

Revista da

Esmerese
Esmerese

ESCOLA SUPERIOR
DA MAGISTRATURA
DE SERGIPE



NÚMERO 12
2009



Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

REVISTA DA ESMESE

Revista da ESMESE, nº 12, 2009

©REVISTA DA ESMESE

Conselho Editorial e Científico

Presidente: Juiz José Anselmo de Oliveira

Membros: Desembargador Netônio Bezerra Machado

Juiz João Hora Neto

Desembargador Cezário Siqueira Neto

José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Angelo Ernesto Ehl Barbosa

Revisão: José Ronaldson Sousa e José Mateus Correia Silva

Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva

Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares

Impressão: Nossa Gráfica.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Superior da Magistratura de Sergipe
Centro Administrativo Governador Albano Franco
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-150- Aracaju – Sergipe
Tel. 3214-0115 Fax: (079) 3214-0125
[http: www.esmese.com.br](http://www.esmese.com.br)
e-mail: esmese@tj.se.gov.br

R454 Revista da Esmese.
Aracaju: ESMESE/TJ, n. 12, 2009.

Semestral

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

COMPOSIÇÃO

Diretora

Desembargadora Clara Leite de Rezende

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico

Desembargador Cezário Siqueira Neto

Subdiretores de Curso

Angelo Ernesto Ehl Barbosa

Ilma Suzana Teles S. Macedo

Subdiretora de Administração

Ana Patrícia Souza

SUMÁRIO

Sumário

APRESENTAÇÃO.....	15
DOCTRINA.....	17
POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO <i>EX OFFICIO</i> DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA Daniel de Lima Vasconcelos.....	19
A DIGNIDADE DA PESSOA INVESTIGADA E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA: TUTELA JUDICIAL APLICÁVEL E SUAS CARACTERÍSTICAS E EFEITOS André Luiz Vinhas da Cruz.....	43
RECLAMAÇÃO 4.335/AC: A REINTERPRETAÇÃO DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Bárbara Soares Amaral.....	75
ALIMENTOS GRAVÍDICOS Sílvia França de Souza Morelli.....	83
O DANO MORAL DECORRENTE DA RESPONSABILIDADE MÉDICA PROFISSIONAL Thyago Avelino Santana dos Santos.....	97
EDUCAÇÃO INCLUSIVA E SUAS BASES LEGAIS Alessandro Araújo Mendes & Kátia Regina Lopes Costa.....	110
NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS Patrícia Cunha Barreto de Carvalho.....	123
A PRISÃO EM FLAGRANTE À LUZ DO DIREITO ADMINISTRATIVO Filipe Côrtes de Menezes.....	131
IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DA LEI MARIA DA PENHA Fábio Dantas de Oliveira.....	145

TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO TÉCNICA HERMENÊUTICA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS VIDA E LIBERDADE RELIGIOSA Renata Garcia Moreno Guimarães.....	155
ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO Hélio Mamede Frota.....	163
CONDICIONANTES À CONTINUIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS SEGUNDO O STF Jean-Claude Bertrand de Góis.....	213
A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA Daniela Patrícia dos Santos Andrade.....	229
CRIMES HEDIONDOS E EXECUÇÃO DA PENA: A QUESTÃO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI 11.464/2007 Carla Maria Franco Lameira Vitale.....	253
SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSOS – CELERIDADE X SEGURANÇA JURÍDICA Adriana Maria Celestino Meneses.....	293
DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: O (DES)ASSISTIDO PELA CONSTITUIÇÃO Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo.....	311
OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA RELACIONADOS AO INCISO I DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 Dayse Coelho de Almeida.....	353
CONTRIBUIÇÕES DAS ESCOLAS PENAIS AO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO Olivia Fernandes Leal de Mello.....	375
ALTERAÇÃO DO PRENOME E SUAS POSSIBILIDADES NO MUNDO JURÍDICO Luciana Barreto Melo.....	421

A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 492, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. O JÚRI E AS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO Jayme Walmer de Freitas.....	435
O § 4º DO ART. 394 DO CPP E O PROCEDIMENTO PENAL NA LEI DE DROGAS (LEI N. 11.343/2006) Renato Marcão.....	445
O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A VEDAÇÃO AO REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO Liana Menezes Santos.....	455

APRESENTAÇÃO

A Esmese, seguindo a imposição dos novos tempos, publica o número 12 de sua revista através da mídia eletrônica, reservando alguns exemplares à publicação impressa, para uso das bibliotecas de Escolas de Magistratura.

As razões que a leva a tomar esta iniciativa são inúmeras, destacando-se a conveniência de não ocupar espaços para preservá-la, nas residências e nas instituições cujas bibliotecas encontram-se abarrotadas pela intensidade da produção doutrinária e jurisprudencial do país.

De outra parte, como já assinalamos por ocasião da *Revista do TJ/SE*, a iniciativa se encontra em convergência com as exigências do meio ambiente, em decorrência da não utilização do papel, extraído das árvores, o que representa a nossa contribuição, neste sentido. Por fim, destacamos a praticidade na formulação das consultas a temas que se pretende pesquisar por um universo muito mais amplo de leitores.

Este número trará à apreciação dos leitores, trabalhos de pesquisa e de interpretação dos institutos jurídicos de naturezas diversas, os quais, instigam o bom debate e ampliam o conhecimento, enriquecendo a troca de informações que deve ser estabelecida entre os magistrados sergipanos, para aperfeiçoamento da aplicação do direito ao caso concreto, garantindo uma prestação jurisdicional técnica e justa, em moldes contemporâneos.

A experiência nos mostra que a comunicação do pensamento do magistrado é de real importância para o seu crescimento. O isolamento, no exercício do *munus*, propicia o sectarismo, diminui os seus horizontes de percepção das novas formas de solução dos conflitos e empobrece a sua capacidade de jurisdizer.

Por todas estas razões e ainda, por pretender acompanhar o ritmo cada vez mais acelerado do acesso ao conhecimento na área jurisdicional é que a Esmese lança a sua primeira revista eletrônica, contendo temas

de relevância na contribuição do crescimento do magistrado, certa de que, desta forma, estará cumprindo com o dever de ofertar aos seus usuários o espaço de que necessita para incentivar a comunicação científica.

Desembargadora Clara Leite de Rezende

Diretora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe

DOCTRINA

POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO *EX OFFICIO* DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA

Daniel de Lima Vasconcelos, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, pós-graduado em Processo Civil pela FANESE e Juiz de Direito.

RESUMO: Após alguns anos de vigência do Código de Processo Civil de 1973, a ação cautelar passou a ser utilizada com muita frequência de forma distorcida, a fim de suprir a carência existente na legislação de uma medida capaz de antecipar os efeitos do pedido ainda no curso da lide. Assim, com o propósito de dotar a jurisdição de importante ferramenta processual, o legislador, por intermédio da Lei nº 8.952/1994, introduziu no CPC o *poder geral de antecipação*. A tutela antecipada, por conta da sua finalidade de potencializar a efetividade do processo, possui raízes constitucionais, uma vez que explicita direito fundamental contido na Lei Maior. De acordo com o art. 273 do CPC, existem dois tipos de tutelas antecipadas: a de urgência, prevista no inciso I, e a punitiva, inserta no inciso II. Presentes os pressupostos genéricos e o específico, deve o magistrado conceder a antecipação da tutela, pois não detém discricionariedade em tal caso. Em situações excepcionais, no entanto, estando presentes os pressupostos da tutela antecipada de urgência, deve o juiz conceder mesmo de ofício a medida, com o escopo de garantir a efetividade do processo, não obstante a existência da expressão “a requerimento da parte” no *caput* do art. 273, uma vez que se deve conferir ao instituto uma interpretação condizente com a sua dimensão axiológica, pois se consubstancia em instrumento potencializador do direito fundamental à efetividade do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela antecipada; concessão de ofício pelo juiz; deferimento *ex officio*; efetividade do processo.

ABSTRACT: After the Brazilian Civil Process Code of 1973 (CPC) being in force for some years, the “ação cautelar” (preventive action) became to be used very frequently and in a distorted way, in order to

meet the existent lack in legislation of an instrument capable of anticipating the effects of the request still under dispute. Thus, in order to provide the jurisdiction with an important process instrument, the legislator, through the Law 8.952/1994, has introduced the general power of anticipation into the CPC. The anticipated tutelage, due to its goal to potencialize process effectiveness, has constitutional roots, since it makes explicit the undamental right included in the Charter. According to article 273 of the CPC, there are two types of anticipated tutelages: “urgent”: stated in clause I; and “punitive”, inserted in clause II. In view of the generic and specific presuppositions, the magistrate must grant anticipation of tutelage, since she or he has no discretionary power in such case. In exceptional circumstances, however, and when the urgent anticipated tutelage’s presuppositions are observed, the judge must grant even **ex officio** the action, in view of guaranteeing process effectiveness, notwithstanding the existence of the expression “requerimento da parte” (party’s request), in the **caput** of art. 273, since the principle should be given an interpretation which is suitable for its axiological dimension, because it materializes itself as an instrument of the fundamental right to process effectiveness.

KEYWORDS: Anticipated tutelage; by judge office concession; *ex officio* grand; process effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o escopo de analisar o instituto da tutela antecipada em cotejo com os princípios e regras que regem os direitos processual e constitucional pátrios, tendo, outrossim, como propósito primordial o de investigar a possibilidade de o juiz conceder *ex officio* tal medida, com fundamento no art. 273, inciso I, do CPC.

Inicialmente, serão feitas algumas considerações acerca dos fatos que ensejaram a inserção no Livro I do Código de Processo Civil da tutela antecipada, bem como do propósito que norteou o legislador quando da edição da Lei nº 8.952/1994, via legal que, ao alterar as

redações dos artigos 273 e 461 do CPC, introduziu no país a referenciada medida para todos os tipos de processos, implementando, assim, o chamado *poder geral de antecipação*.¹

No decorrer do estudo, discorrer-se-á também sobre o seu caráter de medida potencializadora do direito fundamental à efetividade do processo, bem como examinar-se-ão os pressupostos exigidos pelo art. 273 do CPC para o seu deferimento.

Por fim, após a análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema no país, verificar-se-á a possibilidade ou a inviabilidade de o juiz conceder de ofício a tutela antecipada, à luz do art. 273, inciso I, do CPC.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

O presente trabalho se baseia em estudo de caso e, quanto ao objetivo, é exploratório, uma vez que, já existindo sobre o problema apontado vários estudos, busca-se explicitá-lo, trazendo novas ideias para sua solução. Seu modelo conceitual é bibliográfico, pois se desenvolve exclusivamente através de fontes já elaboradas, conforme referências descritas ao final. A abordagem é qualitativa, porquanto possui como objetivo uma análise interpretativa do fenômeno.

3. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO EX OFFICIO DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA

3.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Após alguns anos de vigência do Código de Processo Civil de 1973, a necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere e capaz de dar maior efetividade ao processo fez com que a ação cautelar, fulcrada no *poder geral de cautela*, fosse utilizada de forma distorcida, eis

¹ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, p. 520.

que passou a ser empregada amiúde em situações incompatíveis com a sua natureza de ação instrumental, acessória e assecuratória do bem da vida objeto da ação principal.²

Como se sabe, a ação cautelar fora concebida com o propósito de servir à demanda principal, a fim de assegurar a eficácia da pretensão nela vindicada, funcionando, pois, como uma via processual essencialmente instrumental e acauteladora.

Todavia, diante da carência de uma medida capaz de antecipar, em face de uma necessidade premente, os efeitos do pedido vertido na ação principal, passou a via cautelar a ser utilizada com tal escopo, para, desse modo, evitar prejuízo irreparável ou de difícil reparação decorrente do aguardo do trânsito em julgado da respectiva sentença.

Não se pode olvidar, por seu turno, que o emprego da cautelar de cunho satisfativo suscitou frequentes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, mas a inexistência de uma medida legal autorizadora da antecipação da tutela impôs a sua admissão no âmbito forense, em homenagem ao direito à efetividade do processo.

Assim, por força da utilização tecnicamente distorcida da ação cautelar com finalidade nitidamente satisfativa e da necessidade de se instituir uma medida capaz de dotar o processo de maior efetividade, o legislador, por intermédio da reforma processual levada a efeito pela Lei nº 8.952/1994, que introduziu o *poder geral de antecipação*, “teve o objetivo primordial de recolocar as coisas em seus devidos lugares”.³

Impende salientar, por oportuno, que a introdução do *poder geral de antecipação* no CPC representou, de fato, um grande avanço para a nossa legislação processual, porquanto aparelhou o Estado-juiz de importante ferramenta para o oferecimento de uma prestação jurisdicional mais efetiva e eficaz.

Convém ressaltar, ademais, que antes do advento da Lei nº 8.952/1994 já havia na legislação do país a previsão de tutela antecipada para outras ações, como na de alimentos, no mandado de segurança e nas

² MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2005, p. 207.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 296.

possessórias, dentre outras mais, sendo essas últimas, inclusive, insertas no próprio CPC.

No presente trabalho, porém, o estudo será focado na verificação da possibilidade de o juiz conceder *ex officio* a tutela antecipada prevista no inciso I do art. 273 do CPC.

3.2 TUTELA ANTECIPADA COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DO PROCESSO

A tutela antecipada prevista no art. 273 do CPC, conforme restou declinado alhures, fora instituída com a finalidade de tornar a prestação jurisdicional mais efetiva, viabilizando, desse modo, a possibilidade de o julgador ainda no curso da lide antecipar os efeitos de eventual sentença favorável à parte, a fim de evitar que a espera pelo desfecho da demanda cause a essa um dano irreparável ou de difícil reparação.

Vislumbra-se, pois, que a tutela antecipada, ao minimizar os danos decorrentes do tempo de tramitação do processo, melhorou a prestação jurisdicional para a parte, proporcionando a essa, portanto, maior acesso ao direito fundamental à efetividade do processo, albergado nos incisos XXXV, LV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Logo, depreende-se que a tutela antecipada explicita um direito fundamental consagrado na Constituição Federal, possuindo, de fato, raízes constitucionais.

A propósito, merecem transcrição as lições de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini:

“O princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição, de que decorre o direito à prestação da tutela jurisdicional, está hoje formulado expressamente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Por isso é que se afirma, com acerto, que a tutela antecipatória consiste em fenômeno processual de raízes nitidamente constitucionais, já que, para que seja plenamente aplicado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é necessário que a tutela prestada seja efetiva e eficaz.

A função da tutela antecipatória é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva. A necessidade dessa efetividade é a contrapartida que o Estado tem que dar à proibição da autotutela.”⁴

Por conseguinte, divisa-se que a tutela antecipada encontra-se assentada em direito fundamental de matriz constitucional, uma vez que se consubstancia em importante ferramenta para a efetividade da jurisdição, direito esse insculpido na Lei Maior.

3.3 DA TUTELA ANTECIPADA PREVISTA NO ART. 273, INCISO I, DO CPC

3.3.1 DAS ESPÉCIES DE TUTELAS ANTECIPADAS PRESCRITAS NO ART. 273 DO CPC

Procedendo-se a uma análise do art. 273 do CPC, infere-se que se encontram previstos dois tipos de tutelas antecipadas, quais sejam: a “tutela antecipada de urgência”, disposta no inciso I, e a “tutela antecipada punitiva”, inserta no inciso II.⁵

Existe, ainda, no §6º do referido art. 273 a “tutela antecipada para julgamento antecipado parcial da lide”; porém, conforme bem salienta Cassio Scarpinella Bueno, não se trata propriamente de tutela antecipada, mas, de fato, de “julgamento antecipado *parcial* da lide com reconhecimento de efeitos imediatos ao que já foi julgado”.⁶

O presente trabalho, contudo, consoante já restou asseverado, terá como objeto de estudo a “tutela antecipada de urgência”, delineada no inciso I do art. 273 do CPC.

⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 351.

⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 52.

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 53.

3.3.2 DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA PREVISTA NO ART. 273, I, DO CPC

Seja qual for a espécie de tutela antecipada, a de urgência (art. 273, I) ou a punitiva (art. 273, II), são exigidos para a respectiva concessão dois **pressupostos genéricos positivos**, *a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação*, e um **pressuposto genérico negativo**: *a ausência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*. Os pressupostos genéricos positivos encontram-se previstos no *caput* do art. 273 do CPC, ao passo em que o pressuposto genérico negativo está disciplinado no §2º do citado artigo.

No entanto, para o deferimento da tutela antecipada de urgência, estabelece o inciso I do art. 273 um **pressuposto específico**, qual seja, *o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*.

Cumpre, pois, examinar cada um dos pressupostos exigidos pelo CPC para a concessão da tutela antecipada de urgência.

Segundo o *caput* do art. 273 do CPC, os efeitos da tutela pretendida podem ser antecipados, desde que, existindo prova inequívoca, se convença o juiz da verossimilhança da alegação.

No tocante ao primeiro pressuposto genérico positivo, *a prova inequívoca*, depreende-se que o CPC não reclama para a sua presença nos autos a demonstração de evidência irrefutável do fato articulado, o que somente revela-se viável após uma cognição exauriente, mas, sim, a existência de uma prova que autorize o magistrado a concluir que, à luz do estágio processual, mostra-se bastante provável a ocorrência do fato apontado pela parte. “Trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária.”⁷

Convém salientar, outrossim, que a exigência de prova cabal para a presença de tal pressuposto afigura-se incompatível com a natureza do instituto, eis que a tutela antecipada é examinada pelo juiz, em regra,

⁷ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, p. 538.

mediante cognição sumária, durante o curso da instrução, e não após uma cognição exauriente. Logo, para a sua demonstração basta apenas a presença da probabilidade da existência dos fatos articulados pela parte.

A prova inequívoca, ademais, pode ser demonstrada por todos os meios probatórios admitidos pela legislação e, até mesmo, por intermédio de depoimentos testemunhais colhidos em audiência de justificação, que pode ser designada pelo magistrado antes de apreciar o cabimento da tutela antecipada.⁸

Havendo prova inequívoca, compete, também, ao juiz verificar o segundo pressuposto genérico positivo, ou seja, *a verossimilhança da alegação*, que nada mais é do que a plausibilidade da matéria aduzida pela parte. Tal pressuposto, impende repisar, encontra-se presente quando se puder divisar que “o fato jurídico conduz à solução e aos efeitos que o autor pretende alcançar na sua investida jurisdicional. ‘Que o Direito lhe socorre’, como é comum ouvir por aí.”⁹

Assim, revelando-se plausível a alegação veiculada pela parte, afigura-se, portanto, demonstrado o pressuposto genérico positivo em questão.

Os pressupostos genéricos positivos da tutela antecipada, todavia, não se confundem com o *fumus boni iuris* (a fumaça do bom direito), que se consubstancia em pressuposto da tutela cautelar. Para a presença daqueles nos autos não basta tão-somente a plausibilidade da alegação da parte, conforme exige esse, mas, também, a verossimilhança fundada em prova, consoante leciona José Roberto dos Santos Bedaque:

“A concessão de cautelar geral dependeria apenas da verossimilhança dos fatos alegados pelo autor, ainda que inexistente prova a respeito. Já para obter antecipação da tutela, necessário que o requerente instrua o pedido com elemento probatório suficiente para a formação do convencimento do julgador.”¹⁰

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2005, p. 209.

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 38.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 342.

No concernente ao pressuposto genérico negativo, *a ausência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*, depreende-se que consiste na possibilidade de, em sendo deferida a tutela antecipada e, posteriormente, advindo decisão revogadora, seja possível retornar-se à situação anterior a sua concessão. Isto é, exige o §2º do art. 273 do CPC, para a concessão de tutela antecipada, a possibilidade de se retornar ao *status quo ante* na hipótese de ser a medida posteriormente cassada.

Teve o legislador em mira, ao instituir o referenciado pressuposto genérico negativo, o escopo de evitar que uma decisão prolatada à luz de um juízo de cognição sumária pudesse causar um dano irreversível à parte que a ela fora submetida, diante da possibilidade de sua revogação durante o curso da lide.

Sucedo, porém, que a exigência do pressuposto em análise para a concessão da tutela antecipada de urgência não possui caráter absoluto, tendo em vista que deve ser relativizada em determinadas situações, a fim de se preservar a utilidade do instituto, conforme salientam Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga:

“em muitos casos, mesmo sendo irreversível a tutela antecipatória – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição em águas fluviais, dentre outros -, o seu deferimento é essencial, para que se evite um ‘mal maior’ para parte/requerente. Se o seu deferimento é fadado à produção de efeitos irreversíveis para o requerido, o seu indeferimento também implica consequências irreversíveis para o requerente. Nesse contexto, existe, pois, *o perigo de irreversibilidade decorrente da não concessão da medida*. Não conceder a tutela antecipada para a efetivação do direito à saúde pode, por exemplo, muita vez, implicar a consequência irreversível da morte do demandante.”¹¹

¹¹ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, p. 543.

Em tais hipóteses, vislumbra-se nitidamente um choque entre dois direitos fundamentais, o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica, devendo, pois, o julgador empregar o princípio da proporcionalidade para sopesar os direitos em conflito e, desse modo, favorecer o que, no caso concreto, revelar-se prevalente.¹²

De outro lado, dessume-se que a mitigação do pressuposto genérico negativo em tela somente se mostra cabível quando se tratar da tutela antecipada de urgência, a qual tem como pressuposto específico *o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*.¹³

Feita a análise dos pressupostos genéricos da tutela antecipada, deve-se, doravante, examinar o pressuposto específico da tutela antecipada de urgência, inserto no inciso I do art. 273 do CPC.

Ao contrário do que acontece entre a prova inequívoca que leva à verossimilhança da alegação, pressupostos genéricos positivos da tutela antecipada, e o *fumus boni iuris*, pressuposto da tutela cautelar, o pressuposto específico da tutela antecipada de urgência pode ser comparado ao *periculum in mora*, também pressuposto da tutela cautelar, em face da semelhança existente entre ambos.¹⁴

Segundo o inciso I do art. 273 do CPC, a tutela antecipada de urgência pode ser concedida quando, presentes os pressupostos genéricos, houver *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*. A exemplo do que ocorre com o *periculum in mora* da tutela cautelar, que também possui a natureza de requisito de urgência, o pressuposto específico em exame exige para a sua caracterização a **necessidade premente** de concessão da medida vindicada ainda no curso da lide.

Com efeito, demonstrando a parte que a ausência de antecipação dos efeitos da tutela acarretará para ela um prejuízo irreparável ou de difícil reparação acaso se aguarde a produção de efeitos da provável sentença favorável, restará, pois, evidenciada a presença do pressuposto específico da tutela de urgência.

¹² DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, p. 544.

¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 356.

¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 42.

Um exemplo que pode muito bem ilustrar a presença no requerimento da parte do pressuposto específico da tutela de urgência é o do caso em que o autor, litigando com plano de saúde para que esse custeie operação de natureza urgente, não puder aguardar o trânsito em julgado da provável sentença condenatória, sob pena de já se encontrar morto quando isso ocorrer.¹⁵

Trocando em miúdos, para a presença do pressuposto específico da tutela de urgência basta encontrar-se caracterizado que, em sendo negada a medida, a sentença a ser futuramente proferida terá a sua eficácia bastante reduzida.¹⁶

Faz-se mister salientar, por oportuno, que a tutela antecipada de urgência pode ser concedida a qualquer tempo, inclusive antes da citação do requerido e, até mesmo, no âmbito recursal, desde que estejam presentes os seus pressupostos.¹⁷

Ademais, outra questão que se afigura importante mencionar é a de que, encontrando-se presentes os pressupostos legais da tutela de urgência, não pode o julgador se recusar a concedê-la, porquanto inexiste margem de discricionariedade em tal situação, consoante assevera Alexandre Freitas Câmara:

“Há que se afirmar, porém, que inexiste aqui qualquer discricionariedade judicial, sendo dever do juiz conceder a tutela antecipatória nos casos em que se façam presentes os requisitos de sua concessão”.¹⁸

Logo, encontrando-se demonstrados os pressupostos genéricos e o pressuposto específico da tutela antecipada de urgência, *deve* o magistrado conceder a medida.

¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 348.

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43.

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 373.

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 446.

3.4 DA DESNECESSIDADE DE PEDIDO ESPECÍFICO PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA EM DETERMINADOS CASOS

3.4.1. DA RAZÃO PARA A EXISTÊNCIA DA EXPRESSÃO “A REQUERIMENTO DA PARTE” NO CAPUT DO ART. 273 DO CPC

A expressão “a requerimento da parte”, constante do *caput* do art. 273 do CPC, foi alvo de severas críticas proferidas por uma parcela da doutrina, ao passo em que outra parte louvou tal iniciativa do legislador.¹⁹

Com efeito, conforme denota o *caput* do referido artigo, teve o legislador, ao inserir tal expressão, o propósito de deixar ao talante da parte a iniciativa de viabilizar a antecipação dos efeitos da tutela no feito.

No entanto, a razão pela qual o legislador optou por inscrever a referenciada expressão é um dado que se revela importante para se encontrar a resposta para a pergunta que se consubstancia no objeto do presente estudo.

Segundo a legislação pátria, o cumprimento da tutela antecipada ocorre sob responsabilidade objetiva da parte que é sua beneficiária, a qual deverá arcar com o ônus de reparar os prejuízos suportados pela parte *ex adversa* na hipótese de posterior revogação da medida, consoante lecionam Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga:

“A efetivação da tutela antecipada dá-se sob a responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista?

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 446.

A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a concessão, exatamente porque, assim, conscientemente se coloca em uma situação em que assume o risco de ter de indenizar a outra parte, se restar vencida no processo.”²⁰

Em sendo assim, vislumbra-se que o escopo do legislador, ao deixar ao crivo da parte a concessão da tutela antecipada, fora o de facultar a essa a assunção do risco pelo cumprimento da medida, que a mesma assumisse expressamente a responsabilidade decorrente da antecipação dos efeitos da tutela pretendida.²¹

No tocante à legitimidade para requerer a tutela antecipada, questão também relevante, infere-se que não apenas ao autor compete a formulação de tal pedido, uma vez que o próprio *caput* do art. 273 do CPC alude à “parte”, não excluindo, assim, a possibilidade de o réu postulá-la em seu favor.

Com relação ao réu, todavia, poderá requerer a tutela antecipada quando formular pedido contraposto; quando reconvir; em ações de natureza dúplice e, inclusive, ao apresentar contestação, ainda que não se trate de ação dúplice.²²

Quanto aos terceiros intervenientes, constata-se que podem requerer a tutela antecipada, desde que, a partir da intervenção, atuem no feito na qualidade de partes. “Até mesmo o assistente simples pode fazê-lo, condicionando-se, entretanto, à vontade do assistido, que pode não querer, por qualquer motivo, a decisão antecipatória”.²³

No que tange ao Ministério Público, infere-se que pode formular o pedido de tutela antecipada na qualidade de parte, bem como, em

²⁰ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, p. 556.

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, págs. 446/447.

²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 362.

²³ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, p. 552.

determinadas situações, quando atuar como fiscal da lei, como leciona, com a propriedade que lhe é peculiar, Cassio Scarpinella Bueno:

“Pensar diferente não é somente apequenar o Ministério Público e seus misteres constitucionais; é muito mais que isso. É apequenar a função social do processo e o interesse do próprio Estado – imposto pela própria Constituição Federal – em que ele, o processo, seja eficaz, em que ele produza os efeitos que devem surtir em prol daquele que, procedimentalmente, apresenta-se com ‘melhor direito’ do que o outro.”²⁴

Por conseguinte, verifica-se que, em situações nas quais a eficácia do processo reste comprometida, afigura-se lícito ao Ministério Público, quando atuar como *custus legis*, requerer a tutela antecipada, desde que tal pleito esteja de acordo com os interesses motivadores da sua intervenção na demanda.

3.4.2. DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO EX OFFICIO DA TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA

Feitas as considerações a respeito dos fatos que ensejaram a inserção no CPC do *poder geral de antecipação*, da tutela antecipada como corolário do direito fundamental à efetividade do processo, dos pressupostos exigidos para a sua concessão, bem como da razão que motivou o legislador a incluir a expressão “a requerimento da parte” no *caput* do art. 273 do CPC, deve-se, finalmente, examinar a possibilidade de concessão *ex officio* da tutela antecipada de urgência.

Em relação ao presente tema, vislumbra-se que a corrente majoritária posiciona-se no sentido da impossibilidade da concessão de ofício da tutela antecipada, a exemplo de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini²⁵; Fredie Didier Jr., Rafael

²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48.

²⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2000, v. 1, págs. 355/356.

Oliveira e Paula Sarno Braga²⁶; Humberto Theodoro Júnior²⁷; Ernane Fidélis dos Santos²⁸, Alexandre Freitas Câmara²⁹, Daniel Amorim Assumpção Neves³⁰, dentre outros processualistas de escol.

No entanto, a despeito do entendimento abraçado pelos referidos mestres, verifica-se que não se pode atribuir à expressão “a requerimento da parte”, inserta no *caput* do art. 273 do CPC, uma interpretação de caráter absoluto.

Com efeito, levando-se em consideração a finalidade que norteou o legislador ao instituir o *poder geral de antecipação*, que fora a de dotar a jurisdição de maior efetividade, as raízes constitucionais da tutela antecipada, a qual, de fato, explicita o direito fundamental à efetividade do processo, depreende-se que o referido instituto deve ser examinado à luz de uma exegese constitucional, sistemática e teleológica, a fim de conferir-lhe uma interpretação condizente com a sua dimensão axiológica, como pontificou Roberto Eurico Schmidt Junior:

“Mas, como é sabido, o método gramatical não é, no mais das vezes, por si só suficiente para a adequada aplicação do direito, embora toda e qualquer interpretação, como é evidente, não o dispense. A par da interpretação gramatical, siga-se a interpretação lógica e, sobretudo, sistemática.
(...)

Basta socorrermos-nos de uma interpretação teleológica para que possamos chegar à conclusão adequada. Assim temos que é indiscutível que as normas guardam um propósito. Resta verificar

²⁶ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual Civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2, págs. 555/556.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, Vol. I, p. 370.

²⁸ DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, Vol. 1, p. 327.

²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 446.

³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz, preclusão pro judicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 207.

que propósitos podemos aceitar e quais propósitos devemos rejeitar.”³¹

Acerca do emprego da interpretação teleológica, merecem transcrição os seguintes ensinamentos de Maria Helena Diniz:

“O intérprete-aplicador poderá: a) concluir que um caso que se enquadra na lei não deverá por ela ser regido porque não está dentro de sua razão, não atendendo à finalidade social; e b) aplicar a norma a hipóteses fáticas não contempladas pela letra da lei, mas nela incluídas, por atender a seus fins. Consequentemente, fácil será perceber que um comando legal não deverá ser interpretado fora do meio social presente; imprescindível será adaptá-lo às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação. Essa diversa apreciação e projeção no meio social, em razão da ação do tempo, não está a adulterar a lei, que continua a mesma”.³²

Deve-se, pois, extrair do caput do art. 273 a interpretação que proporcione ao instituto da tutela antecipada de urgência uma exegese compatível com a sua finalidade constitucional, que é a de explicitar o direito fundamental à efetividade do processo.

Pois bem. Ao se analisar a tutela antecipada de urgência sob um prisma constitucional, teleológico e sistemático, pode-se concluir que, em situações excepcionais, mostra-se lícito ao julgador conceder a medida *ex officio*, com o fito de garantir a efetividade do processo, direito fundamental que, como já restou asseverado, inspirou o legislador ao conceber o instituto em exame.

Não se pode admitir que, em determinados casos, a efetividade do processo pereça por conta da ausência do requerimento da tutela

³¹ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. *Tutela antecipada de ofício, à luz do art. 273, I, do código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 87.

³² DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 161.

antecipada de urgência, sob pena de não se observar o referenciado direito fundamental, além de outros como, a depender do caso, o da dignidade da pessoa humana, o direito à vida etc. Ademais, não pode o juiz se comportar como um mero espectador e deixar que a efetividade do feito se esvaia diante de seus olhos pela falta do requerimento em tela.

Suponha-se, a propósito, o caso do autor, gravemente enfermo, que demanda plano de saúde para que custeie cirurgia reputada urgente, mas que surpreendentemente deixa de requerer a tutela antecipada. Na espécie, embora se trate de uma hipótese remota, mas possível, caso não seja concedida a medida de urgência a sentença seguramente será de nenhuma utilidade se houver a procedência do pedido, diante da altíssima probabilidade de o demandante já se encontrar morto quando do trânsito em julgado da respectiva decisão.

