pacífico. Conforme explicado anteriormente, há divergências sobre sua aplicação.

¹⁷ BARROSO, op. cit., p.45.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, p.46

²⁰ MENDES, op. cit., p. 589.

A primeira corrente, capitaneada, por Gilmar Mendes²¹, entende que o artigo 27 da Lei 9868/99 é um mecanismo eficaz por reconhecer uma declaração de inconstitucionalidade alternativa por se tratar de medida inerente ao modelo de constitucionalidade amplo.

Isso ocorre, pois caso não existisse tal técnica, quando houvesse a declaração de nulidade, haveria como consequência, omissão parcial do legislador, em razão da execução defeituosa do dever constitucional de legislar.

Com isto, caso uma lei fosse aplicada durante anos, a declaração de nulidade afetaria, de maneira desproporcional, a segurança jurídica. Portanto, com base no princípio da segurança jurídica, o princípio da nulidade deixaria de ser aplicado.

Deve ressaltar, que esta preponderância dependerá de um juízo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade. Por fim, não apenas a segurança jurídica precisa ser afetada para que seja afastado o princípio da nulidade, pode ser qualquer outro princípio constitucional materializado na forma de interesse social.

Ademais, tal situação não deve ser utilizada com frequência, tanto que o legislador adotou um sistema restritivo no seu procedimento, ao exigir um quórum especial de dois terços, para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Após a declaração de inconstitucionalidade, a lei se submeterá a um termo pré-fixado pelo próprio Tribunal. A definição do prazo deve assegurar a superação do posicionamento que foi considerado inconstitucional, de modo que não haja nenhuma pressa, pois caso contrário, haveria também insegurança jurídica.

Portanto, para existir a modulação dos efeitos é necessário que atinja algum princípio, constitucional ou infraconstitucional, de forma grave, a ponto de o sistema jurídico permitir que retroceda os negócios antes da criação da lei e não seja considerada violação da segurança jurídica.

Já o ministro Luís Roberto Barroso²² expõe que tal dispositivo possui críticas quanto à sua conveniência e oportunidade. Conforme explicitado no primeiro capítulo, Barroso dissertou 3 argumentos, explicitando sua posição contrária.

O primeiro argumento consiste que esta nova técnica deveria ser objeto de emenda constitucional, ao invés de lei ordinária. Isto porque, a orientação do STF era de reconhecer

²¹ MENDES, op. cit., p. 626.

²² BARROSO, op. cit., p. 46.



uma hierarquia constitucional à teoria da nulidade e, para isso, necessitaria de uma emenda à constituição.

O segundo argumento é no sentido que o STF já possuía em sua jurisprudência a atenuação da teoria da nulidade nas hipóteses que houvesse colisão de interesses, ou seja, 2 valores constitucionais em conflito. Com isso, não haveria necessidade de ato legislativo interferindo nesta matéria. Ademais, o referido doutrinador faz uma interpretação da norma, no qual, esta, veio restringir a liberdade de ponderação do STF, pois ao impor o quórum de dois terços, dificultou sua aplicação. Por fim, questiona se poderia o legislador ordinário criar requisitos sobre a ponderação de valores constitucionais.

Por fim, o terceiro argumento seria o temor que tal exceção virasse regra em razão de decisões políticas ou por interesses do Estado. Neste ponto, a doutrina viu a flexibilização da nulidade da lei inconstitucional como positiva, em razão de pode utilizar tal norma para conseguir manobrar interesses em conflito²³.

Assim, para ambos os doutrinadores, ainda que possuam entendimentos divergentes sobre a criação da norma sobre modulação dos efeitos, entendem que a norma é constitucional.

No entanto, a Confederação Nacional das Profissões Liberais, na ADIn 2.154²⁴ e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na AdIn 2.258-0²⁵, defendem a inconstitucionalidade do art. 27 da lei 9868/99. Cabe explicar, que a ADIn 2258-0 foi apensada ao processo da ADIn 2154-2, por envolver a discussão da mesma matéria, ou seja, a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9868/99.

Na ADIn 2154-2, o fundamento é que tal norma contraria o entendimento do STF, no sentido que a declaração de inconstitucionalidade, no exame do mérito da ação, produz efeitos *ex tunc*. Assim, tal declaração deveria retroceder até o momento de criação da norma considerada inconstitucional, pois uma norma inconstitucional é considerada norma inexistente.

Tal fundamento vem do direito civil em que ato nulo é ato inexistente e, por isso, lei ou ato que colidam com a Constituição Federal deve ser considerado inexistente desde a sua

²³ BARROSO *opud* SARMENTO, DANIEL. – *A aplicação temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, in *O controle de constitucionalidade e a Lei 9868/99*, p. 125 e s

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2154. Relator Ministro Dias Toffi. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/viewProcessoAndamento.asp?incidente=1807999>. Acesso em: 20 mar. 2017

²⁵ BRASIL. *Ibid*.



criação e o STF admite a declaração *ex nunc* apenas em sede cautelar, jamais após a declaração definitiva de mérito.

A confederação também alegou o mesmo fundamento dito por Luís Roberto Barroso, no qual a norma deveria ser criada por emenda constitucional para ser considerada constitucional. Isso porque, sua aplicação atinge todo o sistema jurídico, alegando, inclusive, que o art. 5, II da Constituição Federal adquiriria uma nova leitura que consiste em: “uma lei “inválida” passar a ser “válida” por declaração do STF, por certo tempo”.

Por fim, sustentou a lei considerada “inválida”, pode causar tratamento desigual no campo tributário, importando num confisco do governo, pois tal modulação atende apenas ao interesse deste e, como consequência, trazendo insegurança jurídica em razão do casuismo da *in rite*.

Restalta-se que o julgamento da ADIn ainda não foi realizado e, por motivos óbvios, o Ministro Gilmar Mendes está impedido de julgar a referida ação.

3.A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA PRÁTICA JUDICIÁRIA

Conforme explicado nos capítulos anteriores, a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade tem por objetivo assegurar a segurança jurídica. Com base neste princípio, a teoria da nulidade deixaria de ser aplicada, de forma imediata, quando se reconhecesse uma nulidade.

Nesses casos, os Ministros do Supremo Federal, com base no art. 27 da Lei n° 9868/99²⁶, podem aplicar os efeitos de uma decisão de norma considerada inconstitucional, para momento posterior, através do quórum de 2/3 dos ministros.

O capítulo presente irá discurrir sobre um caso, no qual foi aplicado o art. 27 da Lei n° 9868/99. Tal fato ocorreu, na Ação de Declaração de Inconstitucionalidade n° 2240²⁷, no

²⁶ BRASIL. *op. cit.*, nota 1.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2240. Relator: Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2240&base=ADIn&origem=AP&recurso=UltimoJulgamento=M>. Acesso em: 20 mar. 2017.



qual o autor contestava a Lei baiana 7619/00, que criava o município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia.

O art. 18, parágrafo 4 da Constituição Federal²⁸ dispõe que a criação de municípios deve ocorrer por lei complementar, que regulamentará as regras gerais, para que cada estado crie seus próprios municípios.

No entanto, por omissão dos legisladores, esta norma ainda não existe no ordenamento. Contudo, isso não impediu, que os chefes do executivo, criassem novos municípios.

Assim, o Partido dos Trabalhadores (PT) ingressou com uma ação de declaração de inconstitucionalidade, para que a Lei estadual baiana n° 7619/00 fosse declarada inconstitucional, pois, esta, criava o município de Luís Eduardo Magalhães.

A criação de municípios não poderia ser possível, pois não existia lei complementar federal que regulamentasse essa hipótese.

O STF julgou a ação procedente, porém não pronunciou a nulidade do ato de criação. Pelo contrário, com base na segurança jurídica, estabeleceu a vigência do município pelo prazo de 24 meses, para que o legislador estadual crie novo regramento, a fim de que o ato seja considerado válido.

Como é possível observar, o princípio da segurança jurídica foi aplicado, pois mitigou a teoria da nulidade ao não aplicar a inconstitucionalidade de imediato. A decisão considerou que seria mais gravoso a inconstitucionalidade da norma, do que a criação de município, sem a presença de lei complementar autorizadora. O princípio da segurança jurídica prevaleceu para beneficiar a preservação do município.

Isso decorre das atividades que deixariam de ser praticadas, caso houvesse a extinção do município. De início, diversas empresas, que possuíam contratos com o município seriam extintos e, conseqüentemente, ocorreria a demissão de grandes números de pessoa.

Em que pese, os municípios do Brasil não possuem grandes populações, tal declaração de pronúncia de nulidade, acabaria com o desenvolvimento social da área, pois as inúmeras demissões e afastamento de um ente federativo, traria abandono para a população.

²⁸ BRASIL. *op. cit.*, nota 2.



Ademais, o judiciário não pode limitar a criação de municípios, pois o próprio legislador federal é omissor. Portanto, a não legislação dessa norma, acarretaria, em violação da boa-fé, pois caso contrário, o Brasil não poderia criar nenhum município novo até que viesse lei regulamentadora sobre o assunto. Tal situação acarretaria na petrificação do direito, uma vez que dependeria apenas da boa-vontade do legislador para que houvesse mudanças no sistema jurídico.

Por isso, o STF entendeu pela inconstitucionalidade, mas não declarou nulidade, pois o município no caso concreto traz mais benefícios, com a sua existência e validade, do que no caso de declarada sua inconstitucionalidade, que traria mais prejuízos do que benefícios.

Por fim, os ministros regulamentaram o prazo de 24 meses para o legislador corrigir sua omissão, em não produzir a legislação adequada no prazo correto.

Isso demonstra que o judiciário tem um poder cada vez maior nas decisões políticas do país. A modulação de efeitos serve como mecanismo de ponderação, para que decisões de controle de constitucionalidade seja fundamentada de maneira idônea e diminua os prejuízos, da melhor maneira possível. Isto porque, toda decisão de inconstitucionalidade, irá acarretar prejuízos econômicos ou sociais para alguma das partes. Assim, essa modulação serve como parâmetro para que essas pessoas possam se estruturar nesse prazo e, por isso, não traga maiores prejuízos, em razão do legislador federal que foi omissor na sua função de legislar.

Com isso, o instituto da modulação veio a agregar o sistema jurídico, para evitar decisões prejudiciais e que tragam violação a segurança jurídica das pessoas e entes.

CONCLUSÃO

Os efeitos da modulação no controle de constitucionalidade foi uma criação jurisprudencial, que usava a teoria da nulidade, para declarar a inconstitucionalidade de uma norma. Assim, as ações constitucionais possuíam natureza declaratória, uma vez que tinha a função de declarar se a norma era ou não harmônica com o ordenamento jurídico.

Inicialmente, com base na teoria da nulidade, que possui origem americana, havia a equiparação entre a inconstitucionalidade e a nulidade, pois ao declarar a



inconstitucionalidade, a norma se tornava nula. Contudo, com o passar do tempo, ocorreram situações em que a teoria da nulidade foi mitigada, com a aplicação de efeitos *ex parte* nas decisões de controle de constitucionalidade, fundando no princípio da boa-fé, justiça e segurança jurídica.

Houve também, com base no direito comparado alemão, situações na qual o juízo de inconstitucionalidade poderia ser realizado sem nulidade, com efeitos *ex parte*, como nos casos de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

Em 1998, a Lei 9868/99 normatizou o instituto da modulação no controle de constitucionalidade, em seu artigo 27. Esse artigo foi alvo de divergências, pois uma corrente doutrinária afirmava, que o instituto devia ser regulado através de emenda constitucional, além do temor que a exceção criada constituísse regra geral, posteriormente.