Ora, na situação descrita não se pode conceber que o magistrado encontra-se impossibilitado de deferir, de ofício, a tutela antecipada de urgência, sob pena de se sacrificar o princípio fundamental da efetividade do processo, bem como outros, também de matriz constitucional, como o da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Em sendo assim, afigura-se plausível a concessão da tutela antecipada de urgência de ofício em casos excepcionais, quando o juiz vislumbrar nitidamente que o indeferimento da medida comprometerá a própria efetividade do processo, conforme assevera José Roberto dos Santos Bedaque:

“Não se podem excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade da antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança. Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação *ex officio* do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo.”³³

³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 385.

Comunga de entendimento similar Cassio Scarpinella Bueno:

“À luz de uma visão constitucional do processo, parece que a resposta mais afinada ao que procurei desenvolver no item 1, no entanto, é, diferentemente, *positiva*. Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quiçá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor ‘efetividade’, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I). Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine a emenda da inicial, dando interpretação ampla ao art. 284. Não que um não-pedido de tutela antecipada enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não. É que é essa uma porta que o sistema dá para que a postulação jurisdicional inicial seja apta no sentido de produzir seus regulares efeitos.”³⁴

No âmbito jurisprudencial, não obstante a existência de inúmeros julgados reconhecendo a impossibilidade absoluta de concessão da tutela antecipada de ofício³⁵, tem ganhado corpo a corrente que entende cabível a sua concessão *ex officio* em determinadas hipóteses, consoante denotam os seguintes arestos:

“as leis devem ser interpretadas em conformidade com a CF, e a norma insculpida no art. 273 do CPC não foge à regra”. Com efeito, diante da verossimilhança da alegação do apelado (consustanciada pelo laudo pericial de fls. 70/71

³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

³⁵ **TJDFT** - Apelação Cível nº 20050110406574 (247466) - 2ª Turma Cível - Rel. Waldir Leôncio Júnior - DJU 22.06.2006; **TJMS** - Agravo nº 2007.003296-7/0000-00 - 1ª Turma Cível - Rel. Josué de Oliveira - j. 10.07.2007; **TJPE** - Agravo de Instrumento nº 0063084-6 - 8ª Câmara Cível - Rel. Ricardo de Oliveira Paes Barreto - DOE 20.04.2007.

e 99/100) e do risco de dano irreparável que lhe possa causar a demora na prestação jurisdicional (a visão do seu olho direito é apenas de percepção luminosa, sendo considerado para fins legais como cego, ao passo que o olho esquerdo apresenta perda progressiva da visão, pelo que necessita de urgente cirurgia), é lícito ao julgador conceder, ainda que de ofício, e excepcionalmente, a antecipação dos efeitos da tutela vindicada, a fim de garantir que a tutela jurisdicional pretendida seja eficaz.” (TRF da 2ª Região - Apelação Cível nº 359319/RJ (1996.51.02.030291-9) - 5ª Turma Especial - Rel. Vera Lúcia Lima - DJU 01.08.2006)

“Em matéria de Direito Previdenciário, presentes os requisitos legais à concessão do benefício do art. 203, V, da Constituição Federal, meros formalismos da legislação processual vigente não podem obstar a concessão da tutela antecipada *ex officio*, para determinar ao INSS a imediata implantação do benefício, que é de caráter alimentar, sob pena de se sobrepor a norma do art. 273 do CPC aos fundamentos da República Federativa do Brasil, como a ‘dignidade da pessoa humana’ (CF, art. 1º, III), impedindo que o Poder Judiciário contribua no sentido da concretização dos objetivos da mesma República, que são ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’, bem como ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’” (CF, art. 3º, I e III).” (TRF da 3ª Região - Apelação Cível nº 1004474/SP (2005.03.99.005064-2) - 7ª Turma - Rel. Juiz Walter do Amaral - DJU 06.10.2005)

Para a corrente que entende ser inviável a concessão de ofício da tutela antecipada, o seu deferimento em tal situação viola o princípio dispositivo e impõe à parte beneficiária a responsabilidade objetiva pelo cumprimento da medida, sem ter havido, contudo, pedido expresso nesse sentido.

Com efeito, no tocante à suposta ofensa ao princípio dispositivo, não se afigura presente em tal hipótese a sua violação, uma vez que o juiz estará antecipando os efeitos da pretensão que já fora formulada pela parte ao Judiciário, estando, pois, o magistrado “proferindo decisão nos limites do pedido”.³⁶

Em relação às responsabilidades do beneficiário pelo cumprimento da tutela antecipada concedida de ofício, infere-se que há situações em que os valores em jogo autorizam o magistrado a decidir *ex officio*, como no exemplo anteriormente citado, no qual o indeferimento da medida provavelmente acarretaria o óbito precoce do autor, ao passo em que o deferimento e a sua posterior revogação ensejaria apenas o ressarcimento de danos materiais.

Outro exemplo interessante consubstancia-se no do autor que ingressa com uma ação, sem, todavia, requerer a tutela antecipada, pleiteando o direito de participar da segunda fase de um concurso público, alegando, pois, em seu favor que fora reprovado na primeira fase por apenas uma questão da prova objetiva, a qual aduz ser nula, por não se encontrar no programa do edital. Nessa hipótese, também remota, mas possível, o indeferimento da tutela tornará ineficaz a eventual sentença procedente, eis que, quando do seu trânsito em julgado, a segunda fase do certame já terá ocorrido. No entanto, o deferimento da medida e a sua posterior revogação não ensejará ao beneficiário qualquer dano decorrente da responsabilidade objetiva pelo cumprimento da tutela antecipada.

Deve-se lançar mão, na espécie, do mesmo raciocínio empregado para se mitigar a aplicação do §2º do art. 273, ou seja, utilizar o princípio da proporcionalidade para sopesar os interesses em conflito, permitindo ao juiz, por seu turno, que deixe prevalecer, no caso concreto, o que se revelar de maior envergadura.

Outrossim, poderá o magistrado, a depender do caso, condicionar a produção dos efeitos da tutela antecipada concedida de ofício a um

³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 385.

³⁷ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. *Tutela antecipada de ofício, à luz do art. 273, I, do código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 95.

ato da parte, a exemplo de quando exige a prestação de caução, que pode ser simplesmente o oferecimento de expressa chancela à decisão. Em tal hipótese, impende frisar, restarão superados todos os óbices para a concessão da medida.

De outro lado, como a expressão “a requerimento da parte” fora instituída em função do beneficiário da tutela antecipada, depreende-se que carece a parte adversária de legitimidade para impugnar a medida pelo simples fato de haver sido concedida de ofício. Concedida a tutela antecipada *ex officio*, somente a parte que dela se beneficia pode impugnar a decisão sob a alegação de ausência do seu requerimento.

Por fim, faz-se mister salientar que existe o entendimento de que a tutela antecipada somente pode ser concedida de ofício quando a parte beneficiária estiver postulando direito indisponível³⁷. Divisa-se, contudo, que não somente nesse caso poderá a medida em exame ser deferida *ex officio*, mas, também, quando se invocar direito disponível, como no exemplo do candidato que ingressa com ação pretendendo participar da segunda fase do certame, o qual fora mencionado anteriormente.

4. CONCLUSÃO

Conforme restou salientado no presente estudo, verificou-se que, após alguns anos de vigência do CPC de 1973, a ação cautelar inominada, *fundada no poder geral de cautela*, passou a ser frequentemente manejada de forma incompatível com a sua natureza de demanda instrumental e assecuratória, diante da carência na legislação de uma medida capaz de antecipar os efeitos da tutela vindicada ainda no curso da lide.

Outrossim, por conta do uso tecnicamente inadequado da ação cautelar, que passou a ser admitido pela jurisprudência em face da ausência de via processual hábil, constatou-se que o legislador, por intermédio da Lei nº 8.952/1994, ao alterar as redações dos artigos 273 e 461, introduziu no CPC o *poder geral de antecipação*, com o nítido propósito de dotar a jurisdição de importante instrumento para assegurar a efetividade do processo, bem como de reposicionar as coisas em seus devidos lugares.

Divisou-se, ademais, que o instituto em exame, ao viabilizar a antecipação dos efeitos da tutela postulada ainda no curso da demanda, melhorou sobremaneira a prestação jurisdicional para a parte, proporcionando a essa, não se pode negar, maior acesso ao direito fundamental à efetividade do processo, resultando, pois, evidenciada a sua raiz constitucional.

De outro lado, inferiu-se que, presentes os pressupostos genéricos e o específico da tutela de urgência, insculpido no inciso I do art. 273 do CPC, o seu deferimento afigura-se um dever para o juiz, diante da ausência de discricionariedade em tal situação.

No tocante à razão para a existência da expressão “a requerimento da parte” no *caput* do art. 273 do CPC, vislumbrou-se que o legislador, ao assim agir, teve o escopo de atribuir à parte a iniciativa de assumir os riscos decorrentes do cumprimento da tutela antecipada pelos danos advindos de sua execução, em decorrência da responsabilidade objetiva que, na espécie, fica a cargo do respectivo beneficiário.

Ao se adentrar no tema central do presente estudo, a possibilidade de o juiz conceder de ofício a tutela antecipada de urgência, viu-se que a corrente majoritária, da qual fazem parte diversos processualistas de escol, entende ser inadmissível a sua concessão em tal hipótese.

Todavia, por ser a tutela antecipada de urgência uma importante ferramenta para a efetividade do processo, consubstanciando-se, de fato, em uma medida potencializadora do aludido direito fundamental, constatou-se que o instituto em questão deve ser examinado à luz de uma exegese constitucional, sistemática e teleológica, a fim de lhe conferir uma interpretação condizente com a sua dimensão axiológica.

Assim, divisou-se que não se pode atribuir à expressão “a requerimento da parte”, contida no *caput* do art. 273 do CPC, uma interpretação de caráter absoluto, que não admita em hipótese alguma a concessão da medida de ofício pelo juiz, sob pena de se conceder ao instituto uma exegese incompatível com a sua finalidade no sistema processual.

Com efeito, como restou demonstrado, inclusive nos exemplos citados, ao se analisar a tutela antecipada de urgência sob um prisma constitucional, teleológico e sistemático, pôde-se concluir que, em situações excepcionais, mostra-se lícita a sua concessão *ex officio*, com o

propósito de se garantir a efetividade do processo, direito fundamental que, como já restou asseverado, inspirou o legislador ao inseri-la no Código de Ritos.

Por fim, fora demonstrado que, não obstante a opinião majoritária acerca do presente tema, a qual não admite a concessão da tutela antecipada de ofício, vem ganhando corpo, sobretudo na jurisprudência, a tese que entende possível o seu deferimento *ex officio* em determinados casos, com o fito de se garantir a efetividade do processo, à luz de uma interpretação constitucional do instituto.

5. REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Edições Podium, 2007, Vol. 2.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, Vol. 1.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2005.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões Para o Juiz, Preclusão Pro Judicato e Preclusão Judicial no Processo Civil*. São Paulo: Editora Método, 2004.
- SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. *Tutela Antecipada De Ofício, À Luz do Art. 273, I, do Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, Vol. I.

A DIGNIDADE DA PESSOA INVESTIGADA E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA: TUTELA JUDICIAL APLICÁVEL E SUAS CARACTERÍSTICAS E EFEITOS.

André Luiz Vinhas da Cruz, Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF-RJ), Procurador do Estado de Sergipe, advogado e Professor de Direito Civil do Bacharelado em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE) e de Direito Empresarial do Bacharelado em Administração da Faculdade São Luís de França (FLSF).

Paulo Roberto Brescovici, Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara de Cuiabá (Mato Grosso).

Salatiel Soares de Souza, Juiz de Direito aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia e advogado militante.

Trabalho apresentado para avaliação na disciplina de “Derecho Procesal” do Curso de Doctorado en Ciencias Juridicas y Sociales do Departamento de Posgrado de la Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA). Prof. Dr. Sérgio Ricardo de Souza.

RESUMO: O presente trabalho visa fixar uma análise das modalidades de tutelas jurídicas existentes, com o intuito de defesa dos direitos dos cidadãos, especialmente daqueles direitos relacionados com a honra e imagem, em função da liberdade de expressão e de imprensa prevista na Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional e processual civil; liberdade de expressão e de imprensa; direito à honra e imagem; limitação ao exercício do direito; tutelas jurídicas processuais limitativas.

ABSTRACT: This work aims to establish an analysis of existing legal arrangements for guardianship in order to defend the rights of citizens, especially those rights relating to the honor and image, according to the freedom of speech and press under Magna Carta.

KEYWORDS: Constitutional law and civil procedure; freedom of speech and press; right to the honor and image; limits of the exercise of the right; legal guardianship procedural restrictions.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito; 3. A liberdade de expressão e o Estado Democrático de Direito; 4. A dignidade da pessoa humana no direito brasileiro; 5. Análise sistemática das limitações à liberdade de expressão previstas no direito brasileiro; 6. O princípio da proporcionalidade como forma de resolução de conflitos envolvendo a liberdade de expressão; 7. Tutela judicial aplicável: suas características e efeitos; 7.1 Tutela ressarcitória; 7.2 Tutela inibitória; 8. Considerações finais; 9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem a ser um esforço conjunto para a análise das modalidades de tutelas jurídicas existentes, com o intuito de defesa dos direitos dos cidadãos, especialmente daqueles direitos relacionados com a honra e imagem.

Num mundo globalizado, como o de hoje, os meios de comunicação de massa, seja a mídia escrita, falada ou televisada, priorizam a divulgação das informações e das imagens relativas às pessoas, sem um maior apuro técnico e grau de confiabilidade da fonte de informação.

Tal postura da imprensa, de um modo geral, tem intensificado a busca pela tutela judicial, o que tem abarrotado os tribunais com

demandas que digam respeito à indenização por danos morais, materiais e à imagem.

As ações judiciais propostas, em regra, visam o ressarcimento pecuniário do dano efetivamente ocasionado.

Contudo, além da simples proteção ressarcitória pelo equivalente pecuniário, o ordenamento jurídico pátrio, e até alienígena, já preveem modalidades outras que se antecipam aos próprios fatos, no sentido de se evitar que o dano ocorra ou punir meramente a prática de atos contrários ao direito, vale dizer, antijurídicos.

Sobre tais espécies distintas de tutelas jurídicas, infelizmente, com pouca utilidade ainda, é que o presente opúsculo se debruçará, sem o intuito de inovar, mas apenas de trazer a reflexão para a necessidade de imediato e aprofundado estudo sobre as mesmas, com direta aplicação nas lides que envolvam a liberdade de expressão, valendo-se do juízo de ponderação, em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O presente estudo será desenvolvido, a partir de uma análise de conceitos doutrinários, extraídos de vasta bibliografia, baseada nos manuais de cunho genérico sobre os institutos citados, assim como centrado em ensaios e obras específicas sobre os temas a serem abordados.

O desenvolvimento da pesquisa também será efetuado através da consulta às fontes legislativas e jurisprudenciais, relativas ao tema, com pesquisa bibliográfica e documental.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

O sistema de direitos fundamentais é concebido como elemento constitutivo do Estado de Direito resultando daí a inequívoca conclusão de ser imprescindível na concretização do princípio democrático.

Deve se considerar de relevante importância o teor do art. 5º, § 1º, da Lei Fundamental, o qual prevê a aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, excetuando, por óbvio, aqueles preceitos de eficácia limitada, a exigir a regulamentação por ato normativo infraconstitucional, a exemplo do art. 5º, XXXII, prevendo que “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”.

Em se tratando de direitos e garantias fundamentais, devem ser observados dois vetores imprescindíveis para a concepção do sistema normativo.

O primeiro refere-se ao fato de não serem meramente proclamatórios, pois estão a exigir implementação e, em caso de omissão legislativa para efetivá-los, abre-se à possibilidade de os tribunais concretizarem a sua finalidade quando manejado o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF/88) e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/88), exemplificativamente.

O segundo aspecto refere-se ao princípio da reserva legal, expresso no axioma segundo o qual “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF/88). Portanto, trata-se de um princípio informativo dos direitos fundamentais, tal qual ocorre com os direitos individuais e coletivos.

Contudo, como valores plasmados numa Constituição, os direitos fundamentais traduzem as concepções filosófico-jurídicas aceitas em uma determinada sociedade em certo momento histórico. Tais valores são fundantes do próprio Estado, os quais correspondem, a um só tempo, fins da sociedade e direitos dos seus indivíduos.

Os direitos fundamentais pressupõem concepções de Estado. Portanto, aqueles são condicionados a uma pré-compreensão do modelo político e indicam estágios de desenvolvimento cultural e jurídico de um Estado. As experiências históricas e a evolução das técnicas jurídicas são normalmente assimiladas em processos de reforma ou substituição dos valores jurídicos contidos nos textos constitucionais.¹

Essa essência dos direitos fundamentais faz com que a maioria dos autores refira-se à sua dupla dimensão ou dupla função. Fala-se em dimensão subjetiva ou individual em contraposição a um caráter objetivo ou institucional. Com isso quer evidenciar-se que eles não

¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 505.

podem ser pensados apenas do ponto-de-vista dos poderes ou faculdades que representam aos seus titulares.²

Sob o prisma objetivo, muito embora estabeleçam um dever para o Estado, não estão a investir o cidadão em poder algum, como ocorre, em regra, com as garantias institucionais, as quais funcionam para dar um sentido organizatório a uma determinada atividade. É a própria liberdade individual que exige garantias especiais das próprias instituições e do legislador.

Tal enfoque objetivo dos direitos fundamentais como valores da sociedade tem a função de realçar o sentido do comum em face do individual, servindo de suporte para imprimir um caráter relativo à liberdade e para admitir seus limites.³

Assim, se por um lado as normas de direitos fundamentais asseguram posições jurídicas aos indivíduos dentro da sociedade ao proibirem, ordenarem ou facultarem comportamentos, organizando dessa forma o exercício da liberdade, por outro criam possibilidades de intervenção do Estado, sobretudo pelo legislador, como medida protetiva desta liberdade e até mesmo para limitá-la.

J. J. Gomes Canotilho, acerca da temática e da dimensão de liberdade ensina:

Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício do poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral).⁴

² Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 144-145.

³ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Ob. cit.*, p. 161.

⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 280.

A despeito de os direitos fundamentais localizarem-se na estrutura de sustentação e de eficácia do princípio democrático, pois inserem no seu conteúdo formal e material modelos normativo-princípiosológicos, por vezes entram em colisão e exigem um ajustamento deôntico.

A própria Constituição Federal prevê circunstâncias que constituem restrições ao exercício de direitos fundamentais. Há exemplos explícitos, como o previsto no art. 5º, XVI: *“todos podem reunir-se pacificamente e sem armas, em locais abertos ao público (...)”*. Ressai daí que o direito de reunião não é abertamente livre. Está restrito a participantes desarmados e para discussões pacíficas.

Há circunstâncias, porém, em que o texto constitucional não faz referência expressa à restrição, como no caso do inciso XIII do mesmo art. 5º, segundo o qual *“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendendo as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”*

Logo, a liberdade de que trata o exercício de profissão está protegida dentro de um marco de possibilidades, observadas as qualificações profissionais estabelecidas pela lei infraconstitucional.

Assim, para traçar uma regra de restrições a direitos fundamentais devem ser consideradas não apenas a existência de restrições expressas, mas também as tácitas ou implícitas.

Podemos então apresentar o seguinte quadro esquemático: a) restrições ou limites expressos (diretamente pela Constituição e indiretamente pela lei); b) restrições ou limites implícitos (limites imanentes, assentados em três aspectos: b1) na justificativa de restrições sem a correspondente norma de autorização; b2) na técnica de solução dos conflitos; b3) na existência de limites às restrições necessárias à solução dos conflitos).

Temos, portanto, os direitos fundamentais submetidos expressamente à reserva de lei restritiva, tal qual o disposto no arts. 5º, XXXII e XXXVIII, da CRFB, e os direitos fundamentais não submetidos expressamente à reserva de lei restritiva.

Nessas restrições ou limitações dispostas aos direitos fundamentais no espaço de liberdade de conformação do legislador deve observar-se o princípio da proibição de retrocesso social, porquanto, embora ainda estejam vinculados à chamada reserva do possível, uma vez atingido o grau de concretização fática não mais poderiam ser suprimidos, bem assim os limites da discricionariedade legislativa na

regulação de direito fundamental, de forma a obstar que haja o esvaziamento da norma constitucional fundamental por força de lei infraconstitucional, impondo-se, portanto, o controle de constitucionalidade da regra regulamentadora.

Para o Judiciário impõe-se a superação de antagonismos existentes entre princípios constitucionais por meio de um juízo de ponderação e avaliação, consubstanciado no princípio da proporcionalidade, de forma a declarar qual deve ser o direito a preponderar no caso concreto, considerada a situação conflituosa ocorrida, de tal sorte que não haverá o esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais subjetivamente considerados.

Essa diretriz deve estar contida em um balizador de interpretação constitucional que se consubstancia nos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal brasileira de 1988 resgatou as bases do Estado democrático e de direito, de forma a restabelecer um sistema de valores e princípios de direitos fundamentais que constitui uma sociedade plural e democrática, tal qual previsto no seu art. 5º, incisos e parágrafos.

E se já foi dito antes que os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático, também é forçoso concluir que a liberdade de expressão exerce papel de extrema relevância, analisado sob o prisma do direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição de censura.

A liberdade de expressão é um elemento que compõe o princípio democrático, de forma que estabelece um ambiente onde as várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da sociedade. É o valor instrumental já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática e preservação da soberania popular.⁵

⁵ Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Universidade de Coimbra Editora, 2002, p. 256.

Além de auxiliar no processo de construção e desenvolvimento continuado da democracia, a liberdade de expressão tem importância superior, na medida em que serve de instrumento decisivo do controle da própria atividade governamental e do exercício do poder.

Jónatas Machado assim demonstra:

Os modernos Estados constitucionais não parte de uma concepção monolítica e político-espiritual do povo ou da nação, mas arrancam da diversidade e confrontação de opiniões, interesses, vontades e aspirações dos indivíduos e grupos. A unidade política é vista como tarefa e não como pressuposto da democracia. A manutenção da coesão da comunidade ou da identidade nacional está longe de constituir um fundamento constitucionalmente plausível para restringir a liberdade de expressão e as demais liberdades de comunicação. (...) Vista desta perspectiva, a diversidade de opiniões significa um leque mais vasto de possibilidade e alternativas, e, conseqüentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções e na tomada de opções.⁶

A Constituição Federal do Brasil prevê que “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*” (art. 5º, IV), “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*” (art. 5º, IX) e que “*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*” (art. 5º, XIV).⁷

⁶ Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Ob.cit.*, p. 279.

⁷ No caso argentino, a liberdade de imprensa está consagrada no art. 14 da Constituição da Nação, assim redigida, *verbis*: “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio; de publicar su ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.*” (grifos nossos). Cf. ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Senado Federal, 1994, *passim*.

Impõe-se uma conclusão lógica: o Estado revela-se democrático quando aceita e tolera as mais diferentes expressões do pensamento, sejam elas favoráveis ou contrárias às suas diretrizes institucionais e às doutrinas dominantes.

4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO BRASILEIRO

A questão relacionada com a dignidade da pessoa humana tem uma abrangência de grande amplitude no direito positivo brasileiro, e dado que se cuida aqui mais especificamente do latente confronto entre a dignidade da pessoa e a liberdade de expressão, limitando o tema, reporta-se ao texto da Constituição Federal, que em seu artigo 5º, inciso X, outorgou a condição de invioláveis à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O constitucionalista Luís Roberto Barroso⁸ situa a intimidade e a vida privada num conceito mais amplo e visto como direito de privacidade, onde a intimidade estaria relacionada com um universo de fatos mais restritos da vida do indivíduo, enquanto que a vida privada ultrapassaria estes limites e alcançaria um espaço mais amplo e abrangente das relações sociais individuais.

O universo de vida das pessoas se circunscreve a uma convivência social, mais aberta, mais pública, e outra, fincada na sua própria intimidade, estando ambas situações alcançadas pela proteção constitucional da inviolabilidade.

Se por um lado o conceito de dignidade da pessoa humana, na sua amplitude, pode conter situações de maior complexidade para identificar possível violação, naquilo que diz respeito à privacidade e à honra, nenhuma dificuldade pode ser encontrada.

O direito à privacidade traz consigo a certeza de proteção contra a devassa da vida individual das pessoas, e a este direito corresponde uma obrigação de terceiros, que lhe impõe uma conduta negativa, de abstenção de violação.

⁸ Cf. BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 96.

Num outro patamar de tutela estatal relativamente à dignidade da pessoa humana situam-se ainda o direito à honra e o direito à preservação da imagem.

A honra, que representa mesmo um patrimônio individual, apresenta-se com duas facetas. Uma, de natureza subjetiva, diz respeito ao valor que a própria pessoa lhe empresta como indivíduo, considerando suas virtudes, suas qualidades, seu próprio valor moral. Outra, que corresponde ao valor que lhe é atribuído pelo seu meio social de convivência e atuação.

Estes valores podem ser objeto de violação por ação de terceiros, em atos comissivos ou omissivos, de forma culposa ou dolosa, e de acordo com as circunstâncias em que isto ocorre, de conformidade com a intensidade desta ação, podem resultar danos, muitas das vezes irreparáveis, e suscetíveis, portanto, de devida reparação.

O direito à imagem também está ligado diretamente à honorabilidade. Há situação em que a exposição da imagem compromete a reputação individual, tanto no aspecto pessoal, como também familiar e profissional. A proteção constitucional implica em que ninguém pode ser exposto publicamente sem que o consinta.

Este universo da individualidade, que engloba o direito à intimidade, privacidade, honra, preservação da imagem, cotidianamente pode ser violado com a exposição do indivíduo de forma indevida, e com conhecida frequência, pelos meios de comunicação.

No momento em que isto ocorre, viola-se um princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, todavia, sob o pálio também de outro princípio constitucional, a liberdade de imprensa, decorrendo daí um conflito que reclama uma solução.

Os casos a cuja ocorrência se volta a reflexão provocada neste trabalho são aqueles relacionados especialmente aos de investigados por autoridades policiais e que, em momentos muito precoces do processo investigatório são objeto de noticiários abrangentes, muitas das vezes em rede nacional e com exposição de imagem televisiva.

Não é difícil admitir que tais exposições provocam de imediato um desgaste à imagem do exposto, comprometendo o seu conceito público, sua dignidade e sua honra, em situações que se permitem imaginar irreparáveis.

Ingredientes bastantes para o estabelecimento de um conflito de interesses, o direito da proteção da imagem, da reputação, da honra, desaguando na própria dignidade, e o direito de informação, o direito e liberdade de imprensa.

Direitos subjetivos fincados em princípios constitucionais, assegurados a ambos os envolvidos, na técnica jurídica caracterizando um litígio cuja composição igualmente por regramento constitucional vai situar-se no âmbito de atuação do Poder Judiciário, conforme preceito do art. 5º, XXXV da CF/88, que estabelece que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Dado que tanto a liberdade de imprensa e informação como também a privacidade, intimidade, honra e imagem são direitos que emergem de princípios constitucionais, e ante a evidência e constatação de colisão entre estes princípios, instaura-se o momento da atuação jurisdicional, com a inafastável judicialização da solução do conflito.

Considerando-se a natureza própria deste conflito, a sua solução pode advir do oferecimento de tutelas específicas e que são objeto de análise mais adiante, não sem antes se ocupar aqui, ainda, de ligeira abordagem sobre um tema relevante e oportuno: os limites da liberdade de expressão.

5. ANÁLISE SISTEMÁTICA DAS LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO PREVISTAS NO DIREITO BRASILEIRO

Aspecto complexo e importante dos direitos fundamentais está relacionado ao atributo da relatividade, pois há situações que dois direitos da mesma grandeza ou dimensão são confrontados.

Norberto Bobbio assim posiciona a questão:

Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e

o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.⁹

Em decorrência de sua dimensão social, o direito fundamental de liberdade de expressão é passível de limites quanto ao seu exercício, tal qual ocorre com outros dessa mesma magnitude.

Merece, desde logo, a diferenciação entre uso e abuso da liberdade de expressão.

A liberdade para manifestação do pensamento, como para expor o fruto da atividade artística, intelectual, científica ou de comunicação é assentada na própria razão de ser e de conformação do Estado Democrático e de Direito.

Contudo, não se pode afastar da idéia também fundada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), segundo a qual o titular dessas liberdades não fica imune à resposta por eventual agravo praticado a terceiros, bem assim à indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação (art. 5º, V e X da CF/88).

Assim, é preciso gizar que primeiramente garante-se a liberdade de expressão. Ao depois, verificado eventual excesso aos limites do exercício de tal direito fundamental, de forma a violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas é que se haverá falar em reparabilidade. Em última análise, em restrição a tal direito.

Ressalte-se que o sistema constitucional brasileiro não permite o abuso da liberdade de expressão, compreendido este quando utilizados meios violentos e arbitrários para a divulgação do pensamento, podendo, ainda entrar em colisão com princípios de idênticos valores, de forma a se restringir o exercício de um ou de outro.

Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com base nos critérios da especialidade, hierarquia e anterioridade, o conflito de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério de ponderação.

⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 42.

A propósito, preceitua Paulo Bonavides:

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas leis, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.¹⁰

6. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O mecanismo para realizar a ponderação exigida em caso de confronto de interesses envolvendo direitos fundamentais é a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual é formado por subprincípios que são: a) conformidade ou adequação dos meios (*Geeignetheit*); b) exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*); c) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).¹¹

O primeiro dos subprincípios referidos, da conformidade ou da adequação dos meios, examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, observado o interesse público.

Em se tratando de liberdade de expressão é de perquirir, no caso concreto, se a proibição da publicação, veiculação e distribuição de obras editadas cuja ideia que se pretende difundir são meios adequados para afastar a incidência de ofensa ou discriminação a pessoa ou grupo social porventura alcançado pela infringência de direitos à imagem, honra e patrimônio.

O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou necessidade, segundo o qual a medida escolhida, exemplificativamente a proibição de veiculação da obra com a apreensão de exemplares já distribuídos

¹⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 260.

¹¹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria...*, p. 262.

às livrarias, não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar. Paulo Bonavides registra que esse cânone é chamado de princípio da escolha do meio mais suave.¹²

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, também conhecido como “lei da ponderação”, o intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado, de forma que a análise a ser feita deve levar em conta se dentro de uma sociedade plural como se pretende a brasileira, restringir determinada manifestação de opinião por meio de qualquer veículo de comunicação, ainda que preconceituosa e despropositada, pode ser considerada razoável.

Assim, todas as vezes que se analisar o caso concreto envolvendo colisão de princípios de direito fundamental, dentre os quais o da liberdade de expressão, devem ser sopesados esses três subprincípios, resultando um juízo de ponderação necessário para determinar qual deve prevalecer em detrimento do outro, o qual, por óbvio, sofrerá restrição em sua amplitude e aplicabilidade.

Portanto, ainda que fundante do Estado democrático e de direito, a liberdade de expressão, incluída aqui a liberdade de imprensa, não pode ser entendida como um princípio absoluto e, por vezes, colide com outros princípios de igual magnitude, momento em que competirá ao Judiciário, mediante um juízo de ponderação e de equilíbrio desses mesmos valores, declarar, por meio do princípio da razoabilidade, qual deve prevalecer.

7. TUTELA JUDICIAL APLICÁVEL E SUAS CARACTERÍSTICAS E EFEITOS

A questão da colisão de direitos fundamentais com outros direitos necessita, portanto, de uma ponderação de valores em discussão, decidindo-se, com base no caso concreto, qual o direito que terá primazia, observado os princípios da unidade da Constituição e da concordância prática.

¹² Cf. BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.*, p. 360.

Com base nesta assertiva, a primeira questão que surge é se o Poder Judiciário tem legitimidade para dirimir conflitos que envolvam a liberdade de imprensa, enquanto pilar de sustentação do princípio democrático, inserto na Carta da Primavera de 1988.