Deixar de legislar, com de risco de eventual desvirtuação da norma, torna-se um risco para o avanço da sociedade, pois esta, é feita de erros e acertos. Assim, a omissão do legislador seria mais prejudicial do que benéfica, uma vez que a sociedade sempre deve tentar melhorar suas leis para haver progresso e isso só é possível com a implementação de novas leis.

Assim, outra corrente doutrinária se faz mais acertada quando defende a normatização da norma, pois o modelo até então vigente consistia na eliminação direta e imediata da lei, com efeitos retroativos. No entanto, com os avanços da sociedade, eram necessárias medidas que atenuasse de forma objetiva essa eliminação direta e imediata da lei, inerentes ao modelo de constitucionalidade amplo.

Na prática, a modulação dos efeitos consistiu numa maior segurança jurídica, pois atenua a inconstitucionalidade da norma, com o efeito *ex parte*, preservando as relações jurídicas realizadas na vigência da norma considerada inconstitucional, através de uma ponderação, com base no princípio da proporcionalidade.

O artigo 27 da Lei 9868/99 também é aplicável no controle de constitucionalidade incidental, no controle abstrato, e em casos de mudança de jurisprudência. Em relação aos efeitos, pode ocorrer 4: a declaração da inconstitucionalidade com efeitos *ex parte*, a declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*, declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e, por fim, a declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc* e a preservação de determinadas situações específicas.



Portanto, houve um aumento de efeitos, com a criação da norma, o que possibilitou uma abrangência melhor julgar determinadas relações jurídicas, sem que afetasse a segurança jurídica, além de estabelecer como se proceder nos casos de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*, inclusive, com a regulamentação do prazo, no qual a decisão irá entrar em vigência.

A decisão que faz coisa julgada tem eficácia vinculante, ou seja, produz efeitos para todos os tribunais, exceto o STF, que poderá revê-la, no caso de alteração fática no caso, com a cláusula *rebus sic stantibus*.

Em relação ao Poder Legislativo, não há eficácia vinculante, caso contrário, impediria o legislador de legislar sobre o tema e, com isso, poderia haver uma “fossilização da constituição”.

Por fim, o art. 27 da Lei 9868/99 é alvo de uma ação de declaração de inconstitucionalidade, no qual, a OAB pede a inconstitucionalidade do artigo, com fundamento de que a declaração de inconstitucionalidade, no exame do mérito da ação, produz efeitos *ex tunc*, pois uma norma inconstitucional é considerada norma inexistente.

Essa Ação ainda não foi julgada, contudo, espera-se que o resultado dessa ação seja pela improcedência do pedido, pois com visto durante o artigo, a aplicação direta e imediata da inconstitucionalidade, pode trazer insegurança jurídica para as partes numa relação jurídica, pois de um dia para o outro, um contrato pode ficar inexistente, gerando prejuízos para ambas as partes. O mais prudente e harmônico é estabelecer um prazo para as pessoas se adequarem ao novo ordenamento e, com isso, evitando prejuízos para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº. 9869/99, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 20 de mar. 2017.

_____. Constituição Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.



_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2154. Relator Ministro Dias Tófoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1807999>. Acesso em: 20 de mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2240. Relator: Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2240&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 20 de mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. CC 7204. Relator: Celso Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%287204%2ENUME%2E+OU+7204%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zf4ddr3>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MENDES, Gilmar. *Controle abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC, ADO*. Comentários à Lei n° 9868/99. São Paulo: Saraiva 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*, 9. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO: POSSIBILIDADE DE EDIÇÃO DE DECISÕES ADITIVAS E O FUTURO DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Yan Monteiro Chaves

Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo - A necessidade de se conferirem direitos constitucionalmente garantidos ao particular é premissa básica de um Estado Democrático de Direito. Com o passar do tempo, a jurisprudência do STF passou a entender pela aplicação imediata de normas definidoras de direitos fundamentais - coadunando-se com os preceitos constitucionais -, conferindo os direitos pretendidos de maneira concreta. A edição da Lei n. 13.330/2016 legitima a atuação jurisdicional criativa definindo limites, sem os quais estaria vulnerado o princípio da Separação de Poderes. A essência do trabalho é tratar dessa evolução jurisprudencial, relacionando-a com a possibilidade de edição de decisões aditivas e definindo os limites para para um verdadeiro ativismo judicial.

Palavras-chave - Direito Constitucional. Decisões Aditivas. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal.

Sumário - Introdução. 1. Evolução Histórica do Tratamento de Omissões Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Decisões Aditivas e Ampliação Legal dos Poderes do Juiz no Tratamento de Omissões Inconstitucionais. 3. Constitucionalidade do Ativismo Judicial e Limites para a Jurisdição Criativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca analisar as consequências práticas da adoção de um sistema de combate à omissões constitucionais, que impedem a ampla fruição de direitos constitucionalmente garantidos pelos particulares. Procura-se discutir a constitucionalidade desse sistema e eventuais limites que uma atuação jurídica concretista possa ter.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, visando a demonstrar que esse sistema busca regular situações de carência de meios legais e jurídicos para efetivação de direitos fundamentais.

A Constituição Cidadã de 1988 elenca inúmeros direitos e garantias fundamentais - tanto em seu artigo 5º quanto no restante de seu *corpus* -, porém, por vezes, a fruição desses direitos é condicionada à edição de um diploma legislativo regulamentador. Nesse sentido, a



falta do referido diploma faz surgir as seguintes reflexões: esta omissão vai de encontro ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais? Qual o papel do Poder Judiciário no tratamento desta questão? Seria possível uma atuação concretista?

A análise do tema esteve sujeita à evolução do entendimento jurisprudencial do STF - constituindo uma quebra de paradigma -, sendo necessário que sejam estabelecidos parâmetros para o uso da nova sistemática de acordo com a Constituição da República.

Com a entrada em vigor da Lei do mandado de Injunção (Lei n. 13.300/2016), o Poder Judiciário foi amparado por um meio legal de combate às omissões constitucionais, tendo a possibilidade de criar, em determinados casos, a solução concreta para uma situação pendente de regulamentação.

Nesse sentido, o atual estágio do tratamento da matéria é resultado do amadurecimento da jurisdição constitucional, decorrente de nova interpretação do papel dos Tribunais quanto a eficácia das normas constitucionais garantidoras de direitos.

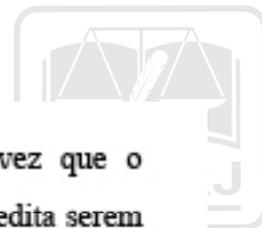
A possibilidade de edição de sentenças aditivas - justamente aquelas em que o Estado-Juiz concede a tutela específica, garantida por preceito constitucional carente de regulamentação - surge como forma de suprir a desídia estatal, de modo a cumprir os mandamentos da Carta Magna, sem prejudicar direitos fundamentais.

Assim, o escopo do presente estudo é delimitar eventual âmbito de atuação do Poder Judiciário no tratamento de omissões constitucionais, visando a garantir ao particular o que lhe é assegurado pela Constituição da República.

Para a melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo do trabalho traz a evolução histórica do tratamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, apresentando a mudança de uma posição não concretista para uma posição concretista, em respeito à máxima efetividade das normas garantidoras de direitos.

Segue-se a análise abordando, no segundo capítulo, a possibilidade de edição de decisões aditivas, comparando a técnica jurisprudencial com os dispositivos da Lei n. 13.300/2016, que disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção.

O terceiro capítulo traz uma reflexão acerca da constitucionalidade do “ativismo judicial” e estabelece limites para uma atuação jurisdicional criativa, de modo a serem preservados os princípios e direitos constitucionais.



A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas - as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa - visando estabelecer parâmetros para a futura aplicação do novo entendimento.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

Considerando a novidade do tema, é necessário estabelecer premissas e conclusões com base em estudos e jurisprudência anteriores à edição da Lei do Mandado de Injunção. Dessa forma, se busca delimitar a aplicação prática do novo sistema com base em entendimentos sólidos, construídos a partir da evolução do tratamento sobre o tema.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) consagra, em seu artigo 5º¹, direitos e garantias fundamentais, que possuem aplicabilidade diferenciada em razão de sua natureza. Conforme leciona José Afonso da Silva², normas definidoras de direitos e garantias individuais, como os direitos de 1ª dimensão, possuem, em regra, aplicabilidade imediata, enquanto as normas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos, como os direitos de 2ª dimensão, nem sempre possuem aplicabilidade imediata, pois dependem de providências ulteriores que lhe completem a eficácia e possibilitem sua aplicação.

Dessa forma, as chamadas normas de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que não produzem, desde logo, os efeitos essenciais pretendidos pelo Poder Constituinte Originário³, sendo dever do legislador ordinário editar o ato capaz de conferir aplicabilidade à essas normas dependentes de regulamentação.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

² SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 408.

³ Tais normas, por serem de aplicabilidade mediata ou indireta, não possuem normatividade suficiente para incidência sobre os casos concretos que elas regulam, a partir da promulgação da CRFB/88.



O artigo 5º, §1º, da CRFB/88, ao dispor que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, reforça o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que, segundo Luís Roberto Barroso⁴, “significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados”, sendo a aproximação entre o deve-ser normativo e o ser da realidade social.

Nesse sentido, ausente a referida regulamentação, resta nítida a desídia do legislador ordinário em estabelecer a base de aplicação de premissas constitucionalmente dirigidas para tutelar os interesses dos particulares, configurando omissão capaz de atrair a tutela jurisdicional que incidirá sobre o caso concreto, assegurando ao interessado o direito reclamado, com base no princípio da inafastabilidade da Jurisdição⁵, na forma do artigo 5º, XXXV, da CRFB/88⁶.

Para combater a chamada “síndrome de inefetividade”⁷ das normas de eficácia limitada, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão⁸ compreendem instrumentos capazes de perquirir a solução para os casos concretos, prestigiando direitos fundamentais. No entanto, como o tratamento das omissões pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sofreu modificações com o passar dos anos, é necessário que se entenda essa evolução para analisar, precisamente, o estágio alcançado com a edição da Lei n. 13.300/2016.

A jurisprudência do STF sempre considerou intransponível o obstáculo do “legislador negativo”, criado a partir do princípio da separação dos poderes⁹, na forma do artigo 2º e 60, §4º, III, da CRFB/88¹⁰. Contudo, mesmo entendendo ser impossível conferir direitos subjetivos pleiteados por ausência de diploma regulamentador de competência de outro

⁴ BARROSO apud _____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶ Art. 5º, XXXV, da CRFB/88: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1269.

⁸ Como possuem natureza jurídica distinta, a ação de controle abstrato de constitucionalidade e o remédio constitucional buscam diferentes tutelas jurisdicionais: a primeira, justamente por ser abstrata, busca tutela como forma de garantia da Constituição, enquanto o segundo, atendendo a interesses subjetivos e concretos, busca tutela como forma de garantia individual.

⁹ Nesse sentido, assumia posição não concretista, de modo que eventual decisão do STF no tratamento de omissões inconstitucionais decretava a mora do Poder, órgão ou entidade com atribuição para editar a norma regulamentadora, reconhecendo-se formalmente sua inércia.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

Poder¹¹, imiscuindo-se em atividade típica deste, passou a perceber o descompasso existente entre esta orientação e a inércia legislativa, que tornava a prestação jurisdicional inócua.