A argumentação central é a de que o Poder Judiciário está sujeito à fiscalização por parte dos órgãos de comunicação; e, enquanto tal, ao mesmo caberia apenas o conhecimento de ações na esfera penal (nos casos de calúnia, injúria e difamação, de modo geral) e cível (nas causas de indenização por danos à imagem, e.g.), mas nunca com o intuito de promover a censura prévia.¹³

Lógico soa que tal conflito de interesses deve levar em conta o postulado de prevalência dos direitos humanos, em especial o respeito ao valor da dignidade da pessoa humana, como assim expressamente agiu a Corte Suprema de Justiça Argentina, ao julgar o famoso caso “Compillay Julio César X La Razón, Crônica e Diário Popular”, em 1986, quando a Corte reconheceu que o direito à liberdade de imprensa e informação não é absoluto, no regime republicano, posto que a imprensa deve atuar com particular cautela, a fim de resguardar a integridade moral e a honra das pessoas.¹⁴

Os direitos de personalidade, como o direito à honra e imagem, não podem ser relegados a segundo plano, como sói acontecer na tradição jurídica norte-americana, devendo o Estado se valer dos instrumentos processuais repressivos, e, em certas situações, preventivos, a fim de não se permitir a absolutização do direito de liberdade de informação jornalística.

¹³ É o que se alcunhou de doutrina de Hamilton, largamente utilizada na Suprema Corte dos EUA. Nesse sentido, o Ministro do STF, Marco Aurélio Melo defende a ampla liberdade dos meios de comunicação para publicação do quem bem lhe aprouver, não se admitindo a censura como regra geral, salvante as exceções previstas no próprio ordenamento jurídico. Tal ideia é seguida por boa parte do meio jurídico, que advoga a possibilidade, apenas, de, em caso de excesso, se consagrar o direito à indenização por dano moral ou material, como reza a regra do art. 5º, X da CF/88. Cf. SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 149-150.

¹⁴ Cf. SOUZA, Sérgio Ricardo de. Ob. Cit., p. 150 apud TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 1966, pp. 165-166.

No particular, válido que se volvam os olhos para a redação do art. 29, II da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela qual, *verbo ad verbum*:

No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas a limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.¹⁵

De forma mais particularizada para o tema em análise, o art. 14 do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969) estatui que:

Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.
2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.
3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma

¹⁵ No particular, a moral constitui um conjunto de regras de conduta reconhecidas como válidas, quer de um modo absoluto, para qualquer tempo e lugar, quer para alguns grupos ou pessoas determinadas. Trata-se da conduta dirigida por normas socialmente cogentes, podendo-se falar numa moral vigorante. Não há grupos humanos sem moral; o que existe são grupos com diferentes morais. Cf. DOTTI, René Ariel. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e notas da legislação brasileira*. 2. ed. Curitiba: J. M. Editora, 1999, pp. 55-56.

pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.¹⁶

A legitimidade da magistratura para julgar causa desta jaez advém mesmo da forma de seleção de seus quadros, de acordo com os ditames constitucionais, estando ancorada na soberania popular, a quem, em *ultima ratio*, tem o dever de prestar contas.

Ademais, o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV da Carta Magna, alberga o dever de atuação judicial em todas as questões que lhe sejam apresentadas, mesmo aquelas que tratem da liberdade de imprensa, e, em especial, de seus abusos.

Não se pode olvidar que se tornaram, infelizmente, célebres os casos em que, por precipitação ou “estrelismo” da autoridade policial, vinculado ao sensacionalismo barato de certos meios de comunicação, ávidos pelo aumento nas vendagens de seus tabloides, inúmeras pessoas e suas famílias simplesmente tiveram suas vidas arruinadas, apenas restando a via judicial para minorar a dor e sofrimento infligidos, a exemplo dos casos dos “Irmãos Naves”, em Minas Gerais, e da Escola Base, no Estado de São Paulo.

No Brasil, a Carta Política de 1988 continua a professar uma cultura jurídica extremamente apegada à exarcebação do uso das tutelas ressarcitórias, de um modo geral, e, com especial ênfase em matéria que envolva o direito à honra, imagem e combate aos danos causados pelo cometimento de abuso da liberdade de expressão (a exemplo do ditame do art. 5º, V e X), nos quais estão consagrados o direito de resposta do ofendido e a reparabilidade dos danos morais e materiais.

Mister se faz o enaltecimento de outra espécie de tutela, que não só repare, ou, ao menos, compense a dor sofrida por conta de uma

¹⁶ O Brasil, de forma expressa, é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e tendo entrado em vigor internacional desde 18 de julho de 1978. A adesão ao tratado internacional se deu através do **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Cf. BRASIL. Decreto Legislativo nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Adesão ao Pacto de San José da Costa Rica. *Diário Oficial* [da União], 07 nov 1992, Brasília, passim. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 12 out. 2008.

leviana notícia publicada na mídia, mas que principalmente que evite que tal mal aconteça, como pontificam as tutelas inibitórias.

7.1 TUTELA RESSARCITÓRIA

Ultrapassada esta barreira, importa deixar bem claro que, a depender do tipo de ofensa produzida, existirá uma tutela judicial distinta.

Dentro do estudo da tutela constitucional do processo, muita confusão ocorre entre as categorias da ilicitude e do ressarcimento, e, especialmente, os reflexos disto sobre a efetividade da tutela dos direitos.

Os doutrinadores civilistas não conseguem desvincular, para fins de fixação da responsabilidade civil do ofensor, a ideia de ato ilícito e dano. Vale dizer: com amparo na dicção do art. 159 do antigo Código Civil brasileiro¹⁷, se percebia que se equiparavam, de forma equivocada, as noções de dano e ato ilícito.

Só haveria, de acordo com a extração literal da revogada lei civil, reparação do dano quando houvesse violação a direito *ou* prejuízo a outrem. Eram duas alternativas de reparabilidade do dano: violação a direito ou prejuízo a outrem.

Tal noção legal levou a extremada compreensão de que não importa, em termos de tutela cível, um ato contrário ao direito que não cause dano.

Entretanto, hodiernamente, já há claro entendimento de que é possível ocorrer a violação a direito, notadamente àqueles de conteúdo não patrimonial, que não comportam reparação mediante o equivalente monetário.

¹⁷ Eis a redação da 1ª parte do art. 159 do revogado Código Civil Brasileiro: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.*”, cf. BRASIL. Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil. *Diário Oficial* [da União], Rio de Janeiro, [s. d.], [s. v.], passim. O art. 1.071 do Código Civil Argentino também prevê tal hipótese quando aduz que “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.*” Cf. ARGENTINA. Ley n.º 340, de 29 de septiembre de 1869. Código Civil. *Imprenta de la Nación*, Buenos Aires, 29 set 1869, [s. v.], p. 513.

Tanto assim o é que a equivalente redação do vetusto art. 159 do Código de 1916 no Código Civil de 2002¹⁸ já tentou evitar tal equiparação, embora com pouco sucesso, tendo em conta que somente haverá ato ilícito se a violação do direito causar dano.

De acordo com o Código, em seu art. 188, ficam de fora da órbita da responsabilidade civil os casos em que, apesar da ocorrência do dano, o ato que o gerou é lícito, a exemplo das hipóteses de estado de necessidade e legítima defesa.

De forma preponderante, o ordenamento jurídico se preocupa apenas com a tutela ressarcitória, mormente quando se percebe que a tutela estatal se volta, especialmente, para a ocorrência do dano, olvidando-se as hipóteses de direito material em que há a prática de ato ilícito, sem ocorrência de dano¹⁹.

Flávio Luís de Oliveira assim explica, *litteris*:

Com efeito, trata-se de institutos jurídicos independentes, em relação aos quais é perfeitamente possível identificar modalidades autônomas de tutela. Destarte, a sanção privada sempre se restringiu ao ressarcimento pela responsabilidade civil. Essa, porém, não é uma tutela inerente aos direitos de personalidade,

¹⁸ Eis a redação do art. 186 do atual Código Civil Brasileiro: "***Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.***"; bem como do art. 927, segundo o qual "***Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.***". Cf. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial* [da União], Brasília, 11 jan 2002, [s. v.], passim.

¹⁹ De igual maneira, o direito argentino também advoga esta tese. Basta analisar o conteúdo do art. 1067 do Código Civil Argentino, segundo o qual "*No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.*" Fica claro que também na Argentina, não há a preocupação de se diferenciar o dano do ato ilícito, enquanto distintos elementos da responsabilidade civil. Devemos distinguir o juízo de menosprezo do resultado da ação daqueloutro de menosprezo da própria ação. Cf. ARGENTINA. Ley n.º 340, de 29 de septiembre de 1869. Código Civil. *Imprenta de la Nación*, Buenos Aires, 29 set 1869, [s. v.], p. 513; ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 02; SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho de daños*. Madrid: Montecorvo, 1963, p. 26.

tampouco se revela adequada a propiciar-lhes a devida garantia.²⁰

No que toca ao regramento da liberdade de imprensa, o art. 49 da Lei de Imprensa (Lei Federal nº 5.250/67)²¹ estabelece as espécies de tutelas ressarcitórias, que se fundam exclusivamente no ressarcimento em dinheiro, em razão do dano causado.

Mister se faz apontar que a tutela ressarcitória se relaciona, com maior profundidade, como dito alhures, com o dano efetivamente ocorrido, e que este possui uma amplitude tal a comportar quatro espécies distintas, a saber: o dano material, o dano moral, o dano à imagem (“imagem-atributo”) e o dano estético (“imagem-retrato”).

²⁰ Marinoni exemplifica a situação com a hipótese de exposição a venda de produto nocivo à saúde do consumidor. Em tal caso, a simples exposição à venda constitui ato ilícito, suscetível de repressão através da devida tutela jurisdicional, que não será meramente ressarcitória, mas inibitória de ocorrência do efetivo dano. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 22-23; OLIVEIRA, Flávio Luis. *A tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Flavioli_tutela.doc>. Acesso em: 12 out. 2008.

²¹ Determina citado dispositivo que:

“Art . 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;

II - os danos materiais, nos demais casos.

§ 1º Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.

§ 2º Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação (art. 50).

§ 3º Se a violação ocorre mediante publicação de impresso não periódico, responde pela reparação do dano:

a) o autor do escrito, se nele indicado; ou

b) a pessoa natural ou jurídica que explora a oficina impressora, se do impresso não consta o nome do autor. Cf. BRASIL. Lei n.º 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. *Diário Oficial* [da União], Brasília, 10 fev 1967, [s. v.], passim.

Entende-se como dano moral todo aquele que não venha a afetar o patrimônio material da vítima.²² Ou seja, abrange a dor física e psíquica, constrangimento, raiva, angústia, aflição, vergonha, sentimento de humilhação. Enfim, é tudo aquilo bastante o suficiente para causar uma repercussão negativa *no íntimo da vítima*.

De rigor, interessa tratar da distinção que se faz entre dano moral, dano à imagem e o dano estético.

Conforme asseverado, o constituinte originário assegurou, no elenco dos direitos e garantias fundamentais, o direito das pessoas serem indenizadas por danos materiais, morais e à imagem.

Surpreendentemente, não se vê, aos borbotões, ações de reparação de danos cumulando essas três verbas distintas. Em nosso ordenamento jurídico há espaço, em sendo confirmadas as respectivas lesões, para a condenação conjunta ao dever de indenizar as três espécies de danos constitucionalmente admitidos.

O dano à imagem tem a ver com as repercussões sociais do dano que fora tornado público e que, de forma reflexa, foram suportadas pela vítima. Destarte, podemos refletir como sendo o aspecto objetivo do dano que, de uma forma ou de outra, repercutiu para toda uma coletividade.

O direito à imagem é definido por Bustamante Alsina, citado por Eduardo Martinez Alvarez, como a faculdade de cada pessoa de dispor exclusivamente de sua própria imagem, através da fotografia divulgada pelos meios massivos de comunicação, como a imprensa escrita e televisada, assim como pelo cinema.²³

A *Lex Legum*, ao prever a reparabilidade do dano à imagem, o faz logo após assegurar a liberdade de expressão (art. 5º, IV da CF), restando nítida a coerência do texto constitucional.

Ao estabelecer que “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*” e logo em seguida assegurar, conforme já mencionado, “*direito*

²² Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Liberdade de Imprensa e Poder Judiciário*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9381/1/Liberdade_de_Imprensa_e_Poder.pdf>. Acesso em: 12 out 2008.

²³ ALVAREZ, Eduardo Mario Martínez. El derecho de la imagen. *Juris Doctor*, nº 1, Disponível em: <<http://www.jurisdoctor.adv.br/revista/rev-01/art13-01.htm>>. Acesso em: 12 out. 2008.

de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, a Constituição claramente fez referência a uma relação de causa e efeito.

Ora, direito de resposta e indenização, no tocante ao inciso V, pressupõem uma pretérita manifestação de pensamento. Assim, podemos concluir que a Carta Primaveril de 1988 garantiu o direito a indenização por dano à imagem como sendo um consectário da livre manifestação de pensamento mal utilizada, ou seja, geradora de consequências nefastas para aquele que fora alvo de tal manifestação.

Interessante notar que essas repercussões atingem indiretamente a vítima, porém de forma não menos danosa. O bem jurídico a ser protegido pela reparação do dano à imagem é, como o próprio termo deixa claro, a imagem, a reputação, o conceito que as pessoas fazem ou faziam do lesado.

Alguém que é caluniado ou difamado publicamente com certeza terá o seu bom nome abalado diante dos seus pares e sofrerá as consequências conexas da sua perda de respeito e/ou credibilidade. Isso se manifesta na forma como as pessoas mudam seu comportamento, se tornando mais arredias e desconfiadas para com a vítima.²⁴

Já o dano estético é aquele que se relaciona com a “imagem-retrato” da vítima, vindo a ser conceituado por Severiano Aragão como, *verbis*:

“toda alteração morfológica do indivíduo que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa”.²⁵

²⁴ Cf. MOREIRA, Luiz Roberto Curado. A problemática do dano à imagem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3189>>. Acesso em: 12 out. 2008.

²⁵ Cf. ARAGÃO, Severiano. *Dano Moral*. Disponível em: <<http://www.juridnet.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2008.

Para Maria Helena Diniz, a lesão estética, em regra, constitui, indubitavelmente, um dano moral que poderá ou não constituir um prejuízo patrimonial. Seguindo-se esta linha de raciocínio, o dano moral sempre abrangerá o estético ou morfológico, quando o prejuízo for extrapatrimonial, pois este último, na doutrina da civilista, é espécie do primeiro.²⁶

Até agora, a preocupação se centrou na análise da tutela ressarcitória em equivalente pecuniário (dinheiro), que é bem mais conhecida e aplicada pelos tribunais.

Porém, existe outra modalidade de tutela ressarcitória, tão ou mais importante que aquela, que é a do ressarcimento específico.

O art. 5º, V da Constituição Federal consagra o direito de resposta como modalidade de ressarcimento específico, causado pelo dano. O direito de resposta ou retificação encontra-se regulamentado na Lei da Imprensa (Lei n. 5.250/67), arts. 29 a 36.

Assim, constitui-se como direito que assiste a toda pessoa, física ou jurídica, objeto de uma notícia publicada por um órgão de comunicação social, de ver difundido gratuitamente um desmentido, uma defesa ou uma retificação de informações nela contidas.²⁷

De igual maneira, o art. 75 da Lei de Imprensa traz a seguinte previsão, pouco utilizada pelas pessoas ofendidas, qual seja, *ipsis verbis*:

²⁶ Hoje, não mais se questiona sobre a possibilidade de cumulação do pedido de ressarcimento do dano moral e dano estético. A título exemplificativo, um caso que demonstra com clareza tal assertiva é o da manequim que necessita de seu belo rosto e corpo para poder ter o seu sustento. Em uma determinada cirurgia plástica, vem esta modelo a sofrer lesões que causam deformidades permanentes em sua morfologia (corpo e rosto), impedindo-a de trabalhar, por falta de ofertas de emprego. Nesta hipótese, resta patente dois tipos de prejuízos, um de ordem extrapatrimonial (com danos à moral), e outro de ordem patrimonial (com danos à estética). Cf. BARROS, Felipe Luiz Machado. O dano estético e a responsabilização civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1870>>. Acesso em: 12 out. 2008; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2000, pp. 73-80.

²⁷ Cf. MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp. 101-102; NICOLÓDI, Ana Marina. O direito de resposta. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 12 out. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29029>>. Acesso em: 12 out. 2008.

A publicação da sentença cível ou criminal, transitada em julgado, na íntegra, será decretada pela autoridade competente, a pedido da parte prejudicada, em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada.

Parágrafo único. Aplica-se a disposição contida neste artigo em relação aos termos do ato judicial que tenha homologado a retratação do ofensor, sem prejuízo do disposto no § 2º, letras a e b, do art. 26.²⁸

Se toda condenação judicial de grandes meios de comunicação infligisse obrigatoriamente, também, a publicação da sentença, com certeza, o caráter pedagógico da medida teria consequências mais eficazes do que a simples reparação pecuniária.

Basta que as pessoas ofendidas requeiram ao magistrado que assim proceda, para tal efeito sentencial se produza. Lembre-se, porém, que a grande questão, em termos de tutela judicial, hodiernamente, é se evitar que as levianas e maliciosas publicações venham a circular, maculando a honra, a imagem e a vida das pessoas.

Nessa toada, a própria legislação nacional tratou de propiciar o surgimento de mecanismos processuais que evitem ou previnam a ocorrência do ato ilícito. São as tutelas inibitórias, adiante analisadas.

7.2 TUTELA INIBITÓRIA

A tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento, e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita “principal”. Trata-se de “ação de conhecimento” de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.²⁹

²⁸ Cf. BRASIL. Lei n.º 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. *Diário Oficial* [da União], Brasília, 10 fev 1967, [s. v.], passim.

²⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 38 e ss.

Durante muito tempo sem o pleno acesso à teoria das tutelas inibitórias, o direito processual pátrio se valia de outras maneiras para se evitar o cometimento do ilícito na seara do direito de imprensa.

A doutrina processual, na mesma senda do pensamento civilista, não enxergava com bons olhos entrega de poderes executivos ao magistrado na tentativa de prevenir a ocorrência do próprio ato ilícito (bem anterior à ocorrência do dano).

Sobre tal questão, válida a transcrição de ensinança de Marinoni a respeito, *litteris*:

A inexistência de uma ação de conhecimento dotada de meios executivos idôneos à prevenção, além de relacionada à ideia de que os direitos não necessitariam desse tipo de tutela, encontrava apoio no temor de se dar poder ao juiz, especialmente “poderes executivos” para atuar antes da violação do direito. Supunha-se que a atuação do juiz, antes da violação da norma, *poderia comprimir os direitos de liberdade*. Tanto é verdade que a doutrina italiana, ainda que recente, chegou a afirmar expressamente que a tutela inibitória antecedente a qualquer ilícito – denominada de “tutela puramente preventiva” – seria “certamente *la più energica*”, mas também “*la più preoccupante, come è di tutte le prevenzioni che possono eccessivamente limitare l’umana autonomia*”³⁰

Exemplo clássico no direito brasileiro é aquele relativo à publicação de biografias não-autorizadas. A par da liberdade de expressão, há no regramento infraconstitucional o art. 20 do Código Civil, obstando a veiculação de informações relativas a uma pessoa que atinja a sua honra

³⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 12 out. 2008; BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milão: Giuffrè, 1964, p. 428.

e se destinem a fins comerciais, sem prejuízo da indenização correspondente.

Contudo, verifica-se a supremacia da liberdade de expressão, ainda que não autorizada a publicação ou veiculação da matéria ou palavra, quando preponderar o interesse público sobre o fato ou imagem da pessoa, contemplando-se a restrição ao direito fundamental quando ofender direitos imateriais ou com o objetivo de aferir lucro.

Assim, a limitação à liberdade de imprensa encontrava nas ações cautelares inominadas (art. 798 e 799 do CPC), bem como nas cautelares nominadas de busca e apreensão (art. 839 e seguintes do CPC) e de exibição (arts. 844 do CPC), exemplificativamente, o meio processual adequado para obstar a perpetuação do ilícito.

A sustentação jurídica dessa modalidade de ação encontra assento constitucional, porquanto o próprio art. 5º, XXXV, da CRFB, consagra além do princípio da inafastabilidade da apreciação do Judiciário de lesão ou ameaça a direito, a próprio acesso à ordem jurídica justa, restando claro que a ação inibitória destina-se a impedir a prática do ilícito, portanto voltada para o futuro, antes mesmo da ocorrência do dano propriamente dito, bem como inibir a repetição e continuação do dano.

Forçoso concluir, a partir desse raciocínio, ser desnecessária a alegação da ocorrência do dano, bastando tão-somente a comprovação da violação da norma por meio da subsunção para permitir a remoção do ilícito de eficácia continuada.

A ação inibitória se volta contra a possibilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação. Assim, é voltada para o futuro, e não para o passado. De modo que nada tem a ver com o ressarcimento do dano e, por consequência, com os elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos, culpa ou dolo.

Além disso, essa ação não requer nem mesmo a probabilidade do dano, contentando-se com a simples probabilidade de ilícito (ato contrário ao direito).

Isso por uma razão simples: imaginar que a ação inibitória se destina a inibir o dano implica na suposição de que nada existe antes dele que possa ser qualificado de ilícito civil. Acontece que o dano é uma

consequência eventual do ato contrário ao direito³¹, os quais, assim, podem e devem ser destacados para que os direitos sejam mais adequadamente protegidos.

A ação inibitória pode atuar de três maneiras distintas. Em primeiro lugar para impedir a prática de ilícito, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido produzido pelo réu. Essa espécie de ação inibitória foi a que encontrou maior resistência na doutrina italiana.³²

Isso é explicável em razão de que essa modalidade de ação inibitória, por atuar antes de qualquer ilícito ter sido praticado pelo réu, torna mais árdua a tarefa do juiz, uma vez que é muito mais difícil constatar a probabilidade do ilícito sem poder considerar qualquer ato anterior do que verificar a probabilidade da sua repetição ou da continuação da ação ilícita.

Como se vê, o problema das três formas de ação inibitória é ligado diretamente à prova da ameaça. Enquanto que duas delas – a que visa inibir a repetição e a que objetiva inibir a continuação –, ao se voltarem para o futuro, e assim para a probabilidade da repetição ou da continuação, podem considerar o passado, ou seja, o ilícito já ocorrido, a outra não pode enxergar ilícito nenhum no passado, mas apenas atentar para eventuais fatos que constituam indícios de que o ilícito será praticado.

Assim sendo, há a tutela inibitória mediante imposição de não-fazer e de fazer, igualmente considerada de função preventiva, principalmente em se tratando de direitos fundamentais (arts. 84 do CDC; e 461 do CPC), com a qual objetiva-se a garantia do direito material por meio de uma conduta positiva, negativa ou da própria eliminação do ilícito.

A ação inibitória quando voltada para impedir a repetição do ilícito, portanto apta a promover a sua remoção, tem por finalidade precípua evitar a ocorrência de outro ilícito nos moldes daquele já experimentado ou com semelhantes consequências, suficiente a possibilitar a ocorrência de novos danos.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 40 e ss.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção...*, passim.

Assim considerada, a tutela de remoção do ilícito é a própria eliminação da fonte causadora do dano, portanto destina-se ao ilícito passado e ao ilícito futuro.

Essas são as limitações explícitas à liberdade de expressão no instrumental jurídico brasileiro, carecendo de análise o principal mecanismo de solução quando houver colisão desse princípio com outros de idêntica dimensão em sede jurisdicional.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de os direitos fundamentais localizarem-se na estrutura de sustentação e de eficácia do princípio democrático, pois inserem no seu conteúdo formal e material modelos normativo-princípiosológicos, por vezes entram em colisão e exigem um ajustamento deôntico.

Também é forçoso concluir que a liberdade de expressão exerce papel de extrema relevância, analisado sob o prisma do direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição de censura.

A liberdade de expressão é um elemento que compõe o princípio democrático, de forma que estabelece um ambiente onde as várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da sociedade. É o valor instrumental já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática e preservação da soberania popular.

Contudo, o direito fundamental de liberdade de expressão é passível de limites quanto ao seu exercício, tal qual ocorre com outros dessa mesma magnitude.

Um desses limites diz respeito à clara noção de que não se pode afastar a aplicabilidade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), segundo a qual o titular dessas liberdades não fica imune a resposta por eventual agravo praticado a terceiros, bem assim à indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação (art. 5º, V e X da CRFB).

O mecanismo para realizar a ponderação exigida em caso de confronto de interesses envolvendo tais direitos fundamentais é a aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo qual se deverá

perquirir, no caso concreto, se a proibição da publicação, veiculação e distribuição de obras editadas cuja ideia que se pretende difundir são meios adequados para afastar a incidência de ofensa ou discriminação a pessoa ou grupo social porventura alcançado pela infringência de direitos à imagem, honra e patrimônio.

Existem, no ordenamento jurídico, modalidades de tutelas jurídicas postas para o exercício deste juízo de proporcionalidade.

No Brasil, a Carta Política de 1988 continua a professar uma cultura jurídica extremamente apegada à exarcebação do uso das tutelas ressarcitórias, de um modo geral, e, com especial ênfase em matéria que envolva o direito à honra, imagem e combate aos danos causados pelo cometimento de abuso da liberdade de expressão (a exemplo do ditame do art. 5º, V e X), nos quais estão consagrados o direito de resposta do ofendido e a reparabilidade dos danos morais e materiais.

Entretanto, hodiernamente, já há claro entendimento de que é possível ocorrer a violação a direito, notadamente àqueles de conteúdo não patrimonial, que não comportam reparação mediante o equivalente monetário.

Porém, existe outra modalidade de tutela ressarcitória, tão ou mais importante que aquela outra, que é a do ressarcimento específico, fulcrado no direito de resposta e no dever de publicação da sentença condenatória em danos morais e materiais nos meios de comunicação existentes.

Lembre-se, porém, que a grande questão, em termos de tutela judicial, hodiernamente, é se evitar que as levianas e maliciosas publicações venham a circular, maculando a honra, a imagem e a vida das pessoas.

Nessa toada, a própria legislação nacional tratou de propiciar o surgimento de mecanismos processuais que evitem ou previnam a ocorrência do ilícito. São as tutelas inibitórias, delineadas nos arts. 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil pátrios.

Forçoso concluir, a partir desse raciocínio, ser desnecessária a alegação da ocorrência do dano, bastando tão-somente a comprovação da violação da norma por meio da subsunção para permitir a remoção do ilícito de eficácia continuada.

A ação inibitória se volta contra a possibilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação. Assim, é voltada para o futuro, e não para o passado. De modo que nada tem a ver com o ressarcimento do dano e, por consequência, com os elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos, culpa ou dolo.

O caminho a ser trilhado, então, visa ao fortalecimento do uso indiscriminado das ações inibitórias, de sorte que nem mesmo o ato ilícito venha a ser configurado, poupando-se, assim, as futuras vítimas da ocorrência de danos, que somente através do ressarcimento pecuniário viriam a ser resolvidos.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales: Madrid, 2007.

ALVAREZ, Eduardo Mario Martinez. El derecho de la imagen. *Juris Doctor*, nº 1, Disponível em: <<http://www.jurisdoctor.adv.br/revista/rev-01/art13-01.htm>>. Acesso em: 12 out. 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAGÃO, Severiano. *Dano moral*. Disponível em: <<http://www.juridnet.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2008.

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Senado Federal, 1994.

_____. Ley n.º 340, de 29 de septiembre de 1869. Código Civil. *Imprenta de la nación*, Buenos Aires, 29 set 1869, [s. v.].

BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milão: Giuffrè, 1964.

BARROS, Felipe Luiz Machado. *O dano estético e a responsabilização civil*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, nº 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1870>>. Acesso em: 12 out. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Tomo III, 2005.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil. *Diário Oficial* [da União], Rio de Janeiro, [s. d.], [s. v.].
- _____. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. *Diário Oficial* [da União], Brasília, 10 fev 1967, [s. v.], passim.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial* [da União], Brasília, 11 jan 2002, [s. v.]
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2000.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Liberdade de imprensa e poder judiciário*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9381/1/Liberdade_de_Imprensa_e_Poder.pdf>. Acesso em: 12 out 2008.
- DOTTI, René Ariel. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e notas da legislação brasileira*. 2ª ed. Curitiba: J. M. Editora, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- LOPEZ, Mario Justo. *Manual de derecho político*. 3ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>. Acesso em: 12 out. 2008.

- _____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MOREIRA, Luiz Roberto Curado. A problemática do dano à imagem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, nº 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3189>>. Acesso em: 12 out. 2008.
- MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- MORELLO, Augusto M. *El proceso justo*. 2ª ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2005.
- NICOLODI, Ana Marina. O direito de resposta. *Jus Vigilantibus*, Vitória, 12 out. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/29029>>. Acesso em: 12 out. 2008.
- OLIVEIRA, Flávio Luís. *A tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Flaviooli_tutela.doc>. Acesso em: 12 out. 2008.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho de daños*. Madrid: Montecorvo, 1963.
- SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento da realização de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.
- SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. 2ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 1966.
- ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1993.

RECLAMAÇÃO 4.335/AC: A REINTERPRETAÇÃO DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Bárbara Soares Amaral, Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes, Técnica em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Estado de Sergipe, bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT).

RESUMO: Analisa a tendência do Supremo Tribunal Federal em reinterpretar institutos jurídicos à luz da Constituição Federal de 1988, especificamente o art. 52, X, da Constituição Federal, tendo em vista a multiplicação de processos idênticos em trâmite naquela Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Controle difuso de constitucionalidade; efeito *erga omnes*; suspensão da execução de lei. Senado Federal; justiça substancial.

ABSTRACT: Analyze the trend of the Supreme Court to reinterpret legal institutions in the light of the Federal Constitution of 1988, specifically the art. 52, X, of the Federal Constitution for the multiplication of similar cases in process in that court.

KEYWORDS: Diffuse control of constitutionality; *erga omnes* effect; suspension of law. Senate; substantial justice.

O Poder Judiciário, titular da função jurisdicional típica e órgão cuja atuação caracteriza-se, tradicionalmente, pelo exacerbado formalismo, vivencia um momento de necessário dinamismo em sua prestação jurisdicional.

Tendo em vista esse objetivo institucional, uma série de reformas vem sendo promovida no ordenamento jurídico pátrio, a exemplo daquelas realizadas no âmbito do Código de Processo Civil (Leis nº. 11.187, de 19 de outubro de 2005; 11.232, de 22 de dezembro de

2005; 11.276, de 7 de fevereiro de 2006; 11.277, de 7 de fevereiro de 2006; 11.280, de 16 de fevereiro de 2006; 11.232, de 28 de novembro de 2006; 11.382, de 6 de dezembro de 2006; 11.417, de 19 de dezembro de 2006; 11.418, de 19 de dezembro de 2006; 11.441, de 4 de janeiro de 2007; 11.672, de 8 de maio de 2008; 11.694, de 11 de junho de 2008) e na Constituição da República Federativa do Brasil (especificamente a da Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, que instituiu a denominada “Reforma do Poder Judiciário”).

A par disso, observa-se uma importante mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Magna Carta, ao reinterpretar institutos jurídicos à luz da Constituição Federal de 1988, a exemplo da aplicação do art. 52, X, no tocante aos efeitos conferidos aos seus julgados, onde cabe destaque à releitura do papel desempenhado pelo Senado Federal no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, realizado por aquela Corte Maior, órgão ao qual foi conferida relevante atribuição.

Evidenciou-se a tendência em recente decisão monocrática da lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na Reclamação 4.335-5/AC¹, ajuizada pela Defensoria Pública da União, em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, o qual indeferiu pedido de progressão de regime em favor de 10 (dez) condenados pela prática de crimes hediondos, então assistidos pela Defensoria Pública.

Na oportunidade, o órgão reclamante alegou o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no já citado Habeas Corpus 82.959/SP, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em sessão plenária de 23.2.2006, DJ de 01.9.2006, ocasião em que a Corte Maior declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. Com base nesse julgamento, o reclamante pleiteou que o magistrado titular daquela Vara de Execuções concedesse a progressão de regime aos réus, o que foi indeferido.

O magistrado, todavia, argumentou em sua negativa a aplicação do efeito *inter partes* inerente ao controle difuso de constitucionalidade, segundo ele, perfilhando a melhor doutrina constitucional pátria, bem

¹ Reclamação 4.335-5 - AC.

como o disposto no art. 178, do Regimento Interno do próprio Supremo Tribunal Federal²:

“Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.”

Para ele, o efeito então desejado pelo reclamante em sede de controle difuso de constitucionalidade, qual seja, *erga omnes*, estaria condicionado à edição, pela Alta Casa Legislativa, de resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, em perfeita consonância ao disposto no Texto Maior.

Ainda sobre o tema, e no ensejo de provocar novas discussões sobre o assunto, deve ser destacada a contribuição da multiplicação de processos idênticos, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, para a releitura do instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao fundamentar seu voto de relatoria na já mencionada Reclamação 4.335-5/AC, assim argumenta:

“A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 - deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevo a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla - talvez até

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Legislação. *Regimento Interno do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 07 fev. 2009.

mesmo um certo efeito vinculante - à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1º-A).”

Acrescentou o Ministro:

“De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental - esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias - continue a ter eficácia restrita entre as partes.

Explica-se, assim, o desenvolvimento da nova orientação a propósito da decisão do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, no contexto normativo da Constituição de 1988.

A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt, para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, “apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”.

Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a

necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988.”

O Ministro do STF, ao asseverar que a promulgação da Magna Carta promoveu inevitáveis reinterpretações ou releituras dos institutos ligados ao controle incidental de inconstitucionalidade, dando destaque ao art. 52, X, da Constituição Federal, vislumbrou a necessária aplicação de princípios expressamente previstos na Constituição da República, a saber, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) e o princípio constitucional que garante o acesso à justiça substancial (“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”), este recentemente incluído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (tratado internacional adotado e aberto à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969), ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, e promulgada pelo Decreto 678, de 6.11.1992, todavia, já consagrava expressamente em seu corpo o princípio do acesso à justiça:

“Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-partes comprometem-se:

- a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.”³

De grande valia destacar a dupla acepção do princípio do acesso à justiça: o da justiça formal e o da justiça substancial, este último presente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXXVIII.

A justiça formal consiste em *um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma*.⁴ Por meio dela promove-se o efetivo acesso do cidadão ao Poder Judiciário, garantindo à população a possibilidade de ir à Justiça em defesa de seus direitos.

A noção de justiça substancial, por sua vez, debruça-se no entendimento de que *o verdadeiro acesso à Justiça não pode apenas garantir que o cidadão vá até ela. Tem que responder à procura que lhe foi feita de forma rápida e efetiva. Esse é o acesso à justiça substancial*.⁵

Segundo André Luiz Vinhas da Cruz⁶, *o juiz sempre teve o dever de assegurar a rapidez na prestação da tutela jurisdicional, como se depreende da leitura do art. 125, II, do CPC*.

O princípio do acesso à justiça substancial apresenta-se, desde a edição da Emenda Constitucional nº. 45/2004, como de observância obrigatória por parte do legislador, ao promover alterações no ordenamento jurídico brasileiro. Podem ser tomadas como exemplo as recentes reformas empreendidas no Código de Processo Civil (CPC).

Para o Professor Gustavo Nogueira⁷:

“As reformas do processo civil buscaram dar mais celeridade ao Judiciário, buscaram tornar o processo algo mais rápido com a tutela antecipada,

³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional, Constituição Federal*. 6ª São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁴ CRUZ, André Luiz Vinhas da. A noção de justiça formal em Chaïm Perelman: igualdade e categorias essenciais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 870, 20 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7607>>. Acesso em: 16 out. 2007.

⁵ NOGUEIRA, Gustavo. *A nova reforma processual*. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2007.

⁶ CRUZ, André Luiz Vinhas da. Op. cit.

⁷ NOGUEIRA, Gustavo. Op. cit.

com a sincretização dos processos (reunião do processo de conhecimento com o processo de execução), com a ação monitória, que é uma alternativa para aquele que não tem título executivo, mas tem algum documento, então ele tem direito a um procedimento mais célere, que é o da ação monitória. Portanto, de mudança significativa, não tem nada. Apenas é a consagração de um princípio constitucional que antes estava implícito.”

Dessa forma, a essência da alteração empreendida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 no âmbito do Texto Maior, ao implementar importantes alterações no âmbito do Poder Judiciário, coaduna-se à adoção de uma nova orientação por parte de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao efeito *erga omnes* do controle difuso de constitucionalidade, ensejando uma efetiva tutela jurisdicional, há muito por todos almejada. Os argumentos aduzidos anteriormente confirmam uma importante tendência no âmbito do entendimento da Corte Constitucional pátria. A mudança na tônica do discurso de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal evidencia um importante avanço na reinterpretação de vetustos institutos jurídicos, em benefício de uma melhor prestação jurisdicional. A tese compartilhada pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau estabelece um importante marco rumo ao alcance de uma prestação jurisdicional justa e célere, nos termos a seguir comentados.

Atualmente o processo encontra-se suspenso, aguardando o voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2007.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2009.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. A noção de justiça formal em Chaïm Perelman: igualdade e categorias essenciais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano

10, n. 870, 20 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7607>>. Acesso em: 16 out. 2007.

NOGUEIRA, Gustavo. *A nova reforma processual*. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Legislação. *Regimento Interno do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 07 fev. 2009.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Silvia França de Souza Morelli,
Advogada. Aluna da Escola da Magistratura
do Estado de Sergipe (Esmese).

RESUMO: Analisa a concessão dos alimentos prestados à gestante auxiliando e favorecendo o desenrolar da gravidez, protegendo desta feita, a concepção e o nascituro. Aborda a matéria, destacando o novel diploma a Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008, e relacionando-o com leis vigentes, tais como: o Estatuto Menorista, o Código Civil de 2002, e princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos; relação parental, princípio da dignidade da pessoa humana; direito à vida.

ABSTRACT: The present article intends to emphasize topics of family Civil Law, when occurs investigation of a father's responsibility starting with baby's life and existence of rights and interests to it, not only on the aspect of the pure right post, but also by the instruments of State action, the command effective court protection.

KEYWORDS: Individual interest; investigation of a father's responsibility; law children.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Alimentos e a relação parental 3. Lei dos Alimentos Gravídicos nº 11.804/2008; 4. Conclusão; 5. Referência bibliográfica.

1. INTRODUÇÃO

O estudo do tema abraçado é empolgante, porque veio disciplinar dando correto tratamento às situações irregulares vividas por mulheres grávidas, as quais em sua grande maioria não têm como manter o seu estado gestacional sozinhas. Razão pela qual, põe-se em risco o direito de vida dos seus nascituros.

O direito à vida encontra amparo na Constituição e no Código Civil. É antes de tudo um direito inerente a essência humana, sem o qual, não há como ter humanidade, por isso ser sublime, ilimitado, incondicionado, não devendo encontrar empecilhos, e que diante do desenvolvimento das relações interpessoais, vinha e vem sendo freado face à falta de mecanismos jurídicos que pudessem resolver, responsabilizando os seus atores, partícipes em elogio à vida.

Lembremos que a vida é um direito tão enraizado na cultura brasileira e consagrado em nosso ordenamento jurídico que sabemos que aquele que atenta contra ela é punido severamente, a exemplo do crime de aborto, tipificado em nosso Código Penal Brasileiro.

O legislador em sua tarefa dignificativa, através da Lei nº 11804/2008, laborou no afã de tornar seguro o bem da vida literalmente, aos seus incipientes jurisdicionados, macrobióticos, envoltos numa placenta fragilizada, na maioria das vezes sem alimento suficiente para se manter forte, robusta que foram postos na berlinda desta guerra entre Deus e o Diabo.

Então sabemos que a intenção do legislador foi assegurar ao nascituro o seu desenvolvimento no ventre de sua mãe para que o mesmo nasça com vida e se torne sujeito de direitos, com a aquisição de sua personalidade jurídica.

A aquisição da personalidade jurídica surge com o nascimento com vida, art. 2º NCC/2002, no instante em que o ser humano respira, pondo em funcionamento o aparelho cardiorrespiratório. É neste momento, **o do nascimento, que o recém-nascido adquire a sua personalidade jurídica**, mesmo que venha a falecer minutos depois.

Deve-se ressaltar a importância do nascer com vida que além de ser exaltada nas ciências jurídicas têm aspecto importante em outros campos sociais, a exemplo da Resolução nº 01/88 do Conselho Nacional de Saúde que: dispõe que o nascimento com vida é a “expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta”

Vê-se de plano o elogio ao princípio da dignidade da pessoa humana, não importando que o feto tenha forma humana ou não ou tempo mínimo de sobrevivência.

O nascituro é o que está dentro do ventre, com a sua vida intra-uterina, sendo desenvolvida nas proporções em que se avançam os meses. O ventre de sua mãe é o seu primeiro abrigo e dali, ele retirará o seu sustento para primeiro manter-se vivo, segundo desenvolver-se criando os seus órgãos num período de 09 meses, em regra, até o seu nascimento. **Esse período é o considerado pela ciência médica de pré-natal.**

A sua mãe é a responsável imediata, pois em seu ventre o acolhe, abriga e o alimenta, razão pela qual precisa de alimentos *in natura*, comida, frutas, vitaminas, exames, acompanhamento médico regular.

Todavia, sabemos que a maioria das mães brasileiras não tem condições suficientes de se manter dignamente, que dirá, nutrir-se adequadamente para prover uma gestação com todas as suas implicações, objetivando não afetar o bebê.

E o pai da criança, como imputar responsabilidade deste ato, se na sua maioria essas gravidezes advêm de relações efêmeras sem vínculo algum. Como apontá-lo, sem prejudicar alguém.

É nessa esteira que andou a lei dos alimentos gravídicos, pois que vem irradiar os seus efeitos atingindo o responsável, com o objeto de proteger a gestação da mulher. São alimentos prestados à mulher gestante durante a sua gravidez.

O legislador ordinário agiu positivamente na busca do seu solitário objetivo de proteger a gestação, criando reflexos tuteladores na futura criança que ascenderá para o mundo. Responsabilizando desta feita, o suposto pai, para que o mesmo ajude na manutenção daquele nascituro.

Devemos aplaudir sim o diploma em comento pelo tratamento da matéria ao qual ele se propôs tutelar, todavia, lembremos, que é mister, conhecê-lo para saber aplicá-lo de forma esmerada. Afinal de contas, de nada, serve um barco à vela em meio a uma infinita calmaria.

A lei disciplina os alimentos a serem pagos para a mulher gestante e a forma como será exercido este direito para ele e o feto, desde a sua concepção.

2. OS ALIMENTOS E A RELAÇÃO PARENTAL

Os alimentos nada mais são do que um direito personalíssimo, porque tem como objetivo mor o de tutelar a integridade física do indivíduo, razão pela qual, a sua titularidade não passa a outrem.

A outra característica está prescrita no artigo 1700 c/c o artigo 1694 do CC/2002 que diz ser transmissível a obrigação alimentar onde parente, cônjuge ou companheiro pode reclamá-los de quem estiver obrigados a pagá-los, podendo exigí-los dos herdeiros do devedor, se este falecer, porque a este se transmite o dever de cumprir a obrigação alimentar, passando, assim os alimentos a ser considerados como dívida do falecido.

A natureza jurídica do direito aos alimentos não é pacífica. Há os que consideram-no um direito pessoal extrapatrimonial, filiam-se a esta corrente Ruggiero, Cicu e Giorgio Bo, em virtude de seu fundamento ético social e do fato de que o alimentando não tem nenhum interesse econômico, pois que a verba recebida não aumenta o seu patrimônio.

A outra corrente sustentada por Orlando Gomes, Maria Helena Diniz afirma ser um direito com caráter especial, com conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, conexas a um interesse superior familiar, apresentando-se como uma relação patrimonial de crédito-débito, havendo, portanto um credor que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica. No pagamento periódico de soma de dinheiro ou no fornecimento de víveres, remédios, roupas, etc..

Eles podem decorrer da relação parental (matrimônio- casamento, união estável, filhos e pais reciprocamente. Há também o dever de alimentar originado pela responsabilidade civil (matéria afeta ao direito das obrigações).

Para o nosso artigo, devemos nos ater aos alimentos originados da relação entre pais e filhos.

Christianne Garcez citando (...) *Yussef Said Cahali* costuma distinguir os alimentos em naturais e civis, compreendendo os primeiros aqueles estritamente necessários à manutenção da vida de uma pessoa, tais como habitação, vestuário, e os últimos abrangendo as outras necessidades intelectuais e morais, como a educação. (...)"

Para surgir o dever de prestar os alimentos é necessário que alguém deles necessite e bem como a possibilidade de quem os prestará – *binômio necessidade – possibilidade*.

Art. 1694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às suas necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. (grifo meu)

Cuida o artigo acima transcrito, do dever de solidariedade nas relações de parentesco, matrimônio ou união estável.

O dever de alimentar inclui, também, as necessidades com educação, não cingindo-se às necessidades físicas e orgânicas do alimentando.

O *quantum* dos alimentos deve ser fixado proporcionalmente, razoavelmente atendendo-se ao binômio, ou seja, de quem pede e de quem deve fornecer. Como explica Venosa, ob. Cit., p 374.

“as condições de fortuna do alimentando e alimentante são mutáveis, razão pela qual também é modificável, a qualquer momento, não somente o montante dos alimentos fixados, como também a obrigação alimentar pode ser extinta, quando se altera a situação econômica das partes. O alimentando pode passar a ter meios próprios de prover a subsistência e o alimentante pode igualmente diminuir de fortuna e ficar impossibilitado de prestá-los . Decisão que concede ou nega alimentos nunca faz coisa julgada. Nesses termos clarifica o artigo 1699...”

Em regra, o dever de alimentar cessa com a maioridade do alimentando, pois atingida a maioridade, cessa o poder familiar. Contudo, a jurisprudência pátria tem manifestado entendimento de

que o dever pode ser prorrogado, se provado que o filho não dispõe de meios de subsistência e recursos financeiros para manter a sua educação. Temos visto decisões que amparam o direito de continuar percebendo a pensão alimentícia até os 24 ou 25 anos, desde que esteja cursando regularmente curso superior em universidade, e que não disponha de meios para sobreviver.

Por Maria Helena Diniz “(...) Eis a razão pela qual o Projeto de Lei n. 6960/2002 procurará incluir o parágrafo 3º ao artigo 1694, com o seguinte teor.

“A obrigação de prestar alimentos entre parentes independe de ter cessado a menoridade, se comprovado que o alimentando não tem rendimentos ou meios próprios de subsistência, necessitando de recursos, especialmente para a sua educação.”

Ainda em prestígio ao binômio necessidade e possibilidade, quem os fornece deve fazê-lo sem prejuízo de sua própria manutenção.

A lei não exige que o alimentante tenha prejuízo com essa prestação por, digamos em regra, comprometendo o seu sustento. Deve suportar o limite de sua possibilidade, ou seja, de sua dignidade a vida, ao seu trabalho ao seu lazer.

A irrenunciabilidade dos alimentos refere-se, tão somente, àqueles devidos por parentesco. Com efeito, o direito alimentar, decorrente de casamento ou união estável pode ser renunciado. Em havendo tal renúncia, não pode o ex-cônjuge ou ex-companheiro pleiteá-los posteriormente.

Inquestionável é a responsabilidade parental desde a concepção, prevista no Código Civil.

Nascituro (que ou aquele que há de nascer, mas já concebido no ventre materno – por Limongi França – Citado por Francisco Amaral) que muitas das vezes, estava num ventre materno sem condições mínimas de desenvolvimento, porque a sua mãe, mal tinha recurso para se manter alimentada, muito menos para suprir as necessidades vitais de formação de uma vida, sem gerar implicações futuras.

Raríssimas e honrosas exceções via-se na justiça para reconhecer a obrigação alimentar antes do nascimento, visto que a Lei de Alimentos exigia a prova de parentesco ou da obrigação.

O máximo a que se chegou foi, nas ações investigatórias de paternidade, deferir alimentos provisórios quando havia indícios do vínculo parental ou após o resultado positivo do teste de DNA. Graças à Súmula do STJ (Súmula 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade). Também a resistência em se submeter ao exame passou a servir de fundamento para a antecipação da tutela alimentar.

Ou seja, o nosso legislador tem como fundamento para a tutela jurídica o vínculo parental, *condição sine qua non*, não há, o pleito de um necessitado alimentos.

O que ocorre na teoria geral do direito civil para personalidade, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou em outras palavras ser sujeito de direitos.

E o nascituro como se enquadraria na titularização de direitos?

O artigo 2º do Novo Código Civil diz que o seu surgimento acontece com o nascimento com vida, no momento em que principia o funcionamento do aparelho cardiorespiratório, aferível pelo exame docimásia hidrostática de Galeno – o recém-nascido adquire a personalidade jurídica, tornando – se sujeito de direitos, mesmo que venha a falecer depois.

Na mesma linha encontramos na Resolução nº 01/1988 do Conselho Nacional de Saúde atesta que nascimento com vida é:

“expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido cortado ou não o cordão umbilical, esteja ou não desprendida a placenta”.

Aqui encontramos o elogio ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, donde se depreende que o feto não precisa ter forma humana ou tempo mínimo de sobrevivência.

Alcançando a personalidade jurídica com o nascimento com vida, inaugura o nascituro a abertura do seu “livro” de direitos, ele a exemplo

recebe do seu pai falecido todos os direitos por herança pelo princípio da *saisine* e transferiria a sua mãe numa outra ótica, *in casu*, se ele falecesse pós-parto. Uma vez que se tornou por breve instante sujeito de direitos.

Por essa razão, torna-se inquestionável a concessão de alimentos advindos da relação parental.

Mas, quando a relação parental não restou formada a ponto de ser visível. Quando não se identificou o pai da relação, para acompanhar aquela gestação?

Problema, há muito resistido pelo legislador, que nunca o enfrentou em toda a sua extensão, criado no seio das relações fugazes, entre homens que não tinham vínculo afetivo com mulheres, e estas, acometidas de uma gravidez sem ter querido a mesma, vê-se vitimada junto ao seu nascituro por encontrar dificuldades para prover a gravidez, descambando na dificuldade de concessão de alimentos ao nascituro.

3. A LEI DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Lei número 11804/2008, Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá

ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Art. 3º (vetado)

Art. 4º (vetado)

Art. 5º (vetado)

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Art. 7º O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.

Art. 8º vetado

Art. 9º vetado

Art. 10º vetado

Art. 11º Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das Leis nºs 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

No último dia 05 de novembro de 2008 foi sancionada a Lei nº 11.804/08, chamada de Lei dos Alimentos Gravídicos, em vigor desde sua publicação. A lei disciplina os alimentos a serem pagos para a mulher gestante e a forma como será exercido este direito.

Os alimentos gravídicos compreendem conforme redação do art. 2º da referida lei como sendo “os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”.

A leitura do texto informa claramente que os valores dos alimentos gravídicos compreendem aqueles “adicionais do período de gravidez”, “a juízo do médico”, ou seja, salvo se a genitora não possuir condições de autossustento, o que poderá prejudicar o desenvolvimento fetal, deverá ser instruída na exordial documento médico que determine “alimentação especial” ou “demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis”, e, no tocante a possibilidade de despesas “outras que o juiz” considerar pertinentes, deverão ser discriminadas para que não haja julgamento extra ou ultrapetita.

Ainda, na fixação do pensionamento mensal, deverá ser levado em conta os elementos trazidos na referida norma, porém, no tocante às despesas de internação e parto, por exemplo, salvo ajuste das partes, é temerário impor ao suposto pai, principalmente de forma liminar, tais custos quando já são arcados pelo SUS ou convênio médico que a genitora talvez possua.

Embora os critérios norteadores para fixação do *quantum* sejam diferentes dos alimentos previstos no art. 1694 e seguintes do Código Civil de 2002, quando determinados, o raciocínio é o mesmo, ou seja, é levado em consideração todas as despesas relativas a gravidez (necessidade) e o poder de contribuição do pai e da mãe (disponibilidade), resultando na fixação proporcional dos rendimentos de ambos, já que a contribuição não é somente de um ou de outro.

A natureza dos alimentos gravídicos é *sui generis*, agregando elementos da pensão alimentícia e da responsabilidade civil. Da primeira, se apropria da primazia de tutela em relação a outras obrigações, enquanto da segunda, a novel lei se vale das regras de integral reparação patrimonial.

Mesmo que a lei não tenha se valido expressamente do Código Civil de 2002 como regra supletiva, como o fez com as Leis 5478/68 (Ação de Alimentos) e 5869/73 (Código de Processo Civil), pelo escopo da norma que é o de proteção à mãe e da futura prole, não há óbice para aplicação do Código Civil de 2002 é aplicável, principalmente nos termos do art. 1698 que tem a seguinte redação:

“Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.

Controvérsia, porém, instala-se no termo inicial dos alimentos gravídicos. No projeto que deu origem a lei, era previsto que seu termo inicial era a citação, mesmo como o veto presidencial, teoricamente a regra é a mesma, pois assim determina o Código de Processo Civil. Numa interpretação sistemática, entretanto, por tratar-se de norma específica, mais recente, que na sua estrutura já determina que os alimentos gravídicos são as despesas adicionais que compreendem “da concepção ao parto”, é possível requerer que o termo inicial se dê na concepção, mesmo antes do ajuizamento da ação.

É claro que tal posicionamento será contraposto pelos processualistas, porém, no escopo da nova norma que apregoa INTEGRAL PROTEÇÃO À MÃE E AO MENOR estas regras devem ser relativizadas, pois, por analogia (e por híbrida origem alimentícia e indenizatória), pode-se aplicar, por exemplo, a regra do pensionamento ou mesmo da indenização da responsabilidade civil em que o marco inicial é o do sinistro, ou seja, do fato originador da responsabilidade civil, conforme art. 398 do Código Civil de 2002 que dispõe que “Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

A lei informa que tal regra é aplicada ao ato ilícito, porém, o que é o desamparo alimentar e das despesas de gravidez do pai em relação

à mãe se não o conceito de ato ilícito trazido no amplo art. 186 do Código Civil: “**Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A execução dos alimentos gravídicos se dará pelo art. 732 ou 733 do Código de Processo Civil e ante a morosidade processual, não se verá, salvo raras comarcas, a efetivação da ação constitutiva do direito e o cumprimento desta sentença, talvez com pena de prisão ao inadimplente no exíguo prazo de 300 dias da gestação.

Salvo a presunção de paternidade dos casos de lei, como imposto no art. 1597 e seguintes, o ônus probatório é da mãe. Mesmo o pai não podendo exercer o pedido de Exame de DNA como matéria de defesa, cabe à genitora apresentar os “indícios de paternidade” informada na lei através de fotos, testemunhas, cartas, e-mails, entre tantas outras provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade ou há uma inversão do ônus probatório ao pai, pois este teria que fazer (já que não possui o exame pericial como meio probatório) prova negativa, o que é impossível e refutado pela jurisprudência.

Há necessidade de aplicação da regra do art. 333, inc. I, do Código Civil de 2002 que informa que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Mesmo sem o Exame de DNA há algumas provas que podem ser produzidas pelo suposto pai, como prova de vasectomia, por exemplo.

Os artigos 1597 a 1602 do Código Civil elenca possibilidades de presunção ou não de paternidade de acordo com casos de traição, vasectomia, impotência sexual, novas núpcias, entre outras. Embora as regras acima trazidas nos casos de casamento, não há óbice para serem interpretadas extensivamente para casos de União Estável.

A lei dos alimentos gravídicos informa no parágrafo único de seu artigo 6º que “Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”.

Com o nascimento com vida, a revisão dos alimentos deverá ser feita cumulada com a investigação de paternidade caso não seja esta

reconhecida, e, com o Exame de DNA a ser realizado se verificará se são ou não devidos os alimentos, lembrando, é claro, que não há possibilidade de retroagir os valores já pagos se der negativo o referido exame haja visto a natureza desta obrigação.

Independentemente do reconhecimento da paternidade, por ser os critérios fundantes da fixação do *quantum* da pensão de alimentos e dos alimentos gravídicos diferentes, não sendo suficientes ou demasiados, urge a necessidade de revisá-los nos mesmos moldes do que já informa a lei civil de 2002 em seu art. 1699 “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”. Esta revisão poderá ser realizada, também, durante a gestação, embora pela morosidade processual, dificilmente se verá o fecho desta demanda antes do nascimento do menor.

A extinção se dará automaticamente em casos de aborto e, também, após o nascimento, comprovado que a paternidade não é daquele obrigado pelos alimentos gravídicos.

A lei informa que a fixação dos alimentos gravídicos se dará de acordo com convencimento do juiz da “existência de indícios da paternidade” conforme dito do art. 6º da referida norma. Não é possível realizar qualquer exame pericial, pelo menos na tecnologia atual, sob pena de por em risco a existência do feto e tal possibilidade não é admitida pelo nosso ordenamento jurídico que, no Código Civil de 2002 regra de seu art. 2º “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Os indícios de paternidade e possível acordo em audiência de conciliação não impõe, salvo que o objeto do acordo seja o reconhecimento voluntário da paternidade, a fixação do suposto pai obrigado pelos alimentos gravídicos como pai daquela prole credora dos alimentos. Ao nascer, todo o procedimento de investigação de paternidade deverá ocorrer, lembrando que se houver reconhecimento voluntário, mas, fundado este em vício de vontade, poderá ser revisitado em ação própria conforme entendimento dos tribunais superiores neste sentido.

4. CONCLUSÃO

Os alimentos gravídicos sem dúvida permitirão melhor tutela às mulheres grávidas que sentindo-se protegidas amplamente, assim como, seus filhos, seus nascituros, o pré-natal estará resguardado, e no final o direito à vida.

Faz-se valer o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto precisa deste suporte financeiro do pai e de outros parentes no caso de impossibilidade daquele. Porém, é indispensável cautela, principalmente por parte do juiz e ante a morosidade da justiça na determinação destes alimentos especiais, devendo serem fixados de forma proporcional aos rendimentos do casal e de acordo com as provas da paternidade, não podendo ser a concessão vinculada apenas na mera alegação, sob pena de não poder ser revertida a medida que concedera os alimentos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GARCEZ, Christianne. *Direito de família*. Série Impetus. Provas e Concursos. Rio de Janeiro. Editora Campus, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. Direito de Família. 22ª Edição revista e atualizada. De acordo com a reforma do CPC. São Paulo. Editora Saraiva. 2007.
- STOLZE, Pablo. *Novo curso de direito civil atualizado*. Editora Juz Podium, 2005.
- SALVO VENOSA, Sílvio de. *Direito civil. Direito de família*. Quarta Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2004.

O DANO MORAL DECORRENTE DA RESPONSABILIDADE MÉDICA PROFISSIONAL

Thyago Avelino Santana dos Santos, Advogado, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT, Pós-Graduado do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Processual Civil – UNISUL – IPAN – REDE LFG.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar a responsabilidade médica profissional na relação com seus pacientes, uma vez que ocorrendo falha médica, e comprovada a culpa, incide o dever de indenizar, o qual compreenderá os danos materiais e morais, em seus diversos graus de intensidade e valoração, conforme critérios que a lei e a jurisprudência vierem a fixar. O que precisa ser muito bem analisado é qual a extensão desse dano, quem é o responsável pelo mesmo e qual a ligação entre o causa e o dano ocorrido, pois o princípio fundamental do direito é o princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Erro; dano moral; responsabilidade.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the medical professional liability in connection with their patients, since medical failure, and evidence of guilt, concerns the duty to indemnify, comprising the material and moral damages, in its various degrees of intensity and valuation, as criteria that the law and jurisprudence will be fixed. What needs to be thoroughly examined is the extent that such damage, who is responsible for it and what the connection between the cause and the damage occurred, because the fundamental principle of law is the principle of human dignity.

KEYWORDS: Wrong; damage moral; responsibility.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os primórdios do dano moral; 3. Conceitos e aspectos doutrinários do dano moral; 4. A responsabilidade civil médica: pontos conflitantes; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O dano moral em seu contexto histórico tem primordial referência já no Código de Hamurabi, mesmo que de forma primitiva, e tinha como princípio a garantia do mais fraco, numa visão humanística do Rei da Babilônia para com o seu povo. Posteriormente, foi desenvolvido por outros povos, a exemplo dos indianos, gregos e romanos, aprimorando-se até os dias atuais.

O novo Código Civil de 2002, na dicção do artigo 927 parágrafo único, estabelece que haverá obrigação de reparar, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, e que tal obrigação existe, 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.

2. OS PRIMÓRDIOS DO DANO MORAL

O Código de Hamurabi aparece na história das leis como o primeiro documento legislador com fundamento de direito civil. Escrito em cuneiforme, o Código era seguido de forma muito respeitosa pelos babilônicos, que dele se valiam para solucionar suas contendas sociais de modo geral.

Constam do referido código 282 dispositivos legais, que são conhecidos hoje por intermédio de uma versão escrita em forma de cunha, que cobre uma pedra de basalto encontrada em Susa, no Irã. Dizem os historiadores que esta pedra teria sido levada para lá por volta de 1100 a.C. Hoje esta pedra encontra-se guardada no Museu do Louvre. Uma verdadeira raridade, fruto de nossos antepassados (FERREIRA, 2004, p. 26).

Os dispositivos referidos por Ferreira (*op. cit.*), eram na verdade parágrafos descritos por Hamurabi, rei humano que demonstrava profunda preocupação pelo seu povo e principalmente com os lesados, destinando a estes, reparação justa, tipo regra “olho por olho, dente por dente”.

§ 196. Se um awilum destruir um olho de (outro) awilum destruirão seu olho.

§ 209. Se um homem livre ferir o filho de um outro homem livre, pagar-lhe-á 10 ciclos de prata pelo aborto.

§ 211. Se pela agressão fez a filha de um Muskenun expelir o fruto de seu seio: pesará cinco ciclos de prata.

§ 212. Se essa mulher morrer, ele pesará meia mina de prata.

(CLEYTON REIS, apud FERREIRA, 2004, p. 27).

Esses dispositivos legais do Código de Hamurabi devem ter sido, em sua época, bastante eficazes, mesmo porque há de considerar que os mesmos partiam diretamente da vontade do Rei Hamurabi.

A história conta ainda da existência de um código originário da Índia, o Código de Manu, elaborado por Manu Vaivasvata, personagem mítico indiano muito respeitado pelos brâmanes, que eram membros da casta hindu mais alta, a dos homens livres.

Manu, apesar de elaborar textos jurídicos, era muito religioso, tendo sido considerado o pai do Hinduísmo, e que até os dias de hoje é a religião predominante dos povos indianos. Com sua influência religiosa e política à época, Manu registra o feito de ter conseguido promover a organização geral da sociedade. Daí a importância desta figura lendária (FERREIRA, 2004, p. 28).

O Código de Manu promoveu inigualável avanço em relação ao Código de Hamurabi, porque tratava a reparabilidade do dano em pecúnia, diferentemente do código babilônico que reparava a lesão por outra lesão.

Em sua evolução, o dano moral tem na Grécia a proteção jurídica da reparação pecuniária, já com uma conotação científica que reúne elementos como civilização e democracia, graças aos grandes pensadores que se difundiam pela Grécia Antiga.

Em Roma, a preocupação maior era com a honra, razão porque afirmavam os romanos que a honesta fama *est alterium patrimonium* (a honesta fama é outro patrimônio), o que justifica o direito romano ser o mais consultado em todo o mundo, em função de que “a honra é uma prerrogativa motivada pela probidade da vida e dos bons costumes” (FERREIRA, 2004, p. 28).

Mas, é a partir de Ulpiano que o Direito Romano se expande. Protagonista dos preceitos *Jus Naturale* ou Direito comum a todos os seres, Ulpiano demonstrava a consciência do conceito de justiça por meio “dar a cada um o que é seu”, “viver honestamente” e “não lesar outrem” (*Op. cit.*, p. 28).

Na Lei das XII Tábuas romana, encontram-se provas da reparação dos danos morais, como as constantes nos parágrafos da Tábua VII, dos quais se destacam:

§ 1º Se um quadrúpede causa qualquer dano, que o seu proprietário indenize o valor desses danos ou abandone o animal ao prejudicado.

§ 2º Se alguém causa um dano premeditadamente que o repare.

.....
§ 6º Aquele que fez pastar o seu rebanho em terreno alheio.