Coadunando-se com os princípios constitucionais, em especial o da máxima efetividade das normas constitucionais, o STF superou seu entendimento jurisprudencial anterior e adotou a corrente concretista direta geral, pela qual o Poder Judiciário implementa uma solução para viabilizar o exercício do direito constitucionalmente garantido sem necessidade de edição de qualquer diploma legislativo. Essa decisão teria efeitos *erga omnes*, sendo aproveitável por todos os indivíduos que se encontrassem na mesma situação, a exemplo dos Mandados de Injunção n. 670¹² e 708¹³¹⁴.

Neste sentido, aduz Hely Lopes Meirelles¹⁵:

passou a prevalecer, portanto, o entendimento de que a sistemática omissão do Poder Legislativo autoriza o Judiciário a garantir, de alguma forma, o exercício dos direitos assegurados na Constituição. Trata-se de garantia mediante regulamentação provisória de direito - e, portanto, não se configura uma atividade verdadeiramente legiferante do Judiciário. É, porém, indispensável a garantia da eficácia dos direitos constitucionais violados pela inércia do legislador. Se e quando editada a norma específica pelo Congresso Nacional estará afastada a regulação judicial provisória.

Dessa forma, o STF abandona a posição não-concretista e abre a possibilidade de edição de sentenças aditivas, adicionando uma perspectiva de direito substancial a ser utilizada pelos indivíduos. Segundo o STF, conferir direitos constitucionalmente garantidos nada mais é que extrair o máximo das disposições constitucionais, sem que a inércia do legislador obstaculize a fruição desses direitos.

Embora a Lei n. 13.300¹⁶, de 2016 não adote a teoria concretista direta geral¹⁷, busca tutelar os interesses subjetivos e individuais a partir de uma decisão do próprio Poder

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752372/mandado-de-injuncao-mi-107-df> >. Acesso em: 23 mar. 2017.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670-ES. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es> >. Acesso em: 23 out. 2015.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708-DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df> >. Acesso em: 23 out. 2015.

¹⁴ No caso, buscava-se assegurar o direito de greve por funcionários e servidores públicos, tendo em vista a omissão de diploma regulamentador para o artigo 37, VII, da CRFB/88. Conferindo uma solução hábil para possibilitar o exercício de greve por estes servidores, o STF declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação, no que couber, da Lei n. 7.783 de 1989, que regula a greve para o setor privado.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 340.

¹⁶ BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm >. Acesso em: 01 abr. 2017.

¹⁷ Via de regra, pois, excepcionalmente, poderá ser prolatada decisão nesse sentido, como se verá adiante.



Judiciário. Assim, a tentativa de conferir efetividade à CRFB/88 traz um amadurecimento da jurisdição constitucional, ressaltando o papel criativo do intérprete por excelência da Constituição Federal.

Dessa forma, cumpre analisar detidamente as inovações trazidas pela novel legislação, de modo que sejam estabelecidos limites para uma criação jurisdicional que não atente contra os princípios constitucionais, permitindo ao particular a fruição dos seus direitos, sendo inarredável a conclusão que essa atividade jurisdicional criativa deve ter, como limite, o seu próprio fundamento, visto que, atualmente, todos os atos dos Poderes Públicos devem observar os ditames da Carta Magna.

2. DECISÕES ADITIVAS E AMPLIAÇÃO LEGAL DOS PODERES DO JUIZ NO TRATAMENTO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

Estabelecidas as premissas básicas para compreender o atual papel do magistrado no tratamento de omissões inconstitucionais, é necessário sejam conferidos poderes e instrumentos hábeis para dar efetividade às normas constitucionais carentes de regulamentação.

As sentenças aditivas consistem em meios aptos para, frente à ausência de disciplina legal, acrescentar às normas jurídicas o elemento ausente, complementando-as através de uma decisão judicial que pode aplicar norma diversa existente ou, até mesmo, criar uma nova norma que se adeque ao caso concreto.

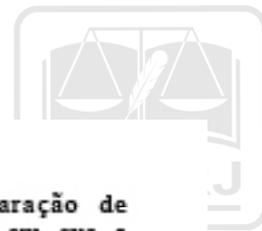
Verificado ausente o preceito que faltava para conferir efetividade à norma, busca-se afastar a omissão legislativa inconstitucional, produzindo um efeito de extensão ou ampliação de seu conteúdo, podendo até regulá-la integralmente, se for o caso de omissão total.

Essa técnica tem o condão de impedir que a norma inconstitucional seja declarada nula pois, já que as normas definidoras de direitos possuem aplicação imediata (Art. 5º, §1º, da CRFB/88¹⁸), devem valer ao seu propósito, isto é, ao Poder Judiciário cabe a tarefa de extrair do ordenamento jurídico a possibilidade de sua aplicação, sem que isto interfira na clássica Separação dos Poderes.

Nas palavras de Pedro Lenza¹⁹:

¹⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁹ LENZA, *op. cit.*, p. 1269.



Estamos em face daquilo que Canotilho denominou declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo), na medida em que a sentença do Tribunal “alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição na “parte em que não prevê”, contempla uma ‘exceção’ ou impõe uma ‘condição’ a certas situações que deveria prever (sentenças aditivas).

A necessidade de regulamentação do Mandado de Injunção sempre existiu, já que se trata do instrumento apto a resolver a síndrome de inefetividade das normas constitucionais mais próximo do cidadão. Assim, as regras que antes eram definidas pela jurisprudência do STF com base na aplicação subsidiária das regras do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009)²⁰ se mostraram insuficientes para enfrentamento de casos complexos, que demandavam profundo conteúdo normativo.