.....
§ 12. Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deve ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido é homem livre; e 150 asses, se o ofendido é um escravo.
.....

§ 18. Se alguém matou o pai ou a mãe, que se lhe envolva a cabeça, e seja colocado em um saco costurado e lançado ao rio.
(*Op. cit.*, p. 30).

Nas sólidas noções romanas de dano moral, é perceptível que o dano era reparado em pecúnia, mas também existiam resqúícios do Código de Hamurabi, em que o dano físico era reparado com outro dano físico ao causador.

3. CONCEITOS E ASPECTOS DOCTRINÁRIOS DE DANO MORAL

Os conceitos que envolvem o dano moral são inúmeros. Silva (*apud* FERREIRA, 2004, p. 31), define o dano moral como “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito e sem patrimônio ideal, em contraposição ao material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.

Este conceito de Silva dá a entender que o dano moral está diretamente ligado à pessoa, ao sujeito natural e não ao sujeito patrimonial, como ratifica Gomes (*apud* FERREIRA, 2004, p. 31): “é a lesão a direito personalíssimo produzida ilicitamente por outrem”.

Mas, uma completa definição de dano moral é dada por Porto:

Deve-se entender por dano moral, a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja a dor física, dor-sensação, nascida de uma lesão material; seja a dor moral, dor-sentimento, nascida de causa material, como o abalo do sentimento de uma pessoa, provocando-lhe dor, tristeza, desgosto, depressão, enfim, perda de alegria de viver (*apud* FERREIRA, 2004, p. 31).

O dano moral demonstra uma forte tendência ao crescimento em nossa atualidade, principalmente a partir dos entendimentos e

interpretações dadas aos “Direitos Universais do Homem”. Tanto assim que as constituições de muitos países citam o dano moral e sua reparação, como uma proteção do cidadão à sua privacidade física e mental.

Embora a expansão histórica do dano moral tenha atingido os tempos atuais com uma nova maneira de interpretá-lo, face às múltiplas brechas deixadas pela lei e pelas diversas situações em que o fato pode ocorrer, o dano moral tem sido tratado pela esfera jurídica como direito de responsabilidade civil, razão porque da necessidade de classificação do dano em patrimonial, pessoal e moral por diversos juristas de renome.

[...] a) são patrimoniais os prejuízos de ordem econômica causados por violações a bens materiais ou imateriais de seu acervo; b) são pessoais os danos relativos ao próprio ente em si, ou em suas manifestações sociais, como, por exemplo, as lesões ao corpo, ou a parte do corpo – componentes físicos -, ou ao psiquismo – componentes intrínsecos da personalidade -, como a liberdade, a imagem, a intimidade; c) morais, os relativos a atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto (BITTAR *apud* FERREIRA, 2004, p. 33).

Nesse sentido, é importante perceber que os direitos tutelados, como da personalidade, atrelados à noção de dignidade humana, deriva a inviabilidade de enumerar centenas de hipóteses de ocorrência do dano moral e, justaposto a isto, a imensa galeria de possibilidades na reparação do dano em qualquer esfera da relação jurídico-social.

No transito doutrinário, vale acrescentar a manifestação de Cahaly (2000, p. 12), de que “a Constituição de 1988 apenas elevou à condição de garantia dos direitos individuais à reparabilidade dos danos morais, pois esta já estava latente na sistemática legal anterior”, sendo, portanto, inaceitável a pretensão de que a reparação dos danos dessa natureza

somente seria devida caso verificados posteriormente à referida Constituição.

Após a Constituição de 1988, veículo que positivou o silogismo criado pela doutrina e jurisprudência, sobreveio “o enunciado da Súmula nº 37 do Colendo Superior Tribunal de Justiça que expressamente admite a acumulação de reparações por danos material e moral oriundos do mesmo fato” (CAHALY, 2000, p. 13).

Mas é importante ressaltar:

Enunciado nº 7 da Súmula/STJ. Dano Moral. Demonstração de prejuízo. Desnecessidade. Violação de Direito. Responsabilidade tarifada. Dolo do Jornal. Inaplicabilidade. Não-recepção pela Constituição de 1988. Precedentes. Recurso desacolhido.

I – Tendo constado do aresto que o jornal que publicou a matéria ofensiva à honra da vítima abusou do direito de narrar os fatos, não há como reexaminar a hipótese nesta instância, por envolver análise das provas, vedada nos termos do Enunciado nº 7 da Súmula /STJ.

II – Dispensa-se a prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo – o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito (FERREIRA, 2004, p. 43).

De suma importância também é a revelação de que, no dano moral, a dor e o sofrimento impedem que o homem exerça de forma plena o seu direito inalienável à vida. Assim, o direito positivo, válido como instrumento de justiça, não vira as costas para as ofensas capazes de promover a ruptura de tal plenitude, tanto na esfera material, quanto na esfera moral.

É por essa razão que a dignidade da pessoa humana, juntamente com os seus sentimentos de estima e luta pela vida, merecem ser respaldados por parte dos operadores do Direito para minimizar os danos que a afetem pela reparação humana.

O elemento complexo que se insere no dano moral e sua reparação é parte integrante do direito factual que, percebendo as variáveis circunstanciais que envolvem cada fato específico, age em sua defesa, promulgando a melhor solução entre os sujeitos envolvidos.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: PONTOS CONFLITANTES

A abordagem sobre a responsabilidade civil médica abre um preâmbulo para a discussão da responsabilidade civil do médico em suas diversas áreas de atuação.

Há uma necessidade da compreensão, a priori, das responsabilidades civis, penais e disciplinares do médico, para que se formate, sem nenhum erro de justiça, a compreensão do direito positivo brasileiro.

A responsabilidade será objeto de análise jurídica quando houver um dano. Tal dano pode ter repercussões para o indivíduo, tanto no seu patrimônio quanto na sua moral, bem como na sociedade, desequilibrando o sistema igualitário de condutas. Assim, o dano patrimonial ou moral será analisado sob a ótica do direito civil, bem como do direito do consumidor. O dano à sociedade é analisado sob a ótica do direito penal. A primeira reparação tem natureza ressarcitória e reparatória, e a segunda, essencialmente natureza punitiva (OMETTO, 2004, p. 87).

Para Ometto, na responsabilidade penal visa-se especialmente à sanção punitiva de atos médicos, em caso de homicídio qualificado em razão da profissão, omissão de socorro, prática do aborto, falsificação de atestado médico, entre outros elementos que caracterizem o ato punitivo penal.

Podem envolver todos esses atos a questão do dolo ou culpa, ou ainda, ação ou omissão intencional do médico. Abrindo o processo legal, nesses casos, e havendo a condenação, será de natureza punitiva. Nessas possibilidades, buscar-se-á a natureza da responsabilidade específica, que recai sobre as modalidades da negligência, da imprudência e da imperícia.

No tocante à responsabilidade disciplinar do médico, “que consiste na apuração de danos decorrentes de sua conduta ético-profissional” (OMETTO, 2004, p. 88), sendo comprovada, a condenação será de natureza administrativa e repercutirá no seu lado profissional. Nesse sentido, a sanção envolverá desde uma simples advertência até a cassação de seu diploma.

Já na responsabilidade civil do médico cirurgião, poderá existir uma análise de sua conduta médica dentro dos padrões médico-jurídicos.

O conhecimento dos preceitos éticos da profissão, a análise estes, bem como dos morais dão o contorno da situação de forma mais abrangente. É importante que o Judiciário tenha conhecimento das normas éticas da medicina, ao julgar um caso de responsabilidade civil médica, aplicando-as à realidade socioeconômica da localidade e do momento histórico dos fatos, haverá então, um julgamento justo (OMETTO, 2004, p. 89).

Desse modo, o julgamento da responsabilidade do médico pode existir conforme as circunstâncias sócio-geográfico-culturais do paciente. Na verdade, os princípios do Código Civil de 2002 da boa-fé objetiva e subjetiva amplamente destacada no CDC, juntamente com os princípios da transparência e da informação atrelados ao princípio da função social da norma civil, deságuam no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Dentre as diversas classificações da responsabilidade civil médica, duas podem ser amplamente exploradas: a contratual e a extracontratual ou aquiliana.

Segundo Ometto (2004, p.93), “a responsabilidade civil do médico tem sua origem na responsabilidade civil aquiliana. Entretanto, é pacífico, na doutrina atual, que a responsabilidade civil médica é contratual”. Destaca-se assim uma questão importante, que é o contrato de consumo, tendo em vista sua origem numa prestação de serviços.

Leva-se também em conta que os princípios contratuais a serem observados pelos contratantes nas relações médico-paciente se incluem, como já verificados, no CDC, coadunando-se com Código Civil de 2002.

Dito isto, pode-se conduzir a responsabilidade civil médica para uma análise dos conceitos e aplicações decorrentes do dolo, culpa e risco, amplamente abordados nas discussões que envolvem os fatos das relações médico-paciente. Esses institutos jurídicos são extremamente importantes para o entendimento da responsabilidade civil e possível reparação do dano moral.

Modernamente, o conceito de dolo alargou-se, convergindo a doutrina no sentido de caracterizá-lo na conduta anti-jurídica, sem que o agente tenha o propósito de prejudicar. Abandonando a noção tradicional do ânimo de prejudicar, aceitou que a sua tipificação delimita-se do procedimento danoso, com a consciência do resultado. Para a caracterização do dolo não há mister perquirir se o agente teve o propósito de causar o mal. Basta verificar se ele procedeu consciente de que o seu comportamento poderia ser lesivo (PEREIRA, 2004, p. 66).

Verifica-se, portanto, que o dolo pode ser um ato consciente, premeditado, intencional, o que leva a julgamento da ação dolosa, ou seja, daquilo que é possível julgar em função da premeditação e do livre-arbítrio de cometimento do ato. Sendo assim, o dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito.

Na culpa, o que poderia ser caracterizado como um ato consciente, em direito não o é, pois é recorrente à imperícia, à negligência e à imprudência, conforme se observa:

A falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude (DIAS, 2000, p. 143).

Como na maioria das vezes a responsabilidade civil médica decorre da verificação da culpa, é importante perceber que esta apresenta sempre os três elementos que a caracterizam, ou seja, a imperícia a negligência e a imprudência, sendo a imperícia a falta de habilidade ou inaptidão para praticar determinado ato; a negligência refere-se à inobservância de normas que ordenam o agente a agir com a atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é o ato de proceder sem cautela.

Assim, não há responsabilidade sem culpa, com exceção da disposição legal expressa, caso em que ocorrerá responsabilidade objetiva. Tanto a imperícia, quanto a negligência e a imprudência, podem estar presentes em conjunto ou isoladamente no ato do agente. Em qualquer circunstância, a culpa estará caracterizada, sendo de maior ou menor intensidade, conforme a presença desses elementos conjunta ou isoladamente.

Cavaliere Filho ameniza o ato culposo quando estabelece a diferença entre a culpa e o erro profissional na responsabilidade médica como duas partes distintas:

Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 52).

Nesse contexto, pode-se somar aos elementos principais da culpa sobre a responsabilidade médica, a moderna visão da culpa da ignorância, da má qualificação formal do médico, da não atualização. Assim, constitui-se culpa a falta de conhecimento profissional e do dever de informar e diligenciar.

Além do dolo e da culpa, é importante mencionar o risco, que fundamentalmente se volta para a responsabilidade objetiva. Nesse sentido,

A responsabilidade médica, deve-se destacar, é derivada de uma relação de consumo, por isso, rege-se, nestas circunstâncias pelo CDC e seus nortes. Quando o médico atuar como profissional liberal sua conduta estará sujeita à análise dos elementos da culpa e da sua gradação, para efeitos da indenização, quando comprovada sua culpa. Quando atuar em hospitais, como empresário médico, ou como empregado, será considerado como fornecedor de serviços como outro qualquer e responderá pela atividade de risco e perigo, e pela lei, considerada responsabilidade objetiva, subsumida à teoria do risco, ou seja, sem qualquer verificação de culpa. A indenização dos danos, pelos critérios do Código de Defesa do Consumidor, deve ser de reparação integral (OMETTO, 2004, p. 106).

Analistas jurídicos consideram que a contemporaneidade busca a mudança de foco da responsabilidade civil médica: prioriza a análise do dano e seu causador, primordialmente quanto à indenização, para concentrar a atenção na preocupação e análise dos fatos sob o enfoque da própria vítima, sua dor e sua reparação, visando atender, desse modo, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

A responsabilidade médica está basicamente lastreada no conceito de culpa, em suas diversas modalidades: a culpa por negligência,

imprudência e imperícia. Ocorrendo falha médica, e comprovada a culpa, incide o dever de indenizar, o qual compreenderá os danos materiais e morais, em seus diversos graus de intensidade e valoração, conforme critérios que a lei e a jurisprudência vierem a fixar. Cabe, portanto ao médico, precaver-se da melhor forma possível, tomando todas as cautelas que julgue necessárias, inclusive no que diz respeito ao próprio aprendizado e atualização.

O nexos causal é baseado em princípios e não possui um conceito jurídico estabelecido, sendo o elo que fecha o círculo, o vínculo entre ser indenizado ou não.

O Código de Defesa do Consumidor é o maior marco na responsabilidade civil médica da história do direito brasileiro, porque não só mudou o direito do paciente, como mudou a cultura jurídica da sociedade. Foi a partir dele que a população, em geral, passou a acionar os médicos, que eram quase intocáveis. Como qualquer responsabilidade civil há excludentes: como caso fortuito, força maior, culpa de terceiros, culpa exclusiva da vítima e a culpa concorrente que, efetivamente, não exclui mas atenua a responsabilidade.

Considera-se que a complexidade do ato cirúrgico já seria suficiente para caracterizar a obrigação profissional, além disso, os deveres da transparência, da boa-fé objetiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, estão muito ligados no relacionamento médico-paciente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo de C. B; SILVA, Arthur Marques. *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 de fevereiro 2009.

_____. Lei nº 8078, de 1 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 de fevereiro 2009.

CAHALY, Yussef Said. *Dano moral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia jurídica*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA, Daniele Moura. *O contrato de consumo (e os princípios informadores no novo Código Civil)*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 2004.

OMETTO, Antonio Orlando. Código de defesa do consumidor e o usuário Unimed. Responsabilidade do cooperado no Hospital Unimed. In: *Seminário Nacional Recursos Próprio do Sistema UNIMED*. São Paulo. São Paulo, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11ª ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

EDUCAÇÃO INCLUSIVA E SUAS BASES LEGAIS

Alessandro Araújo Mendes, Advogado, Especialista em Metodologia e Didática do Ensino Superior, pesquisador do Grupo de Pesquisa em Inclusão Escolar da Pessoa com Deficiência da Universidade Federal de Sergipe.

Kátia Regina Lopes Costa, Pedagoga e Psicopedagoga, professora das redes estadual e municipal de ensino, Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Inclusão Escolar da Pessoa com Deficiência da Universidade Federal de Sergipe.

Artigo científico apresentado no *2º Congresso Brasileiro Multiprofissional de Prevenção em Saúde e Educação da Criança*, *3º Encontro Paranaense de Triagem Neonatal* e *2º Encontro de Profissionais da Educação Especial*, ocorrido de 3 a 6 de junho de 2009, na Universidade Positivo, Curitiba-PR, promovido pela FEPE (Fundação Ecumênica de Proteção ao Excepcional).

RESUMO: O ordenamento jurídico brasileiro possui dispositivos que protegem os deficientes. A Constituição Federal é a base das leis brasileiras e ela assegura a todos o acesso à educação, sem qualquer distinção de raça, sexo, cor, etc. A educação deve ser ofertada pelo Estado em todos os seus níveis, do ensino básico ao superior, inclusive, pós-graduações. A nossa Carta Magna ainda dispõe que devem ser elaboradas leis nesse sentido; sendo assim, foram criadas diversas leis que abordam o tema entre outras matérias, como: a LDB (Lei 9.394/96), a Lei 8.069/90 (ECA), a Lei 7.853/89 (dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiências e dá outras providências), dentre

outras. Desta feita, constatando a falta de informação dos deficientes e seus responsáveis sobre os direitos legais que possuem, bem como o enfrentamento da burocracia dos setores públicos e privados no atendimento aos deficientes, foi o que motivou a elaboração do presente trabalho. O objetivo deste é fazer um levantamento das normas legais acerca dos direitos básicos que amparam os deficientes a nível nacional. Trata-se de uma pesquisa de cunho bibliográfico e de análise documental, ainda em andamento.

PALAVRAS-CHAVE: Educação inclusiva; acessibilidade; deficientes; bases legais.

ABSTRACT: The Brazilian legislation possesses devices that protect the faulty ones. The Federal Constitution is the base of the Brazilian laws and she assure the whole ones the access to the education, without any race distinction, sex, color, etc. The education should be offered by the State in all its levels, of the basic teaching to the superior, besides, masters degrees. Our Larger Letter still disposes that laws should be elaborated in that sense; being like this, they were created several laws that approach the theme among other matters, as: LDB (Law 9.394/96), the Law 8.069/90 (ECA), the Law 7.853/89 (it disposes on the support to the people carriers of deficiencies and he/she gives other providences), among another. Of this done, verifying the lack of information of the faulty ones and its responsible persons on the legal rights that possess, as well as the great of the bureaucracy of the public sections and deprived in the attendance to the faulty ones, it went what motivated to elaboration of the present work. The objective of this is to do a rising of the legal norms concerning the basic rights that aid the faulty ones at national level. It is a research of bibliographical stamp and of documental analysis, still in process.

KEYWORDS: Inclusive education; accessibility; faulty; legal bases.

1. INTRODUÇÃO

É usual nos depararmos com situações em que deficientes são tolhidos dos seus direitos, seja um simples acesso a um estabelecimento, fisicamente falando, seja em face de preconceitos por eles sofridos.

Muitas pessoas não sabem lidar com deficientes e por isso preferem ignorá-los. Desde as civilizações mais remotas encontramos relatos de maus tratos ou extermínio de deficientes. Na Idade Média a figura do anormal, representada pelo *Corcunda de Nortredame* marcou um momento de latência. Segundo Foucault (2007, p.8), a *loucura* passou por um momento de latência de quase dois séculos até suscitar as mesmas “reações de divisão, de exclusão, de purificação” que a lepra.

Já durante a Segunda Guerra Mundial, os portadores de alguma deficiência eram os primeiros a serem eliminados nos campos de concentração, muitas vezes nem eram levados para lá, sendo dizimados onde eram encontrados (suas casas), pois daria “trabalho” de conduzi-los aos campos de concentração.

Povos primitivos também costumavam eliminar os bebês que nasciam com deficiências; no Brasil se tem conhecimento que tribos indígenas ainda praticam esses atos.

Mas isto não se concebe no meio civilizado, ainda mais em Estados modernos. Não é admissível que nos dias de hoje se ignore os deficientes. Há alguns anos eles eram excluídos, tempos depois passaram a ser apenas ignorados, já em outro momento, ocorreu o movimento de integração dessas pessoas e atualmente eles estão sendo incluídos na sociedade, graças a esforços de profissionais, como: psicopedagogos, pedagogos, psicólogos, além de outros sensíveis à causa. Estas pessoas se preocupam com o respeito e dignidade dos deficientes.

A nível mundial, por meio das políticas internacionais, citamos a ONU – Organização das Nações Unidas, como a principal entidade preocupada com os deficientes que, por meio de seus programas, em especial os desenvolvidos pela UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância, prioriza o atendimento e respeito às crianças e adolescentes em todas as situações, incluindo-se os deficientes, programas estes que também são desenvolvidos em nosso país.

No Brasil, infelizmente, ainda existe muito preconceito e desconhecimento sobre o assunto. No tocante à inclusão dos deficientes na sociedade já existem leis assegurando seus direitos, a começar pela Constituição Federal. No tocante à educação para os deficientes, muito se progrediu; mas a deficiência maior está na desinformação sobre as leis, desconhecimento dos diversos tipos de deficiências, na forma que se deve lidar com elas, entre outras falhas.

É neste bojo que o presente trabalho foi desenvolvido, enfocando as bases legais existentes no Brasil sobre a proteção dos deficientes ao acesso nos estabelecimentos educacionais, isto é, à educação.

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GERAL

Realizar um levantamento de normas legais acerca dos direitos básicos que amparam os deficientes a nível nacional.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analisar historicamente a evolução das leis voltadas aos deficientes no Brasil;
- Expor tais dispositivos contrapondo-os à realidade;
- Facilitar o acesso dos deficientes ao conhecimento dos direitos básicos que possuem através de uma cartilha educativa.

3. METODOLOGIA

O presente trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e análise documental e ao sistema mundial de computadores. Trata-se de uma pesquisa em andamento e, portanto, seus resultados são parciais.

4. LEVANTAMENTO DAS PRINCIPAIS FONTES LEGAIS

4.1 DECRETO-LEI 2.848/1940 - CÓDIGO PENAL

O artigo 246 deste diploma legal trata do crime de abandono intelectual, que diz: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa”.

Este abandono intelectual também se refere aos portadores de deficiência. Portanto, seus responsáveis deverão promover a sua

educação, preferencialmente, no ensino regular; mas quando não for possível e for mais conveniente para as condições do deficiente, os responsáveis deverão procurar outros meios para educá-los, ou ao menos de proporcionar-lhes a socialização, inclusive por meio de programas dos governos federais, estaduais e municipais, ou mesmo por meio da iniciativa privada ou por organizações não governamentais (ONGs).

4.2 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)

No Título I da Carta Maior, que trata dos Princípios Fundamentais, em seu artigo 1º, informa que a República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III.

A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional, chamada de cláusula pétrea, isto é, não se pode modificá-la de forma alguma, nem mesmo por emenda constitucional.

Este princípio é consagrado internacionalmente e está em voga atualmente, sendo sempre mencionado pela ONU em suas convenções, protocolos e tratados.

Construir uma sociedade justa e solidária, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação são objetivos da República Federativa do Brasil (artigo 3º, Constituição Federal - CF); portanto, têm tudo a ver com o respeito e a inclusão de deficientes no seio social.

O Brasil, em suas relações internacionais rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, dentre outros (artigo 4º, CF). Por isso, o Brasil é signatário da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de outros tratados internacionais.

O cabeçalho do artigo 5º da Constituição Federal consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Em outras palavras, consagra o princípio da isonomia, onde todos devem ser tratados de forma igual perante as leis. Na verdade, o constituinte e a doutrina, entendem que este princípio deve ser entendido como: tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida das suas necessidades.

No capítulo II, que trata dos Direitos Sociais, a Constituição traz, expressamente, em seu artigo 6º que a educação é um dos direitos sociais, isto é, um direito de toda a sociedade ter acesso à educação, consagrando-lhe, até mesmo, uma seção especial, no capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Esporte - do artigo 205 ao 214.

É dever do Estado e da família e por meio de colaboração de toda a sociedade o exercício da educação. Dentre os artigos citados, destacamos os seguintes: o inciso I do artigo 206, quando aduz que o ensino será ministrado com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; o inciso III do artigo 208, ao afirmar que é garantido o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”. (artigo 208, III da Constituição Federal do Brasil).

Já no artigo 214, do mesmo diploma legal, reza que o desenvolvimento do ensino deverá conduzir à universalização do atendimento escolar. Isto significa que os deficientes também estão inseridos neste contexto, sendo-lhes fornecido atendimento escolar em conformidade com as suas especificidades.

No capítulo VII – Da Família, da Criança, Do adolescente e do Idoso, no artigo 227, informa que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à educação, à dignidade, dentre outros direitos, não menos importantes. Logo, não se refere apenas a menores que não possuem deficiência; é óbvio que neste conteúdo também estão inseridos os deficientes.

Por fim, reza o artigo 229 da CF que os pais têm o dever de educar os filhos menores. Filhos menores, para a nossa legislação, são os menores de dezoito anos de idade, tanto na esfera civil quanto na esfera penal (artigo 228, CF e artigo 5º do Código Civil), deficientes ou não.

4.3 LEI 8.069/90 - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a proteção integral dos menores de dezoito anos, ou seja, crianças e adolescentes. Sendo assim, esta lei não cuida de pessoas adultas que possuem

deficiência, estas são protegidas pela própria Constituição Federal e por outras leis especiais, como veremos mais adiante.

Logo em seu início, nas disposições preliminares, no artigo 3º, assegura aos menores todas as oportunidades e facilidades para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, com liberdade e dignidade. O artigo 4º desta lei, praticamente repete o disposto no artigo 227, primeira parte, da CF, ou seja:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (artigo 4º da Lei 8.069/90).

Já o artigo 5º do ECA, repete o disposto neste mesmo artigo 227 da CF, parte final; ou seja: não admitirá qualquer tipo de discriminação à criança e ao adolescente.

O artigo 6º, deste mesmo diploma legal, ECA, enfatiza que deverá ser levado em conta, no atendimento aos menores, sua condição peculiar de criança ou de adolescente. Desta feita, muito mais atenção se deverá dar aos deficientes, pois são pessoas que precisam de cuidados e atenção específicos, de acordo com as suas necessidades.

No Título II, ao tratar dos Direitos Fundamentais, em seu Capítulo II, (artigo 15 ao artigo 18), trata sobre o respeito à dignidade das crianças e adolescentes.

Já no Capítulo IV (artigo 53 ao 59), trata do Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer. Mas o que interessa é a educação para os deficientes. Sendo assim, o inciso III, do artigo 54, aduz que é garantido às crianças e adolescentes um “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”. (artigo 54, III, Lei 8.069/90).

Por exegese do dispositivo citado, em uma interpretação literal, ao mencionar a palavra preferencialmente, traduz que existe uma flexibilidade ou faculdade do atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência ser prestado na rede regular de ensino; em outras palavras, não é obrigatório – pode ser ofertada por outros

meios. É o caso, por exemplo, da AACD (Associação de Assistência à Criança Deficiente) e da APAE (Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais). No entanto, sabe-se que a verdadeira Educação Inclusiva faz-se pelo acesso e permanência dos deficientes na rede regular de ensino, ficando a cargo de tais instituições, o acompanhamento e/ou tratamentos específicos.

4.4 LEI Nº 9.394/96 - LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL (LDB)

Dispõe o artigo 3º, em seus incisos I e IV:

O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

(...)

IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;

(...).

O artigo 4º traduz que é dever do Estado a oferta de educação escolar pública e que será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino (inciso III) e acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (inciso V).

A própria lei disponibiliza um capítulo próprio (Capítulo V) para a educação especial (do artigo 58 ao artigo 60), que a define como sendo aquela destinada a portadores de necessidades especiais (artigo 58). Já o seu parágrafo 2º, informa que o atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

4.5 LEI 7.853/98 – DISPÕE SOBRE O APOIO ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA, ALÉM DE OUTRAS PROVIDÊNCIAS

Desta lei, destacamos o artigo 8º, inciso I, o qual informa que constitui crime com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa:

I – recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta. (artigo 8º, I da Lei 7.853/98).

Esta lei trata de outras proteções muito preciosas para os deficientes, e sua leitura é muito importante para aqueles que lidam diretamente com os deficientes.

4.6 LEI Nº 10.172/2001 - PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO – PNE

Esta lei se preocupa com o respeito às diversidades humanas, e estabelece objetivos e metas a serem atingidas para o melhor atendimento aos alunos deficientes no ensino regular, preferencialmente; à formação de professores e um atendimento educacional especializado.

4.7 POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL NA PERSPECTIVA DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA (PNEE)

Conhecido pela sigla PNEE, não se trata de uma lei, mas de diretrizes que norteiam a forma pela qual se deve fornecer a educação especial em nosso país.

Esta política nacional visa eliminar as várias formas de exclusão dos deficientes das redes de ensino, numa tentativa de modificar a forma de pensar dos educadores e educandos, bem como nos aspectos físicos e arquitetônicos das escolas, para que se promova um acesso e um melhor atendimento aos deficientes, de acordo com as suas necessidades.

Em Sergipe, a política estadual de educação especial, com base no PNEE, tem seu mérito no que se dispôs a fazer um levantamento histórico sobre a educação inclusiva e elaborado metas e diretrizes para uma melhor educação voltada aos deficientes em Sergipe. Isto facilita uma atualização, uma visão da antiga e atual situação da educação inclusiva no Brasil e no Estado de Sergipe.

Existem outras normas que visam proteger a educação para os deficientes. Dentre outras, citamos: Decreto nº 3.298 que regulamenta a Lei nº 7.853/89, ao dispor sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência; Lei nº 10.436/02, que torna obrigatória a disciplina de Língua Brasileira de Sinais nos currículos nos cursos de formação de professores e fonoaudiólogos, Lei 10.216/2001 – que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental e tantas outras.

5. RESULTADOS

Como mencionado anteriormente, por se tratar de uma pesquisa ainda em andamento, os resultados são parciais, embora já satisfatórios, no sentido de que o Brasil é um dos países que possui maior número de leis que garantem os direitos dos deficientes. No entanto a efetivação desses direitos continua aquém do ideal de uma sociedade inclusiva. No intento de aprofundar-se mais na temática, tendo em vista o grande número de documentos (leis, projetos, protocolos, etc) que abordam o tema, os trabalhos continuarão nesse eixo.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, dá para perceber que as diversas leis que foram surgindo após o advento da atual Constituição Federal sempre fizeram alusão aos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da isonomia. Mas não é redundância e sim porque são importantíssimos, configurando uma concretização e afirmação dos direitos dos deficientes em nossa sociedade. No entanto, as leis nada mais são que teorias, bem elaboradas e muito cheias de garantias, mas que na verdade está distante da realidade brasileira onde as políticas

públicas são assistencialistas e mal funcionam. Estariam as leis brasileiras mais direcionadas a países ditos de primeiro mundo do que para um país subdesenvolvido, em que muitos teimam em chamar de país emergente.

7. BIBLIOGRAFIA

- BRASIL. *Código penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. *Política nacional de educação especial*. Brasília: MEC/SEESP, 2008.
- _____. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. *Legislação em saúde mental*. In: _____. *Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001*. 3. ed. rev. atual., Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.saudental.med.br/>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2009.
- _____. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia de Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 3298, 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/decreto/d3298.htm>> Acesso em 11 de maio de 2009.
- _____. Presidência da República, Subchefia de Assuntos Jurídicos. *Lei nº 7.853, 24 de outubro de 1998* – Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, além de outras providências. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/Web_comissoes/cieh/doc/lei_7853_89.pdf>. Acesso em 11 de maio de 2009.
- _____. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia de Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8069, 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm)> Acesso em 11 de maio de 2009.
- _____. Presidência da República, Subchefia de Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.394, 20 de dezembro de 1996*. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em:

/

[/www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9394.htm)> Acesso em 11 de maio de 2009.

_____. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia de Assuntos Jurídicos. *Lei nº 10.172, 9 de janeiro de 2001*. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS2001/L10172.htm>> Acesso em 11 de maio de 2009.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na idade clássica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Patrícia Cunha B. de Carvalho, magistrada em Sergipe. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Formada pela Escola Superior da Magistratura de Sergipe (Esmese). Especialista em Direito Público pela UCAM e em Ciências Penais pela UNISUL – IPAN – LFG. Autora do livro *Crimes Hediondos e a Lei 11.464/2007*.

RESUMO: Em face da evolução do Estado Democrático de Direito e diante dos princípios constitucionalmente previstos, surge a necessidade de motivação expressa dos atos administrativos discricionários. O controle dos atos administrativos, que antes se restringia tão-somente à verificação da legalidade, ao exame da regra jurídica, deve ser ampliado para fins de averiguação da constitucionalidade dos atos administrativos, através do controle da juridicidade, ou seja, da verificação de sua compatibilidade com os princípios da Administração Pública positivados na Lei Fundamental. O ato administrativo deve, portanto, estar em consonância com todo o ordenamento jurídico, com as regras e os princípios. E, para tanto, a motivação se faz necessária. Em suma, a necessidade de motivação nos atos administrativos discricionários é uma tendência fruto da evolução do Direito Contemporâneo, que cultua não somente a lei, mas também os princípios constitucionais, em especial a publicidade e a moralidade.

PALAVRAS-CHAVE: Atos administrativos discricionários; motivação; necessidade; controle; constitucionalidade; princípios; moralidade; publicidade.

ABSTRACT: In view of the evolution of the democratic state of law and the constitutional principle set forth, it is necessary to express motivation of administrative acts discretion. The control of administrative acts, which was restricted as before, only to verify the

legality, the examination of the legal rule should be extended for the finding of constitutionality of administrative acts through the control of law, ie the verification of their compatibility with the principles of Public Administration positives in the Basic Law. The administrative act must therefore be in line with the whole legal system, with rules and principles. And for both, the motivation is needed. In short, the need for motivation in discretionary administrative acts is a result of the development trend of Contemporary Law, who worship not only the law but also the constitutional principles, especially the advertising and morality.

KEYWORDS: Discretionary administrative acts; motivation; need; control; constitutional; principles; morality; publicity.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Motivação; 3. Divergência doutrinária; 4. Necessidade de motivação nos atos administrativos discricionários; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico e, como tal, requer a manifestação de vontade da Administração Pública para a produção de efeitos jurídicos.

Ao contrário do que ocorre nos contratos, esta manifestação de vontade se perfaz de modo unilateral e no exercício das prerrogativas públicas, valendo-se da Supremacia do interesse público sobre o privado, ou seja, quando a Administração Pública age sob o manto desta qualidade visando o interesse público.

Todo ato administrativo possui cinco componentes, denominados pela doutrina de requisitos ou elementos, sem os quais haverá nulidade, ou seja, ausente qualquer deles, o ato será nulo.

São eles a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto.

O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. É o pressuposto fático e jurídico que enseja a prática do ato.

Pode ele vir expresso na lei como condição para a prática do ato. Neste caso, será um ato administrativo vinculado.

Pode também ocorrer hipótese de a lei deixar ao administrador a avaliação quanto à existência do motivo e a valoração quanto à oportunidade e conveniência da prática do ato. Neste caso, haverá um ato administrativo discricionário.

Haverá uma liberdade na escolha do objeto e também quanto à própria decisão acerca da prática do ato, conforme critérios de oportunidade e conveniência, mas sempre esta liberdade estará limitada pelos ditames legais e mais ainda, pela Juridicidade.

O motivo jamais poderá ser confundido com a motivação, objeto do presente estudo.

Todos os atos administrativos válidos devem possuir motivo, pois é um elemento ou requisito do ato administrativo.

Já a motivação, que é a exteriorização, exposição, descrição dos motivos que determinaram a prática do ato administrativo. Sobre a sua obrigatoriedade, porém, existe grande controvérsia.

2. MOTIVAÇÃO

Segundo a teoria administrativista tradicional, a obrigatoriedade de motivação estaria presente apenas nos atos vinculados, sendo prescindível para os atos discricionários.

Ocorre que diante do ordenamento jurídico atual, pautado em um Estado de Direito que não se baseia tão-somente no “culto da lei”, mas que se sustenta também em um “direito por princípios”, não há justificativa que ampare tal pensamento.

A distinção entre o ato administrativo vinculado ou discricionário é irrelevante para fins de averiguação acerca da obrigatoriedade ou não de motivação.

E isto porque seria justamente o ato vinculado aquele em que se poderia dispensar a motivação, afinal a situação de fato já tem descrição na norma como a única providência hábil e necessária ao atendimento do interesse público.

Assim, sendo ausente a motivação, a averiguação da validade de um ato vinculado poderá ser aferida através do seu mero confronto

com a norma que determina a sua prática, restando sanado o vício preexistente.

Porém, já nos atos discricionários, em que há uma liberdade de escolha, uma valoração a respeito da conveniência e oportunidade em relação à prática do ato, é que justamente se faz presente a necessidade da motivação para fins de controle dos referidos atos, não somente em termos de legalidade, mas principalmente de constitucionalidade.

3. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

Na doutrina, existem posicionamentos diversos a respeito da obrigatoriedade de motivação nos atos administrativos, em especial nos atos administrativos discricionários, já que não há dissonância quanto à necessidade nos atos vinculados.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, todo ato deve ser motivado, seja ele vinculado ou discricionário, e sustenta esta obrigatoriedade a partir de dois dispositivos constitucionais.

Com base no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, afirma que “os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses”. E conclui que “os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o *direito* de saber *por que* foi praticado, isto é, que fundamentos os justificam”.¹

Portanto, para que o titular do poder possa saber se o administrador está agindo corretamente, faz-se necessária a motivação para fins de controle social.

Também defende a necessidade de motivação com fundamento no inciso X, do artigo 93 da Constituição Federal sustentando que, se o Poder Judiciário, no exercício de sua função administrativa e atípica deve motivar o ato, com muito mais razão deve o Poder Executivo declinar os motivos que o levaram a prática de um ato administrativo.

¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Para ele, se a função administrativa é exercida, não importa a sua origem, deverá ser motivada, a partir da exegese de natureza extensiva do dispositivo constitucional.

Assim, a motivação seria um princípio implícito constitucional.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro comunga deste posicionamento, pois a motivação é, em regra, necessária, pois “constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública”.²

Diametralmente em sentido oposto, José dos Santos Carvalho Filho posiciona-se no sentido da inexistência de obrigatoriedade, defendendo que o ato administrativo, em regra, não deve ser motivado, pois somente deverá existir a motivação se a lei expressamente fizer tal exigência.³

A motivação decorreria, então, do próprio princípio da legalidade.

Como exemplo, cita o artigo 50 da Lei 9784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, onde estão elencadas hipóteses legais e expressas em que é exigida a motivação.

Assim, a motivação seria princípio expresso apenas no âmbito federal, diante da previsão supracitada, e para as hipóteses enumeradas nos incisos do referido dispositivo.

E ainda restringe o alcance do dispositivo constitucional sobre a exigência de motivação dos atos administrativos emanados do Poder Judiciário, aduzindo que tal preceito apenas envolveria o referido Poder, segundo uma interpretação restritiva e literal.

4. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Apesar desta forte divergência doutrinária, denota-se que em face da evolução do Estado Democrático de Direito e diante dos princípios constitucionalmente previstos, tais como os da publicidade, moralidade, ampla defesa, contraditório e amplo acesso ao Poder Judiciário, exsurge a necessidade de motivação expressa dos atos administrativos discricionários como regra.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

O controle dos atos discricionários pode ser de legalidade ou de mérito.

O de legalidade é mais amplo, pois pode ser exercido tanto pelo Poder Judiciário como pela própria Administração, confrontando-se o ato com a disposição legal.

Já o controle de mérito do ato administrativo discricionário somente pode ser exercido pela própria Administração Pública, adentrando-se no juízo de valor acerca da oportunidade e conveniência do ato administrativo.

E o Poder Judiciário somente poderia realizar este controle em relação aos atos administrativos por ele editados e praticados, no exercício de sua função atípica administrativa. Não pode revogar atos administrativos editados por outro Poder, sob pena de violação do Princípio da Separação de Poderes.

Sendo assim, denota-se que o controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos cinge-se à legalidade do ato administrativo discricionário.

Porém, ressalte-se que o Princípio da Legalidade da Administração pressupõe o da constitucionalidade das leis, afinal, conforme frase de Fritz Werner, o “Direito Administrativo é o Direito Constitucional concretizado”.

Portanto, o controle judicial dos atos administrativos, que antes se restringia tão-somente à verificação da legalidade, ao exame da regra jurídica, deve ser ampliado para fins de averiguação da constitucionalidade dos atos administrativos, através do controle da juridicidade, ou seja, da verificação de sua compatibilidade com os princípios da Administração Pública positivados na Lei Fundamental.

E isto porque não se questiona mais na atualidade a ideia de que o ordenamento jurídico está pautado tanto por regras como por princípios.

Segundo Paulo Bonavides, não há distinção entre os princípios e normas, pois os princípios são dotados de normatividade, sendo que as normas compreendem regras e princípios. As normas são o gênero, dos quais são espécies as regras e os princípios.⁴

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

Louvável a observação de Germana de Oliveira Moraes quando afirma que: “Como fruto da constante e renovada relação dialética entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o *direito por regras* do Estado de Direito cedeu lugar, no constitucionalismo contemporâneo, ao *direito por princípios*.⁵

Ademais, denota-se que o controle dos atos administrativos esteve sempre em evolução desde os primórdios da organização estatal.

De uma ausência total de controle em período anterior ao Estado Democrático de Direito, seguiu-se a criação de teorias que possibilitassem o controle dos atos administrativos.

E dentre as tais teorias encontram-se a teoria do desvio de finalidade, a dos motivos determinantes e por último, a teoria dos princípios, baseada na Juridicidade.

Sendo assim, hodiernamente, o ato administrativo discricionário deve respeitar não só a lei em sentido estrito, mas também os próprios princípios contidos na Magna Carta, sob pena de ser considerado um ato inválido.

Tanto é assim que os Tribunais apreciam a conformidade de tais atos de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Exemplificando esta tendência, pode-se mencionar o que afirmou o Ministro Celso de Melo no sentido de que “é preciso evoluir cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial”.⁶

5. CONCLUSÃO

O ato administrativo deve, portanto, estar em consonância com todo o ordenamento jurídico, com as regras e os princípios. E, para tanto, a motivação se faz necessária.

É através da motivação que o Poder Judiciário aprecia os motivos elencados pela Administração Pública para a prática do ato

⁵ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

⁶ Cf. Mandado de Segurança nº 20.999, julgado em 21.03.1990, in DJ de 25.05.90. p. 4.605. e RTJ 131-3/1101.

administrativo, através de um controle de legalidade diante do ordenamento jurídico como um todo, que envolve não só as regras, mas também os princípios, sem jamais adentrar efetivamente nas questões de mérito propriamente ditas, concernentes à conveniência e oportunidade, as quais devem ser confiadas à Administração com exclusividade.

Em suma, a necessidade de motivação nos atos administrativos discricionários é uma tendência fruto da evolução do Direito Contemporâneo, que cultua não somente a lei, mas também os princípios constitucionais, em especial a publicidade e a moralidade.

Daí que atualmente a regra geral para qualquer ato administrativo, seja ele discricionário ou mesmo vinculado, é a declaração dos motivos que justificaram a sua prática, sendo que somente excepcionalmente deve ser dispensada a motivação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MORAES, Gernana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

A PRISÃO EM FLAGRANTE À LUZ DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Filipe Côrtes de Menezes, analista do Ministério Público do Estado de Sergipe, advogado (OAB/SE), formado em Direito pela Universidade Tiradentes, pós-graduado em Direito Público. Autor do livro *Direito constitucional: normas de Aracaju à luz da constituição sergipana*; do artigo *Estudo comparado do instituto da prisão em flagrante em Um estudo comparado acerca do instituto da prisão em flagrante delito no código de processo criminal do Estado de Sergipe e no código de processo penal brasileiro* (coautoria) entre outros. Contato: filipe_cortes@yahoo.com.br

RESUMO: A ciência jurídica para ser mais bem compreendida deve ser analisada como um todo e não apenas de forma parcial, sob a ótica individual e limitada de determinado ramo, especialização jurídica. Neste enfoque se coloca o estudo do instituto do flagrante delito, cotidianamente tratado pelo foco apenas do processo penal. Abordase e demonstra-se no presente artigo a forte vinculação daquele instituto com o Direito Administrativo, em virtude da sua natureza, abordada inclusive por alguns processualistas penais, de ato administrativo, submetendo-se em decorrência a vários aspectos estudados na teoria do “ato administrativo”.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão em flagrante; processo penal; ato administrativo.

ABSTRACT: Legal science most to be understood must be analyzed as a whole and not only of partial form, under individual and limited optics of determined branch, legal specialization. In this approach if it places the study of the institute of the crime detected in the act, daily treated for the focus only of the criminal proceeding. It is approached and one demonstrated in the present article the strong entailing of that institute with Administrative law, in virtue of its nature, boarded also

for some criminal procedures, of administrative act, submitting itself in result to some aspects studied in the theory of the “administrative act”.

KEYWORDS: Caught in the act; criminal proceeding; administrative act.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A prisão em flagrante delito no sistema processual; 2. Ato administrativo (breve análise); 3. Prisão em flagrante no direito administrativo; 4. Considerações finais; referências.

INTRODUÇÃO

A ciência jurídica para ser considerada como tal tem que ter necessariamente um objeto de estudo, assim como métodos, caminhos científicos, que possibilitem a comprovação dos resultados esperados, da teoria elaborada. De igual sorte, assim como as demais ciências, o Direito é subdividido, apenas para fins didáticos, de facilitação da sua compreensão, em subáreas, em “ramos jurídicos”.

Neste diapasão, como já deixado subentendido na assertiva anterior, tais especializações jurídicas (Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Processual...) são todas inter-relacionadas, conectadas, pelo liame dos princípios gerais, dentre os quais se sobrepõe a “justiça” no sentido dado por Ulpiano. Conexão também ocorrente à luz da igualdade de vetor axiológico maior (princípios e normas constitucionais).

É neste contexto de unidade que se apresenta a presente proposta de análise do instituto da prisão em flagrante delito, num estudo interligado (método) com o Direito Administrativo, em especial com a teoria do Ato Administrativo, sem esquecer as características apontadas e há muito delineadas pela doutrina e jurisprudência processual penal. Trata-se em verdade de aproximar “irmãos-jurídicos” que se olham, mas não se reconhecem.

Assim, inicialmente realizou-se uma abordagem do instituto de acordo com a doutrina processual penal, abordando os diversos

aspectos como conceito, etimologia, procedimento, sujeitos ativo e passivo, e natureza jurídica.

A partir deste último ponto, natureza jurídica se traçou um elo da análise da prisão em flagrante à luz do Direito Administrativo, em especial no contexto da *Teoria do Ato Administrativo*, com todas as suas particularidades (classificação, controle do ato...). Para concluir pela incidência do instituto em ambas as áreas jurídicas.

1. A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO NO SISTEMA PROCESSUAL

A palavra “flagrante” suscita a ideia de surpresa, de modo a representar aquela situação concreta em que alguém é surpreendido no momento em que age no ilícito penal, sem que esta pessoa imaginasse que outrem a veria naquele instante. É na gíria popular, na sabedoria popular melhor dizendo, quando “se é pego com a mão na massa”, destacando-se que mesmo na área jurídica nem sempre se deve desprezar tal conhecimento, uma vez que é no contexto social donde nasce a norma jurídica.

O ilustre mestre Tourinho Filho¹ descreve a origem do termo “*flagrante*”, “do latim *flagrans, flagrantis*, do verbo *flagare* (queimar), significa ardente, que está em chamas, que está ardendo, crepitando”, o que destaca a característica do tempo entre a ocorrência do ato legalmente reprovável e a apreensão daquele que o pratica.

A prisão em flagrante está positivada no artigo 301 do Código de Processo Criminal, nos seguintes termos: “Qualquer do povo **poderá** e as autoridades policiais e seus agentes **deverão** prender **quem quer que seja** encontrado em flagrante delito”. (grifos nossos). Em Sergipe, no código criminal estadual revogado, estava no art. 26².

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.41.

² MENEZES, Filipe Côrtes de; CARMO, Sílvia Tamara M. do; PASSOS, Priscila Barreto; GALDINO, Márcia Cristina V.R. *Um estudo comparado acerca do instituto da prisão em flagrante delito no código de processo criminal do Estado de Sergipe e no código de processo penal brasileiro*. Artigo inédito.

Interpretando o primeiro dispositivo (art. 301 do CPP) se percebe ser seu sujeito ativo (quem prende) a autoridade policial de forma obrigatória, e, *facultativamente*, qualquer pessoa do povo³ (não sendo necessariamente cidadão no sentido dado pela lei eleitoral, muito menos nacional) e sujeito passivo (quem é preso) o *suposto* autor da infração penal-e aqui ressalto o adjetivo em vista do dogma constitucional da *presunção de inocência*.

A obrigatoriedade de prender da autoridade pública decorre do inequívoco dever constitucional do Estado (art. 5º, caput, e art. 144, caput, ambos da CF/88) o qual é materializado, cotidianamente, na pessoa daquele, de assegurar a todos a segurança pública, sem qual o direito de liberdade fica sem efetivação real, uma vez que, por exemplo, na realidade brasileira, cada vez mais o povo brasileiro se encarcera em seus próprios lares e em seus corações, gerando a eterna desconfiança no outro.

Já a faculdade de efetuar a prisão em flagrante decorre de verdadeiro espírito de cooperação entre sociedade e Estado e na medida em que, em regra, os seus membros não detêm a adequada preparação técnica e até logística, para efetuar o ato jurídico da referida prisão. Bem como se caracterizaria em verdadeira incongruência exigir-se de um popular pôr-se em risco a sua incolumidade física ao existir outra pessoa (Estado) mais apta a efetuar o ato, configuraria afronta ao próprio dogma constitucional da proporcionalidade.

A necessidade da efetivação imediata do ato cerceador da liberdade não afronta, *a priori*, o princípio da presunção de inocência levando-se em consideração que a sua não realização colocaria “em cheque” a própria credibilidade das instituições, em especial do Poder Judiciário, tendo-se em conta o Dever Estatal já comentado, de garantir a segurança pública a todos. Mostrar-se-ia contraditório se o ente político estatal não punisse o delinquente ante a *certeza visual de fato do delito*, a qual adquirirá ou não a forma de *certeza jurídica* ao longo do desenvolvimento da relação processual adequada (art. 5º, incs. LIV e LVII da CF/88).

³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Uma vez efetivada a prisão é seguido todo o procedimento legal previsto na lei adjetiva penal ocorrendo em resumo da seguinte forma: o agente Estatal prende o infrator da lei penal e o encaminha à presença da autoridade policial que presidirá o eventual inquérito (delegado de polícia), sendo lavrado ao auto de prisão em flagrante após serem ouvidos o condutor, o infrator e eventuais testemunhas.

De imediato, à luz de imperativo inclusive constitucional (art. 5º LXII da CF/88), devem ser comunicados da prisão a família do infrator, a autoridade judicial, e até o defensor público, na hipótese da Lei 11.449/07. E ainda, será entregue, em até 24 horas, a nota de culpa (art. 306 do CPP) àquele para ter conhecimento da acusação lhe imputada e possibilitando ao mesmo um melhor controle do ato restritivo estatal, inclusive através do remédio heróico do Habeas Corpus.

Por derradeiro, em sede de procedimento, o suposto autor da infração penal será posto em liberdade se a infração for qualificada pela lei como *afiançável* - art. 322 do CPP (delito punido como pena de prisão simples ou detenção) ou nos casos em que o réu *livrar-se solto* (art. 321 do CP). E no caso da Lei 9.099/95 (parágrafo único do artigo 69) o infrator do delito de menor potencial ofensivo não será preso caso se comprometa a comparecer à autoridade judicial de imediato, após apresentação à autoridade policial, na delegacia.

A natureza jurídica do ato de prisão em flagrante do *ponto de vista puramente processual*, em que pese, à primeira vista, parecer satisfativo, é em verdade, como apontado de forma pacífica pela doutrina processual penal, *medida cautelar*; justamente são seus “requisitos” a imediata clausura daquele que aparentemente é o autor do delito (fumaça do bom direito), somando-se ao fato de que a sua não efetivação poderia por em sério risco (perigo da demora) a eficácia do processo principal (Ação penal pública ou privada), tendo em vista que o infrator poderia, por exemplo, se ausentar da comarca.

Já do ponto de vista do Direito Administrativo, como apontado por alguns processualistas inclusive⁴, é de *Ato Administrativo*, o que é

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2006

plenamente compreensível porque tal clausura decorre de ser o ato emanado não da autoridade judicial, ao menos em regra, mas, em princípio, de autoridade policial, o qual é agente da Administração Pública, materializado no mundo dos fatos de sua vontade.

Tal natureza permanece ainda que a prisão seja efetivada por qualquer popular em vista de que este age, no caso em tela, em verdadeiro exercício de *função pública*, guardando algumas semelhanças com o ato do mesário, e do jurado, em que naquele momento são *Agentes do Estado*.

2. ATO ADMINISTRATIVO (BREVE ANÁLISE)

Como espécie do ato jurídico, gênero do qual se criam ou extinguem direitos entre determinados sujeitos, o ato administrativo é aquele praticado pela Administração Pública no exercício da gestão da coisa pública, através de um de seus agentes legalmente competente, e visando-se sempre o bem comum.

Tal ato surgiu com o objetivo de se diferenciar entre os atos praticados de forma típica pelas outras esferas do Poder (Legislativo e Judiciário) e dos atos privados⁵ (atos civis), como os atos em que a Administração Pública celebra com os particulares em igualdade de condições, v.g os atos de gestão, sem portanto a particularidade da sua supremacia jurídica e autoexecutoriedade próprios do ato administrativo.

De igual sorte, o ato administrativo não se confunde com o chamado ato da Administração. Com efeito, existem atos praticados por aquela e que não se configuram como ato administrativo, a exemplo de: a) *atos regidos pelo direito privado*, comentados supra; os *atos materiais*, denominados “*fatos da Administração*” e os *atos políticos* nos quais há uma maior discricionariedade emanada diretamente da Carta Magna⁶.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 350.

⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello *apud* Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 351-352.

Por derradeiro, com fulcro na mesma doutrina administrativa se pode conceituar tal ato como sendo, *in verbis*:

“Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes-como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”⁷

Como qualquer realidade, ainda que não jurídica, o ato administrativo é formado de partes que se integram para formar um todo e sem as quais este não tem sentido. São justamente os chamados elementos do ato Administrativo, a saber: *agente competente*, ditada esta competência pela lei ou pela Constituição; *objeto lícito, possível e determinado* (conteúdo); *forma prescrita em lei* (pois, com espeque na segurança jurídica, ao revés do direito privado, em regra os citados são solenes); *motivos expressos* a fim de possibilitar um controle judicial, e *finalidade pública* (interesse público, bem comum).

O primeiro elemento, *sujeito*, é indissociável do adjetivo *competente*, podendo-se entender a referida competência como sendo o **“conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo”**⁸. O segundo elemento, o *objeto*, está justamente a traduzir o conteúdo do ato, a sua essência. O terceiro elemento citado é a *forma*, modo pelo qual o ato se corporifica no *“mundo dos fatos”*. O quarto elemento são os *motivos* que o ato, o porquê de sua realização, o fator que levou a administração a realizar o mesmo. Na escolha dos motivos do ato há uma vinculação do ato aos motivos expostos, no exato sentido dado pela Teoria dos Motivos Determinantes⁹.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 352.

⁸ PIETRO, Maria Sílvia Zanella di. *Direito administrativo*. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 213.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 197.

Neste sentido a necessidade da motivação do ato, de igual sorte como ocorre no Poder Judiciário, em relação ao ato judicial. E o quinto e último elemento é a finalidade que deve sempre se coadunar com a realização dos interesses da coletividade e nunca do Administrador, unilateralmente, sob pena de desvio de poder.

Ainda no que se refere a atos administrativos pode-se asseverar que uma das classificações pertinentes aos mesmos é a que os subdividem em *discricionários e vinculados*. Os primeiros são aqueles em que o agente administrativo tem uma maior liberdade de escolha entre as diversas opções da lei para solução de determinada questão concreta que lhe é posta. *Discricionariedade* que não se confunde com *arbitrariedade* da qual está ínsita a ideia da prevalência da vontade egoísta do agente, e desvinculada da finalidade lei. Existem no ato discricionário a *conveniência e oportunidade* (mérito administrativo) do Administrador na prática do ato. Portanto liberdade na *escolha do objeto e dos motivos*.

Já o ato administrativo se destaca justamente pelo fato de todos os seus elementos estarem taxativamente descritos na lei, de modo que não resta nenhuma margem ao administrador na prática do ato, devendo-se, portanto se ater inteiramente aos ditames legais. A impossibilidade jurídica de que todos os atos administrativos sejam vinculados decorre justamente pela existência dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*, presentes nas normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais e que conferem ao direito a carga axiológica que lhe é ínsita.

Assim como ocorre no Poder Judiciário em que os seus atos típicos são controlados através dos remédios recursais ou ações constitucionais, no Poder Executivo existe, de igual sorte, um controle interno da legalidade e da finalidade pública (no caso dos atos discricionários); e da conveniência e oportunidade (no caso dos atos discricionários). Conquista advinda justamente na mudança no sistema de Estado, na medida em que num passado não muito distante o “rei” se confundia com o Estado e não permitia qualquer espécie de controle, ainda que advindo de seus próprios funcionários.

Neste particular, podemos delimitar tal controle da forma como aponta o renomado jurista da seara do Direito, em análise que ao defender em seu livro sobre Direito Administrativo que:

“A Administração Pública, como instituição destinada a realizar o Direito e a propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, com destaque para o da moralidade administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. A legitimidade da atividade decorre do respeito à lei e aos referidos princípios. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarra-se da lei, divorciar-se dos princípios, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal...”¹⁰

3. PRISÃO EM FLAGRANTE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Passado o momento de abordagem isolada dos dois ramos jurídicos envolvidos na temática (Direito Processual Penal e Direito Administrativo), mister se faz agora uma síntese e integração dos mesmos no ponto específico delineado, a saber: o instituto da prisão em flagrante delito.

Cuida-se, como já assentado, de um estudo que considera, sobremaneira, a realidade científica da unidade do Direito e interligação entre seus ramos. Decorre, portanto da *interpretação sistemática* da norma jurídica, entendendo-a dentro do macrosistema de toda a ciência, em especial na comunicação real entre o direito processual penal e direito administrativo no foco abordado.

Muito bem já se exprimiu a doutrina hermenêutica mais balizada ao comentar sobre o trabalho exegético norte-americano, o que de certa forma se aplica àquela interpretação sistemática, da seguinte forma:

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 198.

“Os norte-americanos preferem ao trabalho analítico, ao exame da lei isolada, à *Interpretação* propriamente dita, o esforço sintético, a que apelidam *Construção*. Para eles, o jurista reúne e sistematiza o conjunto de normas; e com o seu espírito ou conteúdo forma um complexo orgânico. Ao invés de criticar a lei, procura compreendê-la e nas suas palavras, confrontadas com outras do mesmo ou de diferente repositório, achar o Direito Positivo, lógico, aplicável à vida real. A interpretação atém-se ao texto, como a velha exegese; enquanto a Construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico...”¹¹ (grifos nossos)

Ainda acerca da interpretação jurídica e sua relação com hermenêutica e a teoria do Direito assim se manifestou o ilustre jurista sergipano da Corte Constitucional, *ipsis literis*:

“Mas não somente com a Interpretação Jurídica é que a Hermenêutica mantém um necessário vínculo operacional. Ela, Hermenêutica, também se enlaça operacionalmente à Teoria do Direito, porque, no fundo, **é parte dessa Teoria**: aquela parte que tem especial serventia para a interpretação jurídica em concreto”¹²

Já dissemos que o ato da prisão em flagrante é classificado pela doutrina processual penal como *ato administrativo*. Contudo a mesma doutrina não especifica a espécie de ato. Trata-se com razão de *ato vinculado*, com o exato alcance dado na abordagem geral do capítulo

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 33.

¹² BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.143.

anterior, ou seja, aquele ato em que todos os seus elementos estão todos taxativamente delineados na lei, inexistindo o chamado *mérito administrativo*.

Com efeito, o primeiro elemento consiste no *sujeito competente* do ato que é ou a autoridade policial ou qualquer do povo, expressamente *definidos na lei* (CPP). O segundo elemento é o *objeto* (*conteúdo do ato*) consistente na própria clausura imediata e precária (porque pode a qualquer momento ser desfeito pela autoridade judicial ou pelo próprio delegado, quando verificar, por exemplo, *a posteriori*, se tratar de fato atípico).

O terceiro elemento do ato é a *forma* que, de igual sorte, no direito administrativo, é escrita para possibilitar uma maior segurança ao destinatário daquele e em virtude do *status* do direito posto em cheque, *a liberdade*. O quarto elemento são os *motivos do ato* que deverão ser expressos (motivados), ainda que sucintamente, na nota de culpa a ser fornecida de imediato ao suposto infrator. Ressaltando-se que se aplica de igual sorte no particular a *teoria dos motivos determinantes*, ocorrendo portando uma vinculação entre os motivos declarados e a prática do ato.

O quinto e último elemento do ato administrativo é a *finalidade* que de igual sorte ao ato administrativo em geral é pública, qual seja a defesa quase que imediata da segurança pública através da defesa do ordenamento jurídico penal. Trata-se de uma resposta concomitante à infração penal, numa aplicação da ideia geral e física da reação como consequente da ação oposta.

De igual sorte ao que ocorre no Direito Administrativo, o ato de flagrante poderá ser controlado administrativamente, pela autoridade superior, em sua legalidade e finalidade, inexistindo ao contrário controle de conveniência e oportunidade por se tratar de *ato vinculado*. Neste diapasão, lavrado o auto de prisão em flagrante, o suposto infrator pode, além de buscar remédios processuais requerer à autoridade superior administrativa, através de seu causídico (art.133 da CF/88) a revisão do ato.

O controle administrativo do ato supracomentado encontra previsão expressa, ainda que discreta, na própria lei adjetiva penal (art.5,

Pode de igual forma, aquela autoridade realizar um controle dos motivos para ver se os declarados na nota de culpa coincidem com os reais motivos do ato de flagrante (*Teoria dos Motivos Determinantes*) evitando-se muitas vezes prisões ilegais e de perseguições, muito comuns em regimes ditatoriais.

Assim, diante do todo abordado demonstrou-se ser imperiosa a compreensão de qualquer instituto jurídico, como o é o “*flagrante delicto*” dentro do *sistema jurídico* (na noção que lhe é dada por Kant¹³ acerca deste), em especial administrativo, como forma inclusive de se propiciar, talvez de forma ainda mais célere e efetiva, o principal princípio geral do direito, que deve ser fonte impulsionadora de qualquer aplicador da lei (Juiz ou Administrador), *a justiça*.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso compreender, *interpretar*, o Direito como inserido num todo orgânico, e de igual maneira o instituto da prisão em flagrante entendido completamente através de um estudo conjunto entre Direito Administrativo e do Processo Penal.

O instituto da prisão em flagrante indica surpresa, pois configura justamente quando o suposto infrator da lei penal é encontrado no momento da consumação daquela, ou seja, a realização de todos os elementos do tipo penal, o que reclama uma reação imediata do Estado como medida de garantir a segurança pública e a credibilidade das instituições.

O sujeito ativo da prisão em flagrante pode ser tanto a autoridade do Estado quanto qualquer do povo, já o passivo é o autor do delito. O ato de constrição da liberdade em nada afronta o princípio da presunção da liberdade em vista da certeza visual do crime. Após a lavratura do ato há todo um procedimento para formalizá-lo previsto no CPP.

O ato de prisão em flagrante é classificado como ato administrativo possuindo todos os elementos próprios deste como *sujeito competente*,

¹³ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.35.

objeto, motivos, forma escrita, e finalidade pública. Dentre aqueles atos, ele está rotulado como *ato vinculado*, pois todos os elementos estão descritos taxativamente no diploma legal, no caso o CPP.

O sujeito ativo do ato da prisão em flagrante é a autoridade policial ou qualquer do povo. O objeto é a própria prisão em flagrante. A forma é a escrita, sendo que os motivos estão expressos na nota de culpa. A finalidade é pública (arts. 5º e 144, ambos da CF/88).

Assim como todo ato administrativo está sujeito a controle, por parte da autoridade superior, da sua legalidade, finalidade pública e ainda da perfeita correspondência entre os motivos declarados no ato formalizador do flagrante e os reais motivos (*Teoria dos Motivos Determinantes*).

Neste diapasão, a autoridade superior, chefe de polícia, nos termos do CPP, muito mais do que uma faculdade terá o dever de rever o ato de prisão em flagrante como maneira inclusive de garantir uma maior proteção ao precioso direito de liberdade, garantido até o término regular do processo penal pelo princípio da *presunção de inocência*. Ademais, é consentâneo da Teoria do Ato Administrativo o dever que tem a Administração de anular os seus atos ilegais, em dissonância com a finalidade da lei e com os motivos do ato.

Por derradeiro, encerra-se esta breve exposição pela nítida compreensão que não é dado ao intérprete, ao buscar o real alcance do sentido das normas, do seu espírito, do seu valor e alcance social, realizar uma exegese puramente pontual do dispositivo ou da área do direito abordada. A visão da ciência como um todo orgânico mostra-se como uma forma mais confiável de localizarmos seu objeto, e por fim chegarmos mais próximo da tão sonhada *Justiça*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Imprensa Oficial, 1988.