Dessa forma, a atividade jurisdicional poderia extrapolar os clássicos limites do legislador negativo e da Separação de Poderes, criando um complexo normativo próprio para apreciação das omissões inconstitucionais. Por isso, em casos complexos, os Tribunais não tinham alternativas a não ser constituir o Poder Legislativo em mora, pois destes dependiam para implementar o direito previsto constitucionalmente.

A Lei n. 13.300/2016²¹, definitivamente, abre portas para decisões aditivas. A histórica construção jurisprudencial da impossibilidade do Poder Judiciário conferir direitos e garantias fundamentais previstos na CRFB/88 não mais subsiste.

Com efeito, seu artigo 8º, I e II²², determina que, reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida injunção para determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora ou, sucessivamente, estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Constatando-se a mora do Poder Legislativo em editar o diploma legislativo, caberá ao Judiciário determinar prazo razoável para tanto ou, adotando posição concretista, criar uma norma jurídica concreta específica para aquele impetrante, estabelecendo as condições que se

²⁰ BRASIL. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm >. Acesso em: 01 abr. 2017.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 16.

²² *Ibidem*.



dará o exercício dos direitos ou das prerrogativas reclamados, conciliando as funções legislativa e jurisdicional.

Nesse sentido, dispõe o artigo 9º da Lei do Mandado de Injunção²³ que a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora, restringindo o alcance da norma jurídica criada - em prestígio à corrente concretista direta e individual -, além de limitar seus efeitos à condição da edição da referida norma regulamentadora, respeitando a função legislativa típica do Poder Legislativo.

Ressalte-se que, nesse sentido, o artigo 11, da Lei n. 13.300/2016²⁴ prevê que a norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

O ponto mais marcante da novel legislação é o seu artigo 9º, §1º²⁵, que dispõe que poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração, isto é, o Tribunal poderá expandir os efeitos da decisão a todos que estiverem na mesma situação, típica solução adotada pela corrente concretista geral.

Trata-se de instrumento essencial para a tutela de direitos coletivamente considerados, tendo em vista que, por meio de mandado de injunção, via de regra, a solução era apenas *inter partes* - processo subjetivo, ao contrário da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Assim, interessados que se encontrem na mesma situação, não deverão propor demanda individual, mas sim, serão abrangidos pela norma formulada para o caso concreto individual caso ela seja generalizável o suficiente para atingir, de modo indistinto e indeterminado, todos os casos análogos.

Essa interpretação do dispositivo justifica, por exemplo, o conhecido caso do direito de aposentadoria especial dos servidores públicos²⁶, um Mandado de Injunção individual que, ao produzir naturais efeitos *inter partes*, acabou resultando numa norma de conteúdo geral e abstrato, determinando a aplicação analógica aos servidores públicos de forma distinta e

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 721. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390> >. Acesso em: 01 abr. 2017.

indeterminada da disciplina legal da aposentadoria especial dos trabalhadores em geral, conforme o artigo 57, parágrafo 1º, Lei 8.213/1991²⁷.

Embora o dispositivo citado possa ser alvo de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, certo é que a Lei 13.300/2016²⁸ representa um marco histórico, consolidando orientação que há anos vem sendo construída pelo STF, em atenção aos direitos e garantias fundamentais do Cidadão.

Trata-se de instrumento de controle da atividade legislativa e, sobretudo, remédio para fazer cessar a violação, por omissão, à prerrogativas constitucionais.

Nesse sentido, cumpre trazer o discurso do falecido Ministro Teori Zavaski, durante a cerimônia de sanção do ato²⁹:

a opção de conferir ao mandado de injunção o perfil normativo-concretizador, como faz o STF, importa, em boa medida, atribuir ao Judiciário uma atividade tipicamente legislativa, cujo resultado será uma decisão com especialíssimas características, a saber: (a) uma decisão com natural eficácia prospectiva, ou seja, com efeitos normalmente aptos a se projetar também para o futuro (o que não é comum nas sentenças em geral); (b) uma decisão que, por isso mesmo, fica sujeita, quando necessário, a ajustes em função de supervenientes modificações do estado de fato ou de direito; e, enfim, (c) uma decisão com natural vocação expansiva em relação às situações análogas, efeito esse que, aliás, também decorre e é imposto pelo princípio da isonomia, inerente e inafastável aos atos de natureza normativa.

Embora a novel legislação pouco tenha inovado em relação aos últimos precedentes do STF em mandado de injunção, seu grande mérito foi constituir, de maneira objetiva e sistematizada, o estatuto específico desse remédio constitucional - não apenas sobre os efeitos de eventual decisão normativa, mas, também, relativamente aos seus aspectos procedimentais.

Sendo um ato legislativo editado pelo próprio Congresso Nacional, a Lei do Mandado de Injunção corrobora a legitimação democrática de decisões normativas do Poder Judiciário, que são constitucionalmente adequadas e necessárias em contextos excepcionais.

²⁷ BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm >. Acesso em: 01 abr. 2017.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁹ Discurso de Teori Zavascki no Palácio do Planalto durante a cerimônia de sanção da Lei 13.300/2016. Disponível em: <<http://jota.info/o-discurso-de-teori-zavascki-no-palacio-planalto-o-pais-esta-enfermo>>. Acesso em 01 abr. 2017.



Trata-se da primeira manifestação específica de um instrumento de combate às omissões inconstitucionais, respeitando o princípio democrático e o próprio Cidadão, que se via desamparado na busca de direitos e garantias constitucionalmente previstos.

No entanto, embora comporte um avanço em relação ao processo constitucional, incorporando técnicas hábeis à promoção de direitos fundamentais, não significa que terá atuação ilimitada. Assim, a análise dos limites dessa atuação jurisdicional criativa é tão importante quanto sua instituição, sob pena de serem desvirtuados, também, valores constitucionais.

3. CONSTITUCIONALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL E LIMITES PARA A JURISDIÇÃO CRIATIVA

A ampliação dos poderes do magistrado no tratamento de omissões inconstitucionais tem nítido fundamento constitucional. Com efeito, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, da CRFB/88³⁰), o que reforça a necessidade de se conferir a máxima efetividade possível a essas normas - mesmo sem a atuação imediata do Poder Legislativo -, realizando o pretendido pelo Poder Constituinte Originário, com fulcro no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/88³¹).

Nesse sentido, é preciso delimitar o âmbito de atuação de uma jurisdição criativa, de modo que esta não fique aquém do seu dever - não realizando o preconizado pelo legislador constituinte -, nem além - indo de encontro, por exemplo, ao princípio da separação dos poderes (art. 2º e 60, §4º, III, da CRFB/88)³².

Primeiramente, deve-se considerar que, naturalmente - isto é, não só no Direito -, à expansão de poderes corresponde o aumento de arbitrariedades, sobretudo se não dispostos limites. Assim, parte da doutrina contemporânea tem criticado a possibilidade de criação de normas jurídicas - e não espécies legislativas -, de acordo com a vontade de cada julgador (solipsista), violando a Constituição. Dessa forma, o aumento dos poderes levaria à

³⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

discricionariedade do julgador e a um decisionismo antidemocrático, visto que poderia impactar valores como a segurança jurídica.

Contudo, o aumento de poderes tendentes a evitar uma omissão que impede a fruição de direitos constitucionalmente garantidos deve ser visto sob duas óticas: a primeira referente à possibilidade de um dos Poderes da República tutelar e conferir esses direitos ao cidadão; a segunda referente à possibilidade deste Poder extrapolar sua função constitucionalmente estabelecida e violar preceitos fundamentais, tais como os da separação dos poderes e o da própria segurança jurídica.

De acordo com o demonstrado ao longo da exposição, é inegável que a exacerbação dos poderes do magistrado no trato de mandados de injunção visa a conferir ao cidadão direitos constitucionalmente garantidos. No entanto, muitos juízes podem entender a prerrogativa legal em favor do cidadão como forma de legislar - usurpando função típica do Poder Legislativo -, ou como forma de fazer Justiça, sem a observância das disposições necessárias para tanto. Assim, o que seria considerada uma decisão, em sede de mandado de injunção, justa e constitucional?

Conforme leciona Pedro Lenza - citando Daniel Sarmiento³³ -, ao tratar sobre o “pamprincipiologismo”, assevera que os juízes passaram a buscar a justiça - ou o que entendem como justo - sem fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Essa “euforia” teria aberto um espaço muito maior para o decisionismo judicial, aquele julgamento discricionário e sem fundamentação. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, sendo prática profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito.

Seria, assim, prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, comprometendo a separação dos poderes; e seria prejudicial à segurança jurídica, pois torna o Direito muito menos previsível, prejudicando a capacidade de planejamento do cidadão e fortalecendo a “loteria judicial”.

A partir do exposto, não deve ser outro o limite para a jurisdição criativa que não a Constituição da República. O texto constitucional é o porto seguro para os necessários limites da interpretação e criação judicial. As soluções para o caso concreto posto à análise do Judiciário, que dependa de diploma regulador a ser editado pelo Poder Legislativo, devem se

³³ SARMENTO apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186/187.



pautar nos princípios e regras constitucionais, incidindo as técnicas da ponderação, de concordância prática e da proibição de excessos, além da aferição da razoabilidade e proporcionalidade da medida, visando atingir uma situação de igualdade entre os cidadãos³⁴.

A partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional - e as leis infraconstitucionais que a ele devem se adequar, com base na hierarquia constitucional - e considerando as técnicas interpretativas que fortalecem o papel criador do Poder Judiciário, em contraponto às críticas referentes à ilegitimidade deste papel criador e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal como o guardião da Constituição, é forçoso reconhecer a necessidade de exacerbação, também, da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Na histórica superação, pela jurisprudência do STF, do obstáculo do legislador negativo, restou consignado que não viola a função típica do Legislativo decisão que, suprimindo a inércia deste Poder, defere o direito pretendido pelo particular. A adequada e pertinente fundamentação das decisões é o elemento legitimador destas, de modo que a falta de eleição, pelos cidadãos, dos membros do Poder Judiciário não impede a legitimidade de suas decisões. Será legítima, portanto, a decisão que se mostrar fundamentada de acordo com os dispositivos constitucionais, na forma do artigo 93, IX, da CRFB/88³⁵.

Sendo a jurisdição o exercício do poder que emana do povo (artigo 1º, § único da CRFB/88³⁶), a fundamentação das decisões proferidas no exercício da atividade judicial, para muito além de garantia processual, é mecanismo de controle que instrumentaliza a submissão do poder público não somente à fiscalização das partes, mas ao crivo social, legitimando a própria jurisdição, desempenhada com déficit democrático.

Nesse sentido, o artigo 489 do Novo Código de Processo Civil³⁷ dispõe, taxativamente, sobre o dever de fundamentação dos magistrados, compreendido sob ótica que mais se coaduna com o preceito constitucional. Assim, prestigia-se, também, o princípio do contraditório, evitando que decisões sejam proferidas sem levar em consideração os argumentos das partes, bem como os precedentes jurisprudenciais, seja para aplicá-los ou não.

³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 144-185

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁶ *Ibidem*

³⁷ BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm >. Acesso em: 15 abr. 2017.



Percebe-se, dessa forma, que as legislações mais recentes que tratam da matéria impõe, explícita ou implicitamente, um ônus de fundamentação maior ao magistrado, pelos motivos já expostos. Trata-se da legitimação do poder exercido pelo Judiciário conferido pelo povo, já que seus membros não foram eleitos.

Assim, acompanhando a velha máxima que “grandes poderes são acompanhados de grandes responsabilidades”, nada mais escorreito que ampliar o ônus argumentativo do magistrado quando for deferir mandado de injunção criando norma jurídica com efeitos *ultra partes*.

Não se trata de obstaculizar o trabalho do magistrado no trato de omissões inconstitucionais, mas sim, de legitimar a atividade jurisdicional criativa, que veio a combater, justamente, uma “síndrome de omissões inconstitucionais”. Por isso, não cabe atender a um comando constitucional deixando outro de lado, devendo a atividade dos Poderes deve ser hígida e coordenado, sem espaço para discricionariedade anti-democrática.

Desse modo, as inovações trazidas pela Lei n. 13.300/2016³⁸, por mais que se destinem ao cidadão desamparado pelo Poder Público, devem observar a necessária e adequada fundamentação para serem eficazes e legítimas no mundo jurídico, coibindo arbitrariedades e atendendo aos requisitos constitucionais mínimos para a validade do ato.

Se afastando de uma esfera meramente discricionária, a possibilidade de uma jurisdição criativa serve para atender os anseios dos cidadãos em ver seus direitos fundamentais respeitados, harmonizando os Poderes da República de forma que a falta de um deles não recaia sobre o cidadão, parte hipossuficiente em relação ao Poder Público.

CONCLUSÃO

A necessidade de uma efetiva atuação do Poder Público para possibilitar a fruição de direitos constitucionalmente garantidos pelo particular possibilitou que a “síndrome de inefetividade das normas constitucionais” pudesse ser sanada pelo Poder Judiciário.

A “omissão inconstitucional” - referente à inércia do Poder Legislativo em editar um diploma regulamentador do exercício dos direitos fundamentais, sua função típica - fortaleceu o entendimento do Supremo Tribunal Federal em conferir aplicabilidade imediata às normas

³⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 16.



definidoras de direitos e garantias fundamentais, independente da existência de espécie legislativa.

A partir da evolução deste entendimento, o STF atestou que uma atuação concretista estaria de acordo com a finalidade da Constituição da República, considerando tanto a íntima correlação entre um Estado Democrático de Direito - garantidor, portanto, de direitos abstratamente considerados - e a limitação vertical do poder de império do próprio Estado, quanto o papel do próprio Tribunal em salvaguardar o preconizado pela Carta Magna.

Dessa forma, passou a adotar posição concretista, conferindo direitos fundamentais aos particulares independentemente de diploma legislativo regulamentador e coadunando-se com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

A edição da Lei n. 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção) vem ao encontro da evolução jurisprudencial do STF, sendo a normatização legislativa geral da possibilidade de concretude de direitos por parte do Poder Judiciário, isto é, trata-se de verdadeira legitimação da atuação concreta do Poder Judiciário, sem que isso implique eventual afronta à Separação dos Poderes.

Contudo, como a concessão de poderes demanda, também, vinculação à finalidade pretendida, a própria lei dispõe sobre requisitos para se proferir esse tipo de decisão, conferindo freios à atividade jurisdicional criativa. Nesse sentido, preserva-se a competência do Poder Legislativo para editar o diploma regulamentador e confere-se ao Judiciário esse poder quando houver reconhecida omissão inconstitucional.

A possibilidade de edição de decisões aditivas - justamente aquelas em que o Estado-Juiz concede a tutela específica, garantida por preceito constitucional carente de regulamentação - contribui para o amadurecimento da jurisdição constitucional, suprimindo a desídia estatal e, ao mesmo tempo, impõe a necessidade de se estabelecerem limites à esse tipo de atuação.

Sendo a Lei do Mandado de Injunção considerada uma novidade no ordenamento jurídico - regulamentando uma atuação construída jurisprudencialmente -, deverá observar, obrigatoriamente, a Constituição da República, de acordo com a perspectiva kelseniana.



Assim, sua constitucionalidade se presume, já que se trata de ato do Poder Legislativo conferindo poderes típicos ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, alinhados Poderes Legislativo e Judiciário no trato das omissões inconstitucionais, a legitimidade da atuação do último dependerá, assim como suas decisões, da necessária e adequada fundamentação, sem a qual não se considerará válida a norma jurídica produzida no caso concreto.

Percebe-se, assim, que a edição da Lei do Mandado de Injunção se destina a combater uma das piores mazelas de um Estado Democrático de Direito: a falta de normatividade para o exercício de direitos fundamentais. A omissão do Poder Legislativo confere ao Poder Judiciário a legitimidade para suprir a deficiência estatal, em sintonia com os preceitos constitucionais.

É inaugurado um novo - e potencialmente eficaz - instrumento de tutela dos direitos fundamentais, posto à disposição do particular quando a falta de regulamentação legislativa impedir o exercício desses.

O tão aguardado e festejado diploma legislativo exerce papel eminentemente democrático, disciplinando o chamado “ativismo judicial”, tão temido no passado. Atualmente, a preocupação é com o cidadão, não sendo a inércia legislativa motivo hábil para impedir o acesso a direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm > Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 107-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752372/mandado-de-injuncao-mi-107-df> >. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 670-ES. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es> >. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 708-DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df> >. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 721. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390> >. Acesso em: 01 abr. 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Primeiros comentários à Lei nº 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção)*. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2016/06/primeiros-comentarios-lei-133002016-lei.html> >. Acesso em: 20 set. 2016.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALUF, André Luiz. *Lei do Mandado de Injunção abre portas para sentenças aditivas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/andre-maluf-lei-mandado-injuncao-abre-portas-sentencas-aditivas>>. Acesso em: 20 set. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. MENDES, Gilmar Ferreira. WALD, Arnaldo. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Cintia. *Mandado de injunção como fator de estímulo ao crescente ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8249>. Acesso em: 20 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de Sousa. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Fórum, 2016.

VOLTAR AO SUMÁRIO 





Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br