BRASIL. *Código de processo penal*. Brasília: Imprensa Oficial, 1941.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

- CUNHA, Sergio Sérvulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DA LEI MARIA DA PENHA

Fábio Dantas de Oliveira, Assessor de Procurador de Justiça, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Licenciado em Letras pela Universidade Tiradentes (UNIT), Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Sergipe (FASE), Pós-Graduado em Direito Educacional pela UNIT. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA).

RESUMO: O presente trabalho aborda as implicações práticas da Lei Maria da Penha, um estatuto criado para tornar mais eficiente o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, e que trouxe inovações no processo judicial, nos papéis e atribuições das autoridades policiais, do Magistrado e do Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha; violência doméstica; mulher.

ABSTRACT: This paper addresses the practical implications of the Maria da Penha Law, a statute designed to make it more efficient to combat domestic and family violence against women, and that has brought innovations in the judicial process, the roles and responsibilities of the police, the Magistrate and the Public Ministry.

KEYWORDS: Domestic violence; Maria da Penha Law, woman.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve abordagem histórica sobre a Lei Maria da Penha; 3. Implicações práticas da Lei nº 11.340/06; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente trabalho é a implicação prática da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), criada para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Trata-se de um assunto de relevância teórica e prática, haja vista ser um tema atual e polêmico, bastante discutido pela sociedade. Além disso, busca-se fazer um comparativo no número de atendimentos das vítimas de violência doméstica, antes e após o advento da lei, bem como sua atuação prática, tanto na fase policial como na judicial.

2. ABORDAGEM HISTÓRICA SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, ganhou este nome em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica cearense que foi casada com o professor universitário Marco Antonio Herredia Viveros, que tentou assassiná-la por duas vezes.¹

Em 29 de maio de 1983, Maria da Penha foi vítima de violência praticada por seu ex-marido, que, simulando um assalto na residência do casal, disparou contra ela um tiro nas costas enquanto a mesma dormia, deixando sequelas permanentes: paraplegia nos membros inferiores. A segunda tentativa de homicídio aconteceu dias depois de a vítima regressar do hospital, quando Viveros empurrou Maria da Penha da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro.²

Herredia foi a júri duas vezes: a primeira, em 1991, sendo condenado pelo júri a 8 (oito) anos de prisão, mas os advogados do réu anularam o julgamento um ano depois. Levado a novo julgamento, em 1996 o réu foi condenado a 10 (dez) anos e seis meses, recorrendo em liberdade. Viveiros só foi preso em 2002, para cumprir apenas dois

¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 21.

² Ibid. p. 22.

anos de prisão. Entre a prática da dupla tentativa de homicídio e a prisão do criminoso transcorreram 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses.³ Como visto, tal episódio retrata a morosidade e ineficácia da justiça criminal brasileira, que muitas vezes favorece a impunidade dos agressores, especialmente nos casos de violência doméstica.

Diante da inércia da justiça brasileira, o Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), juntamente com Maria da Penha, formularam denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – órgão internacional cujo objetivo principal é promover a observação e a defesa dos direitos humanos, atuando como órgão de consulta da OEA nesta matéria - que, pela primeira vez, acatou uma denúncia de violência doméstica.⁴

O processo da OEA reconheceu a negligência do Brasil em relação à punição contra a violência doméstica, recomendando, por tal razão, que fosse criada uma legislação adequada para o tratamento desse tipo de violência. Pela Comissão da OEA foi publicado em 16 de abril de 2001 o Relatório nº. 54, que impôs o pagamento de indenização no valor de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha e responsabilizou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica.⁵

Como visto, o Brasil precisou ser responsabilizado perante uma Corte Internacional diante da omissão e retardamento no cumprimento da legislação atinente à violência contra as mulheres, para mobilizar o Estado brasileiro a criar uma legislação específica e mais abrangente acerca da matéria, em conformidade com as diretrizes traçadas na normativa internacional sobre a questão.

Depois das tentativas de homicídio, Maria da Penha começou a atuar em movimentos sociais contra violência e impunidade e hoje é coordenadora de Estudos, Pesquisas e Publicações da Associação de Parentes e Amigos de Vítimas de Violência (APAVV) na cidade de

³ Ibid.

⁴ Ibid. p. 24-25.

⁵ Ibid. p. 26.

Fortaleza-CE, atuando, ainda, junto à Coordenação de Políticas para as Mulheres da prefeitura de Fortaleza.⁶

Em março de 2008, o governo do Estado do Ceará, em atendimento à recomendação da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, concordou em pagar a Maria da Penha, a título de indenização, o valor de sessenta mil reais, como reparação pela demora na conclusão do processo-crime que culminou com a condenação do réu Marco Antonio Herredia Viveros.⁷

3. IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DA LEI Nº 11.340/06

A Lei Maria da Penha representa uma grande conquista do movimento de mulheres, pois até pouco tempo atrás a maioria das situações de violência que permeiam a vida das mulheres não recebia uma resposta no campo normativo tida com adequada diante da especificidade desse tipo de violência.

Tem-se constatado que as situações de violência doméstica e familiar contra a mulher são fruto de sua condição geral de subordinação e submissão aos ditames masculinos, que refletem posições hierárquicas e antagônicas entre homens e mulheres.⁸

Quantificar a violência é uma tarefa muito difícil, pois grande parte da violência praticada contra as mulheres ainda permanece oculta. Trata-se de uma lacuna de conhecimento que a moderna criminologia trata com o jargão de “cifra negra” (cifra oculta).

A “cifra negra” representa, simplesmente, o número de delitos sofridos pelas vítimas, mas que por diferentes razões não são levados ao conhecimento das autoridades do sistema de justiça criminal. A despeito desse tema, é mister transcrever as palavras de Gomes:

Como se sabe, as pesquisas revelam que praticamente só são perseguidos os delitos noticiados. A vítima tem em suas mãos, portanto, a chave da movimentação do sistema legal.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Op. Cit. p. 213.

Considerando que hoje existe muita preocupação com o controle da efetividade do sistema legal e de seu bom funcionamento, é óbvio que justifica indagar as razões do comportamento da vítima: como se explica sua conhecida passividade ou falta de colaboração com o sistema legal e suas consequências para o mesmo (...)

São muitos os fatores que contribuem para a decisão da vítima de “não noticiar” o delito.

Uns derivam do impacto psicológico que o próprio delito causa à vítima: temor, abatimento, depressão. Muitas vezes desencadeiam-se mecanismos de atribuição interna ou autorresponsabilização como possíveis respostas a um evento que a vítima não consegue explicar. Tudo isso reforça a tendência de não noticiar o fato delitivo (...)

Na decisão de noticiar o delito prevalecem, por seu turno, outras motivações, pelo que se depreende de diversos estudos: o desejo de vingança, o propósito de conseguir alguma compensação econômica ou de recuperar algum objeto, o de prevenir posteriores vitimizações, o mero imperativo moral de colaborar com a justiça etc.⁹

Gomes destaca, também, como fatores que fazem a vítima silenciar, o medo da vitimização secundária, ou seja, de expor-se ao sistema penal, bem como de possíveis represálias por parte do suspeito, além de aspectos referentes à relação pessoal da vítima com seu vitimizador, o que ganha destaque quando a violência é de gênero intrafamiliar.¹⁰

Conforme ficou demonstrado no Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos – FNEDH:

⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García Pablo de. *Criminologia*. 3. ed. rev, atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 83.

¹⁰ Id.

A Sociedade Mundial de Vitimologia, instituição sediada na Holanda, em pesquisa sobre a condição feminina em 54 países, concluiu em 2005, que as mulheres brasileiras são as que mais sofrem com a violência no âmbito familiar: 23% das mulheres estão sujeitas à violência doméstica no Brasil. Além disso, em cerca de 70% dos incidentes de violência contra a mulher, o agressor é o próprio marido ou o companheiro. Em mais de 40% dos incidentes, ocorrem lesões corporais graves. No entanto, apenas 2% das queixas referentes a esses crimes resultam em punições. A gravidade da situação se confirma quando essas informações são cotejadas com os resultados de pesquisas realizadas por outras instituições voltadas para a defesa dos direitos da mulher. Levantamento realizado pelo Movimento Nacional dos Direitos Humanos constatou que 72% dos assassinatos de mulheres foram cometidos por homens que privavam de sua intimidade.¹¹

Não obstante a presença da cifra negra, conforme notícia publicada no dia 12 de janeiro de 2009, as denúncias de violência contra mulher cresceram 27,5% no ano de 2008, devido à divulgação da Lei Maria da Penha. No Brasil, em 2007 o número de denúncias de casos de agressão foi de 20 mil, e em 2008 totalizou 25,5 mil. Segundo a referida pesquisa, o aumento pela procura ao auxílio deve-se à maior divulgação do serviço e à sanção em 2006 da Lei Maria da Penha, que leva à cadeia acusados de agredir mulheres.¹²

¹¹ Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres:

Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica. Setembro/ 2006. Disponível em: <http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2008.

¹² Balanço divulgado hoje pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM). Uol Notícias. Agência Estado *Denúncias de violência contra a mulher crescem 27,5%*. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/agencia/2009/01/12/ult4469u35943.jhtm>>. Acesso em: 14 de jan. 2009.

Em Aracaju, na Delegacia de Proteção à Mulher, o procedimento no tocante à violência doméstica e familiar é o seguinte:¹³

- 1) Registro da ocorrência policial;
- 2) Atendimento pela delegada;
- 3) Expedição de guia para exame;
- 4) Encaminhamento à Casa do Abrigo;
- 5) Representação de Medidas Protetivas;
- 6) Instauração do Inquérito Policial.

Como visto, a autoridade policial formaliza todas as provas levadas pela vítima, providenciando a devida inserção do Boletim de Ocorrência, com a qualificação da vítima e do agressor, bem como a descrição sucinta dos fatos e das medidas protetivas pleiteadas pela ofendida. Além dessas providências, deverá ainda a Autoridade Policial, de imediato:

- Garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;
- Encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico-Legal;
- Fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de morte;
- Se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences ao local da ocorrência ou do domicílio familiar;
- Informar à ofendida dos direitos a ela conferidos na Lei e os serviços disponíveis (inclusive das garantias protetivas);
- Representar pela prisão preventiva do agressor, nos casos em que a Autoridade entender a ocorrência de risco à vida da ofendida (art. 20);
- Comunicar ao Juízo no caso de descumprimento das medidas protetivas de urgência (CPP, art. 313, IV), além da configuração do crime de desobediência à ordem judicial, com viabilidade da incidência das disposições do art. 461 e 461-A do CPC.¹⁴

¹³ MAGALHÃES, Érika Farias Fonseca. Entrevista concedida ao pesquisador na Delegacia de Proteção à Mulher, no dia 04 de fevereiro de 2009.

¹⁴ Id. p. 656.

Após tal procedimento, a pretensão da autora será formalizada através de expediente que será encaminhado ao Juízo, devendo este decidir nas primeiras 48 horas (LMP, art. 18), bem como designar audiência conciliatória.¹⁵

Em termos estatísticos, em Aracaju¹⁶, entre janeiro e agosto de 2006, antes da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, foram registrados 909 Boletins de Ocorrências. Entre setembro a dezembro do mesmo ano registraram-se 1.002 Boletins de Ocorrências. No ano de 2007, houve 2.004 ocorrências. Entretanto, apenas 279 inquéritos foram instaurados. Em 2008, até o mês de novembro, 1.901 ocorrências foram registradas na Delegacia, sendo instaurados até o final do ano 439 inquéritos.¹⁷

Como visto, após a Lei Maria da Penha houve um aumento considerável do número de ocorrências. Para a Delegada Érika Farias Fonseca Magalhães, Delegada de Polícia Civil que responde junto à Delegacia de Proteção à Mulher, isso ocorreu em face da grande divulgação, na mídia, da Lei Maria da Penha, bem como pelo empenho dos órgãos envolvidos, como a Delegacia, a Casa Abrigo, o Disk Denúncia, Postos de Saúde que fazem a notificação à Delegacia responsável, dentre outros.

Por fim, cumpre destacar que a aludida delegacia não conta com uma equipe multidisciplinar para acompanhamento das vítimas e agressores, sendo tal trabalho realizado por uma assistente social que atua junto àquele órgão.

Ressalte-se que a equipe multidisciplinar é de primordial importância, uma vez que é composta de especialistas que podem interagir para o trabalho de tratamento, recuperação e assistência das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ela é composta por profissionais da área psicossocial (psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais), jurídica (advogados, bacharéis em direito e estagiários da área jurídica) e de saúde (médicos, enfermeiros, fisioterapeutas e outros).¹⁸

¹⁵ CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Op. Cit. p.350.

¹⁶ Dados estatísticos obtidos na Delegacia de Proteção à mulher, com Endereço na Av. Augusto Maynard, 248, Bairro São José, Aracaju-SE. Tel. (79) 3123-1238/3211-1510.

¹⁷ Fonte: MAGALHÃES, Érika Farias Fonseca. Id.

¹⁸ CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Op. Cit. p. 446.

Observa-se que há um déficit de pessoal nos órgãos públicos para o atendimento dos casos de violência doméstica, apesar de o art. 36 da Lei Maria da Penha determinar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios “poderão” promover dotação orçamentária para a implementação das medidas estabelecidas na referida lei.¹⁹

Todavia, o termo “poderão” não pode ser interpretado como mera liberalidade, uma vez que a palavra deve ser analisada dentro do contexto dos princípios e diretrizes da lei, que busca de todas as formas garantir a implementação de tais políticas públicas. Trata-se de um poder-dever, ou seja, uma obrigação do administrador público, que deve agir com os ditames legais, sob pena de pôr em risco a efetividade da lei.²⁰

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Maria da Penha, com vigência a partir de 22 de setembro de 2006, é fruto de uma conquista histórica de movimentos de mulheres e feministas, cujo propósito foi criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Entretanto, apesar de ter sido uma proposta inovadora, ainda está longe de ser efetivada em sua plenitude, diante da falta de dotação orçamentária do Estado capaz de viabilizar a instalação do aparato necessário para a sua efetivação em todos os níveis de governo.

Portanto, espera-se que o Poder Público promova esforços no sentido de aparelhar a máquina administrativa para que seja atendido o objetivo primordial da Lei Maria da Penha, qual seja a prevenção e coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha).

¹⁹ Art. 39.A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no limite de suas competências e nos termos das respectivas leis de diretrizes orçamentárias, poderão estabelecer dotações orçamentárias específicas, em cada exercício financeiro, para a implementação das medidas estabelecidas nesta Lei.

²⁰ CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Op. Cit. p. 491.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos humanos das mulheres: Doutrina, Prática, Jurisprudência, Modelos, Direito Comparado, Estatísticas, Estudo de Casos, Comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), Legislação Internacional e Coletânea de Normas*. Curitiba: Juruá, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FÓRUM NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres: *Protegendo as mulheres da violência doméstica*. Disponível em: <http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García Pablo de. *Criminologia*. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

UOL NOTÍCIAS. AGÊNCIA ESTADO. *Denúncias de violência contra a mulher crescem 27,5%* (vinte e sete e meio por cento). Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/agencia/2009/01/12/ult4469u35943.jhtm>>. Acesso em: 14 de jan. 2009.

TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO TÉCNICA HERMENÊUTICA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS VIDA E LIBERDADE RELIGIOSA

Renata Garcia Moreno Guimarães,
bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Advogada. Pós-Graduanda do Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Constitucional – UNIDERP – REDE LFG.

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar que eventual conflito entre direitos fundamentais é apenas aparente, uma vez que entre eles não existe hierarquia normativa. A resolução do mesmo encontra-se na aplicação do princípio da proporcionalidade e de suas decorrências. Nas transfusões de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová, de acordo com as circunstâncias peculiares de cada caso concreto, um dado princípio prevalecerá de forma ponderada sobre o outro, com o mínimo de sacrifício deste e com a máxima realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Transfusões sanguíneas; direitos fundamentais; conflito aparente; proporcionalidade; ponderação dos princípios.

ABSTRACT: The main object of this study is to demonstrate that occasional conflicts among fundamental rights are simply apparent, once there is no hierarchy among them. The solution to those conflicts is found through the principle of proportionality and other principles that may arrive from it. Specially when it comes to blood transfusion in patients who follow the Testemunhas de Jeová religion, choosing one principle in stead of other one must consider the particular circumstances of the case in analysis. Then, a certain principle will come up as the most suitable to solve the apparent conflict, with the least sacrifice of the others that may seem proper as well, always in order to accomplish the principle of the human dignity in those real cases.

KEYWORDS: Blood transfusion; fundamental rights; apparent conflicts; proportionality; consideration of principles

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Princípio da Proporcionalidade como técnica mais adequada de resolução do aparente conflito entre Direitos Fundamentais; 3. Conclusão; 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Segundo o professor Alexandre de Moraes, “*o direito à vida se constitui em pré-requisito à existência de todos os demais direitos*” (MORAES, 2006, p.30), devendo ser garantido em sua dupla acepção: direito de continuar vivo e direito de ter uma vida digna. A vida é, com efeito, condição necessária para que haja a fruição de todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

No caso das transfusões sanguíneas em pacientes seguidores da fé religiosa Testemunhas de Jeová, o direito à vida deve prevalecer sobre o direito à liberdade religiosa (art. 5º, VI, CF). O médico deve levar em consideração o direito à existência do indivíduo como pessoa, haja vista que o interesse pela preservação da vida não é só deste, mas também, e, principalmente, do Estado e de toda a sociedade. Por conseguinte, os direitos em conflito devem ser ponderados em cada caso concreto para que haja a plena satisfação do princípio mor do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO TÉCNICA MAIS ADEQUADA DE RESOLUÇÃO DO APARENTE CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito embora no plano abstrato, normativo, não haja hierarquia entre direitos fundamentais, estando todos eles no mesmo nível hierárquico (têm o mesmo valor, mesma importância, pois o legislador não estipulou cláusula de reserva nem uma expressa regra de prevalência, como, por exemplo, especialidade, superioridade ou anterioridade da

norma), no caso concreto, diante da colisão desses interesses igualmente garantidos, deverá haver a predominância de um deles, com o mínimo de sacrifício dos demais, de forma que se preserve o núcleo essencial de cada um.

De acordo com o art. 15 do Código Civil, ninguém pode ser constrangido a se submeter, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. A finalidade deste dispositivo é garantir a inviolabilidade do corpo humano. Pela interpretação puramente literal deste artigo, combinado com o já mencionado art. 5º, VI, CF, concluir-se-ia que o direito de recusa do paciente é absoluto, não se permitindo qualquer tipo de intervenção no seu corpo sem o seu consentimento.

Todavia, tendo em vista a interpretação sistêmica (a ordem jurídica brasileira é um conjunto harmônico e integrado) da Constituição e das leis infraconstitucionais, a análise dos textos legais deve ser sistemática, e não isolada, como se os vários dispositivos legais não tivessem nenhuma ligação entre si. Diante da existência de várias interpretações plausíveis para um mesmo enunciado, deve-se dar prevalência àquela que mais seja compatível e conforme com o texto constitucional. A mera interpretação gramatical do mencionado art. 15 ofenderia diretamente os direitos primordiais à vida e à saúde e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna de 1988 assegura implicitamente o direito de recusa à terapia sanguínea por motivos religiosos, a partir de um consentimento prévio e informado. O art. 47 do CEM (Código de Ética Médica) segue esta mesma linha. Tal direito, entretanto, não é absoluto, mas sim relativo, pois só poderá ser usufruído pelo enfermo se ele estiver no pleno gozo de suas faculdades mentais, em sã consciência, e sem iminente perigo de vida. Ao contrário, se não houver tempo hábil para que ele ou seus familiares sejam ouvidos e autorizem o tratamento, e, havendo extrema urgência de uma pronta intervenção médica para salvar a sua vida da morte iminente, o esculápio tem a obrigação de realizar a transfusão, num claro exercício regular de um direito seu (o de salvar vidas), sob pena de incorrer em responsabilidade civil (art. 186 e art. 951 CC e art. 5º, X, CF) e penal (art. 121,129 e 135 CP). É o que recomenda o art. 46 do CEM.

Nesses casos, a intervenção médico-cirúrgica está plenamente amparada não só pela leitura do art. 146, § 3, I, do Código Penal (não

há crime de constrangimento ilegal), mas também pelos arts. 132 e 135 do estatuto penal que, interpretados conjuntamente, corroboram a ideia de que o médico, para evitar o óbito do paciente, deve obrigatoriamente agir, não podendo expor a vida e a saúde deste a perigo, contribuindo para o extermínio da vida humana, seja negando socorro ou acobertando possíveis práticas suicidas.

Por conseguinte, embora o direito de culto seja um direito fundamental garantido pela Lei Maior, não deve ele ser interpretado de forma que autorize seu titular a dispor de sua própria vida em prol da liberdade religiosa, desejando a morte, como demonstração de sua fé, à transfusão de sangue. A autonomia da vontade não pode se sobrepor a um valor tão fundamental e intangível como a vida, essencial para a satisfação de todos os demais direitos.

A prevalência, na casuística, do direito à vida está, pois, intimamente relacionada com a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), único valor absoluto, matriz da ordem constitucional brasileira. Entre a vida e a liberdade religiosa, o primeiro, sem dúvida, mais se aproxima deste princípio supremo, realizando-o efetivamente.

A partir da teoria da relativização dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa sofre, no caso concreto, limitações e restrições proporcionais à necessidade de satisfação do valor maior **vida**, com base na dignidade da pessoa humana. O que existe, de fato, é um aparente conflito de normas constitucionais. A consequência disso é a dedução lógica de que princípios constitucionais não se excluem, mas coexistem como verdadeiros mandados de otimização. Não há predominância de um por meio da exclusão total do outro, como ocorre nos conflitos entre regras (lógica do tudo ou nada, com a aplicação dos critérios tradicionais de resolução de antinomias - cronológico, hierárquico e da especialidade), cuja solução se encontra no plano da validade.

Assim, com base na técnica da Ponderação, o que ocorre, na verdade, é a máxima observância do direito à vida com o mínimo de sacrifício do direito à liberdade religiosa, haja vista que existem casos em que a recusa do paciente deve ser plenamente aceita (importante lembrar que a prevalência não é absoluta, mas relativa, de acordo com situações fáticas determinadas). Em outras palavras, verifica-se se o grau de

realização do interesse lesivo justifica o grau de afetação do interesse lesado, numa justa medida entre eles, buscando a área de atuação de cada interesse. Os princípios devem ser, portanto, harmonizados diante das características especiais de cada caso concreto.

Na aparente colisão de direitos fundamentais não é possível uma solução adequada *in abstracto*. É preciso um juízo discricionário por parte do intérprete, diante de cada situação concreta. A nova hermenêutica constitucional, através do princípio da proporcionalidade (realização do princípio da concordância prática, baseando-se na razoabilidade ou senso de justiça, e buscando o equilíbrio dos meios empregados com os fins atingidos), determina a harmonização e os juízos de ponderação dos direitos fundamentais colidentes como técnicas adequadas de solução do conflito. A finalidade de tal técnica de interpretação normativa é garantir a unidade do sistema e sua concordância prática.

Segundo o método concretizador ou concretista, o real sentido da norma (conteúdo essencial) só poderá ser extraído completamente diante da situação subjetiva, estando vedada a interpretação restritiva. A interpretação deve ser feita em dois momentos, sendo um de índole objetiva (juízo prévio ou pré-compreensão do conteúdo da norma em abstracto) e outro de índole subjetiva, em que a análise deve ser feita a partir do caso concreto, que condiciona a aplicação dos direitos fundamentais. O balanceamento dos valores envolvidos, partindo-se de um juízo de razoabilidade, tem, portanto, o objetivo de extrair o núcleo básico dos mencionados direitos, a fim de harmonizá-los diante de cada situação material.

3. CONCLUSÃO

Pode-se concluir, diante do exposto, que a vida humana deve ser respeitada contra interferências nocivas de particulares. A autonomia da vontade, no que concerne à liberdade religiosa, não é um direito absoluto. Não pode ser utilizada como justificativa para se autorizar a violação do direito à saúde ou mesmo o extermínio da vida humana.

Não se pode levar adiante uma interpretação meramente literal, gramatical, dos textos legais e, em especial, do art. 15 do estatuto civil. A interpretação deve ser ampla, sistemática, holística, abarcando todos

os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, que interagem entre si, interpenetram-se, num todo harmônico e coordenado, levando-se sempre em consideração o valor supremo da dignidade da pessoa humana, norte do ordenamento jurídico pátrio. O médico, guardião da vida, diante do aparente conflito de direitos fundamentais, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, deve agir, atuando positivamente, em vez de ficar inerte, acatando a recusa de um paciente que corre risco iminente de morrer.

Deve-se, assim, ponderar, numa dimensão de peso, os valores conflitantes em cada caso concreto e proceder à transfusão sanguínea, independentemente da declaração de vontade ou consentimento do enfermo. O interesse social, coletivo, de conservação da vida, predomina sobre o interesse meramente individual de liberdade de culto, porquanto o primeiro mais se adequa à necessidade de concretização material do princípio da dignidade da pessoa humana.

Corroborando a máxima da proporcionalidade, Luís Roberto Barroso afirma que:

Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um (valor constitucional) sobre outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição (BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade do Cigarro*, in *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.265).

A ponderação dos interesses conflitantes resulta, em suma, numa equânime distribuição de ônus com a menor constrição possível dos direitos envolvidos.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade do cigarro*, in *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FABBRO, Leonardo. *Limitações jurídicas à autonomia do paciente*. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v7/limjuridicas.htm>>. Acesso em 27/05/2008.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, Parte Geral: v 1*. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 153 a 172.
- JÚNIOR, Edmilson de Almeida Barros. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas. 2007. p. 127 a 135.
- JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 150 a 192.
- MARINI, Bruno. *O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico – Bioética*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/textos/x/14/69/1469/#perfil_autor>. Acesso em: 24/05/2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 40 a 78.
- PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. *Colisão entre direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8770>>. Acesso em: 24/05/2008.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas. 2007. p. 137 a 179.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 197 a 252.

ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Hélio Mamede Frota, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Auditor Estadual, Engenheiro Civil e Bacharel em Administração pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduado *Lato Sensu* em Direito Atualização do Curso Veredictum/UNIT Pós-graduado do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Público com ênfase em Direito Penal pela Universidade Potiguar/Curso Damásio de Jesus. Pós-graduado do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais - UNISUL; IPAN; REDE LFG. Pós-graduado do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual - Grandes Transformações - UNISUL; IPAN; REDE LFG. Ex-aluno do Curso Anual da Escola Superior da Magistratura de Sergipe/ESMESE.

RESUMO: As operações de lavagem de dinheiro possuem dimensões transnacionais. O Brasil necessitava de uma legislação que contivesse a macrocriminalidade econômica. Em razão disso, criou a Lei de Lavagem para atender às pressões internacionais e aos compromissos firmados com outros países. O progresso tecnológico e a globalização da economia trouxeram também a possibilidade destes crimes ocorrerem no mercado econômico de modo vertiginoso. A lavagem é um procedimento complexo e dinâmico que visa a conferir aparente licitude a uma captação de ativos comerciais e financeiros oriundos de atividades ilícitas. Este artigo jurídico destaca os reflexos da reforma

processual penal e as controvérsias relacionadas à Lei nº 9.613/1998, a qual dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de dinheiro; economia; ativos; reforma; controvérsias.

ABSTRACT: The money-laundering operations have transnational dimensions. Brazil needed a law that contained the macrocriminalidade economy. Because of this, created the Law of washing to meet international pressures and commitments made with other countries. Technological progress and globalization of the economy also brought the possibility of these crimes occur in the financial market so giddy. The washing is a complex and dynamic process that aims to give apparent legitimacy to an illegal capture of financial and business assets from illicit activities. This article highlights the legal consequences of the reform of criminal procedure and the controversies related to Law No. 9613/1998, which provides for the crimes of washing or concealment of property, rights and values.

KEYWORDS: Money laundering; business; assets; retirement and controversies.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve Histórico; 3. Características e Fases da Lavagem de Dinheiro; 3.1 Crimes Antecedentes; 3.1.1 Tráfico Ilícito de Entorpecentes ou Drogas Afins; 3.1.2 Terrorismo e seu Financiamento; 3.1.3 Contrabando ou Tráfico de Armas, Munições ou Material Destinado à sua Produção; 3.1.4 Extorsão Mediante Sequestro; 3.1.5 Contra a Administração Pública; 3.1.6 Contra o Sistema Financeiro Nacional; 3.1.7 Praticado por Organização Criminosa; 3.1.8 Praticado por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira; 3.2 Tipos Penais; 3.3 Sujeitos: Ativo e Passivo; 3.4 Bem Jurídico Protegido; 3.5 Tipo Objetivo e Subjetivo; 4 Disposições Processuais; 4.1 Procedimento; 4.2 Competência; 4.3 Denúncia; 4.4 Suspensão do Processo; 4.5 Proibição de Fiança; 4.6 Proibição da Liberdade Provisória; 4.7 Restrição ao Direito de Apelar em Liberdade; 4.8

Inversão do Ônus da Prova; 4.9 Ação Controlada; 4.10 Sigilo Profissional; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A lavagem de dinheiro provoca consequências danosas na economia. É indubitável que a circulação de capitais de origem ilícita na economia ameaça e atinge os pilares de sustentação da ordem socioeconômica de um país. A inflação, o desemprego, a má-distribuição de renda e o desequilíbrio da balança de pagamentos, em certa medida, são consequências da lavagem de capitais no mundo moderno. É importante mencionar que a lei brasileira foi idealizada, com algumas modificações, de acordo com o modelo concebido pela comunidade jurídica internacional. O legislador criou regras materiais e processuais diferenciadas para processar e julgar os agentes da lavagem de capitais.

A lavagem de dinheiro é um crime comum, doloso e sempre derivado de outro crime que lhe é antecedente.

O objeto material do crime de lavagem de dinheiro são os bens direitos ou valores (quaisquer títulos de crédito) oriundos direta ou indiretamente da prática de um crime antecedente. O objeto material da lavagem de dinheiro está definido no art. 1º “q” da Convenção de Viena.

Somente é possível a ocorrência do crime de lavagem de dinheiro quando a ocultação ou dissimulação dos bens, direitos ou valores for proveniente de algum dos crimes elencados no art. 1º da lei. O legislador cominou para o lavador pena de reclusão de 03 (três) a 10 (dez) anos e multa. Entende-se que aqui há violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que as condutas atinentes aos crimes antecedentes não possuem o mesmo grau de reprovabilidade. Ademais, os bens jurídicos ofendidos pela prática dos crimes pressupostos demandam diferentes valorações pelo juiz.

A pena deve ser proporcional à gravidade do delito praticado. É importante observar que o móvel da Lei 9.613/98 é criminalizar a conduta do lavador e não a do agente do crime antecedente.

2. BREVE HISTÓRICO

A expressão lavagem de dinheiro surgiu na década de 20, nos Estados Unidos da América. Naquela época, a Máfia criava lavanderias para ocultar e dissimular a origem ilícita dos seus ativos.

As principais fontes normativas sobre lavagem de dinheiro são: a Convenção de Viena de 19/12/1988, a Recomendação R-80 do Conselho Europeu, a Declaração de Basiléia, os informes do G.A.F.I. (Groupe d'Action Financière sur Le Blanchiment de Capitaux ou Financial Action Task Force on Money Laundering), a Recomendação da OEA de 1990, a Assembleia Geral da OEA, de maio de 1992, a Cúpula das Américas de 1994, a Conferência Ministerial sobre Lavagem de Dinheiro e Instrumentos do Crime realizada em Buenos Aires em dezembro de 1995, a Conferência Mundial sobre Drogas realizada em New York em junho de 1998 e a Convenção de Palermo em novembro de 2000 (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional).

A lavagem de dinheiro recebe denominações diferenciadas em alguns países, a saber: branqueamento de dinheiro (Portugal), blanqueo de dinero ou de capitales (Espanha), money laundry (Estados Unidos da América do Norte e Inglaterra), geldwache (Alemanha), lavado de dinero (Argentina), riciclagio (Itália), blanchiment de capitaux ou blanchiment d'argent (França, Bélgica)¹.

A Convenção de Viena foi um marco histórico no combate à lavagem de dinheiro. Inicialmente, somente o tráfico ilícito de entorpecentes era considerado crime antecedente ao delito de lavagem de dinheiro. Tratava-se da legislação de primeira geração.

Esta legislação estava limitada a punir os agentes da lavagem de dinheiro quando os bens, direitos ou valores fossem provenientes do tráfico ilícito de entorpecentes.

¹ DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 544-545

Naquela época, vários Estados se conscientizaram de que era imprescindível punir aqueles agentes da criminalidade organizada que obtinham vultosas riquezas decorrentes da prática de delitos.

3. CARACTERÍSTICAS E FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO

A legislação brasileira adotou o modelo trifásico do Grupo de Ação Financeira Internacional (FATF/GAFI). Também o Conselho de Controle das Atividades Financeiras - COAF - adotou este modelo.

A lavagem de capitais contém três fases. É possível que as fases ocorram simultaneamente. Não há separação rígida ou cronologia definida entre as fases.

É possível haver consumação do crime de lavagem ainda que não estejam concluídas as três fases. A seguir, estarão descritas as fases:

1 - colocação ou *placement*: é a introdução do dinheiro ilícito em espécie no sistema financeiro e nos diversos setores da economia. Ocorre fracionamento do capital por meio de depósitos em valores menores (técnica do smurfing) que são depositados em contas correntes ou destinados a aplicações financeiras. Também, muitas vezes, o capital, uma vez fracionado, é aplicado em estabelecimentos comerciais, a saber: restaurantes, bingos, casas de câmbio, postos de gasolina, hotéis, etc. A lavagem ou branqueamento de capitais é caracterizada pela expressiva movimentação de dinheiro. Nesta fase, o lavador procura distanciar e desvincular o capital de sua origem ilícita. Também é a fase que oferece maiores riscos aos lavadores.

2 - ocultação, dissimulação, transformação, *layering ou empylage*: sua finalidade é dificultar e disfarçar a ciência da origem ilícita bem como impedir o rastreamento dos ativos. Neste caso, ocorrem transferências eletrônicas de capitais para contas não identificadas e remessas para paraísos fiscais. É comum a compra de bens de alta liquidez (jóias, ouro), criação de empresas fictícias e de fachada, vendas ilícitas ou fictícias de ativos em bolsa de valores.

Paraíso fiscal é o país que não tributa a renda ou que a tributa à alíquota máxima inferior a 20% (art. 24 da lei 9.430/96).

Em geral, os paraísos fiscais possuem leis rígidas que garantem o sigilo bancário absoluto para seus clientes. É óbvio que os paraísos fiscais não têm interesse em celebrar acordos internacionais com outros países para coibir a lavagem de dinheiro. De acordo com Rodolfo T. Maia (1998) citado por Luciano P. M. Feldens².

Sob essas características, há cerca de 70 países ainda considerados paraísos fiscais, como: Bahamas, Bermudas, Chipre, Dubai, Gibraltar, Hong Kong, Ilhas Cayman, Ilhas Virgens Britânicas, Luxemburgo, Mônaco e Uruguai.

3 - integração ou integration: os valores com aparência lícita são formalmente reintroduzidos no sistema econômico de origem. Há conversão do dinheiro de origem ilícita em capital aparentemente lícito através da aquisição de imóveis e ações, abertura de empresas de fachada etc. Também é possível a celebração de empréstimos com empresas *off shore* bem como a remessa de valores em espécie para paraísos fiscais que posteriormente são transferidos para o país de origem. O dinheiro estaria “limpo” após vencer esta fase.

3.1 CRIMES ANTECEDENTES

A Lei nº 9.613/1998, fruto de inspiração nas legislações de segunda geração, adotou um rol taxativo de crimes precedentes ao de lavagem de dinheiro. A elaboração de rol taxativo pode redundar em obstáculos à persecução penal. É sabido que no mundo globalizado sempre é possível o surgimento de novas infrações penais que poderiam ser antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro.

Porém, alguns entendem que o Brasil adotou um rol misto de crimes antecedentes em razão da previsão aberta contida no art.1º, inciso VII

² MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro* (lavagem de ativos provenientes de crimes). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98, pp. 54-55. In: FELDENS, LUCIANO, POETA, MARTINS. *Teoria e prática dos procedimentos penais e ações autônomas de impugnação*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 210.

desta lei. Isso porque qualquer crime praticado por organização criminosa em que haja ocultação ou dissimulação de valores pode ser antecedente ao de lavagem. Por conseguinte, o rol previsto no art. 1º desta lei deixaria de ser taxativo. Aqui, um exemplo seria oportuno:

Suponhamos que o legislador, atento ao princípio da legalidade penal, venha a definir organização criminosa: Pois bem, havendo uma organização criminosa que cometa estelionato, será possível a consumação da lavagem de dinheiro se os valores provenientes daquele crime forem ocultados ou dissimulados.

A legislação de terceira geração adota o modelo de rol aberto. Nesse sentido, qualquer infração penal pode ser antecedente à lavagem de dinheiro. A Itália, Inglaterra, Suíça, Espanha e Áustria adotam este modelo.

É indubitoso que a Lei de Lavagem não adotou um rol meramente exemplificativo de crimes antecedentes. Convém lembrar que há anteprojeto de lei tramitando no Congresso Nacional pretendendo revogar aquele rol do art.1º desta lei.

Com efeito, seria possível a tipificação da lavagem de dinheiro quando os ativos fossem provenientes de qualquer infração penal. Assim, por exemplo, contravenções penais, estelionato, tráfico internacional de mulheres, desde que gerem ativos para a lavagem poderiam ser consideradas infrações penais antecedentes à lavagem de dinheiro.

O crime de lavagem de dinheiro é acessório, secundário, parasitário, pois depende da ocorrência de um crime precedente contido no rol taxativo do art. 1º desta lei. Portanto, o crime de lavagem deriva necessariamente da existência de um crime base.

A lei de lavagem de dinheiro define quais as condutas antecedentes e depois remete cada qual a uma lei específica (lei penal em branco). Estão excluídos do âmbito de incidência desta lei o dinheiro, bens ou valores ocultados ou dissimulados se provenientes da prática de contravenção penal.

3.1.1 TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES OU DROGAS AFINS

A Convenção de Viena inicialmente previa apenas o tráfico ilícito de entorpecentes como antecedente à lavagem de capitais. Hoje, sem

dúvida, o narcotráfico é uma atividade ilícita que gera vultosas somas de recursos para serem introduzidas no ciclo da lavagem.

O tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins está previsto nos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343/2006.

No entanto, a doutrina diverge acerca da inclusão da associação para o tráfico (art.35 da Lei 11.343/2006) como crime antecedente.

O crime de associação para o tráfico só pode ser considerado delito antecedente se o valor ocultado ou dissimulado for originário do tráfico de entorpecentes.

O sujeito ativo do crime de associação para o tráfico pode ser diverso do agente que praticou a lavagem de capitais.

Caso algum membro da associação obtenha bens ou valores poderá ser partícipe do crime de associação para o tráfico.

Tais considerações estão descritas no seguinte julgado do TRF/4º Região, senão vejamos:

PENAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIME ANTECEDENTE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 14 DA LEI 6.368/76). AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO DELITO ACESSÓRIO. TIPICIDADE.

1. Lavagem de dinheiro é delito acessório que pressupõe a existência de um crime antecedente. 2. *A associação para o tráfico, consoante abalizada doutrina, constitui uma das hipóteses previstas no art. 1º, I, da Lei 9.613/98. No caso sub judice, o acusado apresenta também diversas condenações pelo ilícito inculcado no art. 12 da Lei de Tóxicos.* 3. O autor do branqueamento de ativos não precisa necessariamente ter concorrido para a prática do crime principal, podendo dele participar na forma do art. 29 do CP, ou ainda do art. 1º, § 1º. Da legislação específica. 4. Lavagem de dinheiro comprovada pela extensa movimentação de recursos financeiros e bens materiais, oriundos do tráfico de drogas, praticado por um dos réus em nome de sua mãe, co-acusada, que não dispunha de receitas compatíveis. A ocultação e/ou dissimulação restou evidenciada inclusive pela

tentativa de demonstrar junto ao Fisco a origem fictícia dos recursos (TRF4 – ACR 2003. 71.00.046933-0 8ª. Turma, Rel. Élcio Pinheiro de Castro, DJ 24/10/2007³).

3.1.2 TERRORISMO E SEU FINANCIAMENTO

O repúdio ao terrorismo é um dos princípios da República Federativa do Brasil. O terrorismo é um crime equiparado a hediondo, inafiançável e insuscetível de graça e anistia.

A lei procura evitar que o dinheiro obtido por meio do terrorismo venha a ser empregado para fomentar novas ações terroristas. O certo é que o legislador ainda não tipificou a conduta atinente ao terrorismo. Todavia, podemos notar que a lei que trata dos crimes contra a Segurança Nacional (art. 20 da Lei nº 7.170/83) somente dispõe vagamente sobre atos de terrorismo.

A lei penal não definiu a descrição da conduta terrorismo. Segundo o art. 5º, XXXIX da CF/88, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. O agente que, no Brasil, obtivesse dinheiro proveniente de terrorismo e de seu financiamento, e depois o oculta ou dissimula sua origem ilícita, não poderia, face ao princípio da taxatividade da lei penal, ser punido pelo crime de lavagem de dinheiro.

3.1.3 CONTRABANDO OU TRÁFICO DE ARMAS, MUNIÇÕES OU MATERIAL DESTINADO À SUA PRODUÇÃO

A Lei nº 10.826/2003 em seus artigos 17 e 18 define respectivamente as condutas de comercialização e tráfico internacional de armas. O art.12 da Lei nº 7.170/83 também tipifica a conduta de importar ou introduzir no território nacional, sem a autorização competente, armamento militar privativo das Forças Armadas.

³ FELDENS, Op. cit. , p. 218.

O dinheiro sujo proveniente do crime de contrabando ou tráfico de armas e munições ingressa na economia formal sendo lavado em fases e depois retorna ao mercado econômico.

3.1.4 EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO

É crime contra o patrimônio descrito no art.159 do Código Penal. Também é crime hediondo (Lei nº 8.072/90, art. 1º, IV). A lei procura evitar que o dinheiro obtido em razão do resgate venha depois a sofrer processo de lavagem.

3.1.5 CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

São os crimes previstos nos arts. 312 a 359 do Código Penal, quais sejam: crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral; dos crimes praticados por particulares contra a administração pública estrangeira; dos crimes contra a administração da justiça e crimes contra as finanças públicas. Também estão incluídos os crimes previstos nos arts. 89, 90, 92, 95 e 96 da Lei de Licitações⁴. É o dinheiro da sociedade que é ilicitamente “retirado” dos cofres públicos, para depois ser submetido à lavagem. Obviamente, alguns crimes contra a administração pública não podem ser considerados antecedentes porque não geram valores para o ciclo de lavagem. Podemos citar os crimes de abandono de função, desacato, resistência e desobediência.

O crime de contrabando (art. 334 do CP) já se encontra previsto no inciso V da art.1º desta lei. Portanto, é redundante a sua inclusão no art.1º, inciso III desta lei⁵. Também se mostra desnecessário estampar na parte final deste inciso a previsão atinente ao crime de concussão.

3.1.6 CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O sistema financeiro nacional está previsto no art.192 da CF/88. Os crimes antecedentes à lavagem de capitais estão tipificados nos arts. 2º a 24º da Lei nº 7.492/86.

⁴FELDENS, Ibidem, 2009.

⁵Idem, 2009.

Na prática, as espécies delitivas que mais aparecem como antecedentes à lavagem são aquelas inscritas nos artigos 4º (gestão fraudulenta de instituição financeira) 5º (apropriação ou desvio de valores), 11 (“caixa 2” de instituição financeira) e 22 (evasão de divisas)⁶

De acordo com o art. 109, VI da CF/88, são crimes da competência exclusiva da Justiça Federal.

Os crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8137/90 não são considerados antecedentes à lavagem de dinheiro. O crime de sonegação fiscal, apesar de sua potencialidade para gerar grandes somas de ativos, não foi incluído como delito antecedente à lavagem. No entanto, o Item nº 34 da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98 explica tal exclusão⁷. Aqui o legislador foi omissivo, pois se a infração atingir o sistema financeiro internacional e o dinheiro for introduzido aqui no país, haverá crime de lavagem de dinheiro.

3.1.7 PRATICADO POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

O legislador brasileiro ainda não definiu organização criminosa. O legislador ordinário apenas definiu os conceitos de quadrilha ou bando (CP art. 288) e associações criminosas para o tráfico de entorpecentes (art.35 da Lei nº 11.343/06). Convém lembrar que o Projeto de Lei nº 2.858/00 pretende criar o tipo atinente às organizações criminosas, senão vejamos:

Art. 1º. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940 (Código Penal), fica acrescido do seguinte artigo:
“Organização criminosa. Art. 288-A. Associarem-se mais de três pessoas, em grupo organizado, por meio de entidade jurídica ou não, de forma estruturada e com divisão de tarefas, valendo-se de violência, intimidação, corrupção, fraude ou de outros meios assemelhados, para o fim de cometer crime: Pena – reclusão, de cinco a dez anos, e multa.
§ 1º. Aumenta-se a pena de um terço à metade se

⁶ FELDENS, Loc. cit., 2009, p. 220.

⁷ DELMANTO, Op. cit., p. 558.

o agente promover, instituir, financiar ou chefiar a organização criminosa. § 2º. O participante e o associado que colaborar para o desmantelamento da organização criminosa, facilitando a apuração de delito, terá a pena reduzida de um a dois terços”. Igualmente, tramitam no Congresso: a) Projeto de Lei nº 2751/00 (Câmara dos Deputados); b) Projeto Lei nº 7223/02 (Câmara dos Deputados); c) Projeto de Lei nº 3.731 de 1997 (Senado Federal), PLS nº 67/96; d) Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.731 de 1997; e) Projeto de Lei do Senado nº 118/02; f) Projeto de Lei nº 150/06, recentemente aprovado com emendas no Senado Federal⁸.

Também a Lei nº 9.034/95 (crime organizado) não definiu organização criminosa. Este conceito foi, de certo modo, referido na Convenção de Palermo na Itália, a qual definiu grupo criminoso organizado, assim: “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou moral”. Esta Convenção foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 231, publicado no *Diário Oficial da União* em 30 de maio de 2003⁹. Em sentido contrário, Rodrigo Tigre Maia entende que a Lei 9.613/98 conceituou organização criminosa. Para ele, bastaria a presença dos requisitos do crime do art. 288 do CP, desde que associados à efetiva prática de pelo menos um crime.¹⁰

Segundo a Lei de Lavagem, qualquer crime que seja praticado por uma organização criminosa pode ser considerado como antecedente. A lei não especificou qual o crime antecedente. Portanto, qualquer espécie de crime, previsto ou não no Código Penal, se praticado por organização criminosa, poderá ser antecedente ao de lavagem de dinheiro.

⁸ FELDENS, Loc. cit., p. 222.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Legislação penal especial*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁰ MAIA, op. cit., pp. 54 -55. In: BONFIM, Márcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.78.

Quando o estelionato ou qualquer outro crime for praticado por organização criminosa, dando origem à ocultação ou dissimulação dos ativos, cabe a concretização do crime de lavagem. Com efeito, a taxatividade do rol dos crimes antecedentes cede espaço pela abertura propiciada pelo inciso VII do art. 1º desta lei.¹¹ Portanto, segundo Nucci, o inciso VII deste artigo ampliou o rol de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro.

Segundo Bonfim, o conceito de organização criminosa pode ser definido pela doutrina ou pela jurisprudência. Data máxima vênia, entende-se inaplicável o art. 1º, inciso VII desta lei por infringir o princípio da legalidade penal. Segundo este princípio, a lei penal deve apresentar as seguintes características: escrita, aprovada pelo parlamento (reserva legal), taxativa, clara, determinada, estrita e prévia.

3.1.8 PRATICADO POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTRANGEIRA

Este inciso é ocioso em razão de sua prévia inclusão no art.1º, inciso V, desta lei.

3.2 TIPOS PENAIIS

O tipo penal da lavagem de dinheiro é de ação múltipla ou de conteúdo variado. A prática de duas ou mais condutas sobre o mesmo objeto material e no mesmo contexto fático, configura um só crime. É possível a configuração do crime continuado se observados os requisitos do art. 71 do Código Penal. Haverá concurso material (art. 69, CP) quando o mesmo agente praticar o crime antecedente e também a conduta referente à lavagem de dinheiro. Também, de acordo com o art. 1º, § 4º, caberá causa especial de aumento de pena se configurada a habitualidade criminosa.

Conforme observa Macedo, como a operação de lavagem envolvem várias fases, é relevante aferir a natureza das ações. É

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 718.

importante verificar se as condutas são autônomas e independentes ou se há conduta única dividida em vários atos¹².

No art. 1º caput desta lei, a conduta de ocultar não significa apenas encobrir, esconder os bens, direitos ou valores provenientes de algum daqueles crimes antecedentes. Em que pese a omissão legal, exige-se também posterior circulação na economia dos bens de origem ilícita. Também não há lavagem de dinheiro quando o agente apenas movimentar (circulação) os bens para utilizá-los sem o dolo de ocultação ou dissimulação. Um exemplo seria daquele agente que obtém dinheiro pela venda de substâncias entorpecentes, deposita em sua própria conta-corrente bancária e depois o utiliza em proveito próprio. Da mesma forma, também não se configura lavagem de dinheiro quando o agente obtém valores oriundos de delitos não pertencentes àquele rol do art. 1º desta lei, ainda que depois promova sua ocultação ou os remeta para depósito no exterior.

Luciano Feldens¹³ fornece um exemplo elucidativo sobre a ocultação prevista nesta lei:

A ocultação requerida pelo tipo não se confunde com formas básicas de escondimento ou uso do valor obtido com o crime. Imagine-se, por exemplo, que o agente venha a enterrar o dinheiro produto de um delito de descaminho (art. 334 do CP) nos fundos de sua residência. Essa conduta caracterizaria, por si só, o tipo penal do art. 1º Inc. V, da Lei nº 9.613/98, na modalidade *ocultar*? A resposta é negativa. Respondemos com outra indagação: qual o risco, já neste momento, que a conduta oferece para a ordem econômico-financeira? Por outro lado, se essa conduta (enterrar o dinheiro) é realizada por terceiro, que não participou do crime, mas atua em consciente auxílio posterior àquele que o praticou, tem-se por consumado o crime de favorecimento real (art. 349 do CP). E caso esse terceiro o faça

¹² MACEDO, Carlos Márcio Rissi. *Lavagem de dinheiro*. Curitiba: Juruá, 2006, p.75.

¹³ FELDENS, Op. cit., p. 214.

retirando algum proveito econômico (patrimonial), poder-se-á cogitar de recepção, na modalidade *ocultar* (art. 180 do CP); nunca, entretanto, se caracterizará, neste exemplo, a lavagem de dinheiro.

O art. 1º § 1º, desta lei dispõe: § 1º “Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo”.

No art. 1º, §, 1º, o crime é formal, uma vez que a lavagem se consuma ainda que o agente não consiga ocultar ou dissimular a origem ilícita dos ativos. O dolo específico é manifesto. É a lavagem de dinheiro por excelência. No art. 1º, § 1º, I, a consumação ocorre com a mera conversão do ativo ilícito em ativo “lícito” com o fim de ocultar ou dissimular a utilização dos bens de origem ilícita.

No inciso II do mesmo parágrafo, o agente adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere os ativos para ocultar ou dissimular a utilização dos ativos de origem ilícita. Esta conduta se distingue do favorecimento real (art. 349 do CP).

No inciso III do mesmo parágrafo, o crime de lavagem de dinheiro se consuma quando o agente envia bens ao exterior, ou os importa com valores acima ou abaixo do preço corrente. O legislador procura coibir a evasão de divisas e regular a probidade nas relações comerciais internacionais. Esta conduta difere do descaminho.

O art.1º, § 2º, I, prevê a conduta do terceiro que utiliza na atividade econômica ou financeira ativos que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes. Se a mesma conduta for realizada pelo autor do crime antecedente, o crime encontra previsão no art. 1º, caput ou no art.1º, § 1º, I, desta lei.

No inciso II do mesmo parágrafo, o delito é permanente. Exige-se habitualidade e estabilidade na formação da associação ou escritório. São empresas de fachada criadas para praticar operações de lavagem. A lei se contenta com a conduta do agente que participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes antecedentes previstos na Lei de Lavagem.

Segundo Nucci¹⁴,

Na realidade, o tipo é peculiar, pois visa à punição de pessoas que, embora não realize, pessoal e diretamente, a lavagem de dinheiro exerce suas atividades laborativas em lugar que assim procede. Retira vantagem indireta do crime...

Neste caso, admite-se somente o dolo direto em face da expressão “tendo conhecimento”.

Logo, a pessoa que desconfia trabalhar em um lugar que serve à lavagem de dinheiro, sem ter certeza, não responde pelo delito. Não há forma culposa.

Esta lei prevê em seu art.1º, § 4º, uma causa especial de aumento de pena que varia de 1 (um) a 2/3 (dois terços), nos casos previstos nos incisos I a VI do art. 1º, caput. Esta causa de aumento não se aplica ao inciso VII do mesmo dispositivo, sob pena de ocorrer *bis in idem*.

A delação premiada está prevista no art.1º, §, 5º. desta lei. Para fazer jus ao prêmio legal, deve o delator proporcionar a apuração das infrações penais e de sua autoria ou a localização dos bens. Os benefícios legais para o agente delator podem ser: diminuição de pena, aplicação de penas restritivas de direitos ou perdão judicial. Houve derrogação do art. 33 do CP Portanto, o réu terá o direito de iniciar o cumprimento de sua pena no regime aberto caso venha a satisfazer aos requisitos da delação premiada. Deve ser espontânea e pode ocorrer até mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Há semelhante disposição na Lei 11.343/2006 e na Lei 8.072/90. É muito discutido na doutrina o aspecto ético da delação premiada. Não obstante a delação premiada obtenha resultados proveitosos para a persecução penal, duas indagações aqui se põem: A delação premiada é um mecanismo legal criado para compensar a ineficiência estatal no combate à criminalidade? O delator é digno de merecer o perdão judicial do Estado somente porque resolveu “denunciar” seu ex-comparsa de empreitada criminosa?

¹⁴ NUCCI, Op. cit., p. 721.

3.3 SUJEITOS: ATIVO E PASSIVO

Acerca da identificação do sujeito ativo da lavagem de dinheiro, podemos destacar três correntes, a saber: A primeira corrente entende que o crime de lavagem de dinheiro é fato posterior não punível para o agente do crime antecedente. Delmanto¹⁵ entende que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, com exceção do autor, co - autor ou partícipe condenado pelo crime antecedente. Para o ilustre doutrinador, seria *bis in idem* punir o mesmo agente pelo crime antecedente e também pela lavagem de dinheiro. Portanto, a última conduta seria atípica. É a aplicação do princípio da consunção. A lavagem de dinheiro seria mero exaurimento do crime anterior. O agente apenas incrementa o ataque ao mesmo bem jurídico violado pela norma anterior. Não há concurso de crimes entre o crime antecedente e a lavagem de dinheiro. Esta corrente é predominante na França, Itália, Alemanha e Espanha¹⁶.

O agente do crime pressuposto não pode responder por lavagem de dinheiro. Este mesmo entendimento é aplicado para a hipótese de crime de receptação (art. 180 CP). O crime de lavagem de dinheiro não seria dotado de autonomia típica. Esta corrente considera que o bem jurídico tutelado em ambos os tipos penais é o mesmo.

A segunda corrente entende que não seria possível exigir conduta diversa do autor do crime antecedente. Porquanto, o autor do crime antecedente iria naturalmente ocultar ou dissimular a origem dos ativos. Portanto, segundo estas correntes, os autores dos crimes anteriores não poderiam ser responsabilizados por lavagem de dinheiro.

A terceira corrente, em consonância com na Lei de Lavagem, entende que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa natural. Nesse sentido: Nucci et. al. entendem que o sujeito ativo da lavagem de dinheiro pode ser qualquer pessoa, inclusive o autor, co - autor ou partícipe do crime antecedente¹⁷.

¹⁵ DELMANTO, Loc. cit., p. 552-553

¹⁶ MACEDO, Op. cit., p. 65

¹⁷ NUCCI, Op. cit., p. 715; MAIA, Op. cit., p. 92; OLIVEIRA, Op. cit., p. 324; CALLEGARI, Op. cit., pp. 71-75; BONFIM, Op. cit., p. 52 e MENDRONI, Op. cit., pp. 32.

No mesmo sentido, é a posição do STJ nos autos do RHC 19.902, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp. Um exemplo seria o do agente do crime de tráfico de drogas que depois vem a ocultar ou dissimular a origem ilícita dos valores no mercado financeiro. O crime de lavagem de dinheiro possui autonomia. Já no crime de receptação, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, exceto o coautor e o partícipe do crime pressuposto.

Não há previsão de responsabilidade penal de pessoa jurídica na Lei de Lavagem de Dinheiro. Os sujeitos passivos são o Estado e a sociedade. A ação penal é pública e incondicionada.

3.4 BEM JURÍDICO PROTEGIDO

É o bem ou interesse tutelado pela norma penal incriminadora. Não há uniformidade na doutrina acerca do bem jurídico protegido na Lei 9.613/98. A 1ª corrente entende o seguinte: As condutas previstas na Lei de Lavagem violam o mesmo bem jurídico que é protegido pela lei que prevê o crime antecedente. Esta corrente não seria a mais acertada, pois o tipo penal da lavagem serviria também para proteger o bem jurídico violado com a prática do crime antecedente. Assim, no caso de lavagem proveniente de crime de concussão, o bem jurídico protegido pela Lei 9.613/98 seria a Administração Pública. Haveria uma superproteção ao bem jurídico ofendido pelo crime anterior. Seria o supertipo na expressão utilizada por Antônio Pitombo¹⁸.

A 2ª corrente sustenta que o bem jurídico protegido pela Lei de Lavagem é diverso daquele que é violado pela prática do crime antecedente.

Para Luiz Flávio Gomes et. al., o bem jurídico tutelado é a ordem econômica ou socioeconômica do país, a qual sofreria prejuízos em razão da lavagem de ativos¹⁹.

A economia formal é atingida em decorrência dos seguintes fatos: prejuízos à livre concorrência, à livre iniciativa e às leis da oferta e da

¹⁸ Luiz Flávio Gomes (2007), Marco Antonio de Barros (2008) e William Terra de Oliveira (1998).

¹⁹ CAPEZ, op. cit., p. 588.

procura. Também haveria geração de desemprego, inflação devido aos ingressos de capitais de origem ilícita na economia formal.

As instituições financeiras sofreriam descrédito perante a sociedade. Nesse sentido, também haveria concorrência desleal entre o investidor probó e o lavador de capitais. Este teria melhores condições financeiras para oferecer produtos e serviços ao consumidor por preços aquém do custo.

A 3ª corrente assevera o seguinte: Rodolfo Tigre Maia²⁰ e Bonfim entendem que a Lei de Lavagem tutela dois ou mais bens jurídicos. Exemplos: Administração da Justiça e a ordem socioeconômica. Portanto, o crime de lavagem seria pluriofensivo²¹.

Para Marcelo Mendroni, o bem jurídico protegido é a Administração da Justiça e também a ordem socioeconômica²². Segundo Fausto de Sanctis, o bem jurídico protegido é diretamente a ordem sócio-econômico-financeira e, indiretamente, a Administração da Justiça²³.

Segundo o STF, o bem jurídico protegido na Lei de Lavagem de Dinheiro é a Administração da Justiça, senão vejamos: No acórdão, o Ministro Sepúlveda Pertence afirma: parece ser “a mais convincente das posturas, na discussão a respeito”, a que “identifica na Administração da Justiça o bem jurídico protegido por sua incriminação “(1ª T., RHC 80.816.6/SP, j. 10.4.2001, vu – DJU 18.6.2001).

3.5 TIPO OBJETIVO E SUBJETIVO

A doutrina também diverge acerca do elemento subjetivo. Todos os crimes previstos na lei são dolosos. O dolo é a vontade livre e consciente de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens. Deve o conhecimento da origem ilícita ser anterior ou concomitante à conduta do agente. Não há modalidades culposas nesta lei.

²⁰ MAIA, Op. cit., pp. 54-55.

²¹ MAIA, citado por BOMFIM, 2005, p. 29.

²² Marcelo Mendroni, p. 31

²³ DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro*. Campinas, São Paulo: Editora Mellennium, 2008, p. 33.

A maioria da doutrina entende que o único elemento subjetivo previsto nesta lei é o dolo direto. Entretanto, William Terra de Oliveira, et. al. admitem, em situações excepcionais, a presença do dolo eventual.

O pensamento doutrinário no sentido da admissibilidade da aplicação do dolo eventual é ladeado por William Terra de Oliveira:

“O dolo eventual somente pode ser admitido se o sujeito está de alguma forma investido em uma posição de garantia em relação à inevitabilidade do resultado ou se sua conduta é relevantemente causal no processo de lavagem de dinheiro. Por exemplo: um diretor de uma instituição financeira (que tem a obrigação legal de comunicar operações financeiras suspeitas ao Conselho de Fiscalização de Atividades Financeiras – COAF) sabe que determinada operação se presta ao procedimento de lavagem de dinheiro, e mesmo assim não comunica tal fato às autoridades, ou ainda revela ao seu cliente que realizou dita comunicação, possibilitando um aperfeiçoamento da operação e um conseqüente benefício do operador. Tal comportamento se aproxima do dolo eventual e portanto sua conduta será típica”²⁴.

A doutrina garantista entende que é fato atípico o agente utilizar na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que deveria saber serem provenientes de qualquer dos crimes elencados no artigo 1º dessa mesma lei.

Nestas operações, quem pratica, deve saber, ou pelo menos admitir que realiza ou concorra, de algum modo, para a lavagem de dinheiro. É possível tanto o dolo direto quanto o dolo eventual. Ocorre o dolo eventual quando o sujeito ativo atua como garantidor da não produção do resultado, ou quando sua conduta é penalmente relevante. Exemplo de crime de lavagem de dinheiro a título de dolo eventual: gerente de

²⁴ William Terra de Oliveira, Rodolfo Tigre Maia e Carlos Márcio Rissi citado por MACEDO, Op. cit., p. 78.

banco que deixa de comunicar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras uma operação suspeita de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, o agente só poderá ser punido quando praticar quaisquer das condutas descritas no tipo penal incriminador e tiver conhecimento da origem criminosa dos bens, direitos ou valores.

A redação do art. 1º, § 2º, II desta lei, dispõe acerca da associação para a lavagem de dinheiro. Este dispositivo suscita discussões acerca de seu elemento subjetivo. Este tipo foi mencionado no Item 44 da Exposição de Motivos desta lei. Será que este dispositivo também abrange o dolo eventual? Aqui, não se exige que um membro do grupo, associação ou escritório pratique diretamente a ocultação ou dissimulação dos ativos. O agente, ainda que não pratique conduta de lavagem, estará sujeito às cominações deste dispositivo. Contudo, é imprescindível que o agente seja membro da associação e saiba da atividade ilícita desenvolvida. Ademais, a participação só será punível se houver relevância penal. Não se pode punir um empregado de um escritório de advocacia que não autor ou partícipe do delito de lavagem, somente porque ele exerce suas atividades naquele local. Seria caso de responsabilidade penal objetiva. Ademais, no art. 2º III, do art. 1º, é possível se observar violação ao princípio da isonomia. É que a lei comina a mesma pena para o autor e também para o partícipe. Este entendimento deriva da legislação comparada aqui incorporada pelo Brasil (Item 44 da Exposição de Motivos desta Lei). No entanto, aqui devemos aplicar o art. 29, caput, do Código Penal, o qual reza: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Em regra, o Código Penal adotou a Teoria Unitária ou Monística do concurso de pessoas. Muito embora todos os agentes respondam pelo mesmo crime, deverá a pena ser individualizada para cada coautor ou partícipe do fato (art. 59, CP).

Aquele funcionário que somente realiza simples serviços gerais e desde que não tenha qualquer conhecimento das atividades ilícitas, não poderia responder por nenhum crime. Estará ausente o liame subjetivo. Partícipe é aquele que não realiza o núcleo do tipo, mas induz, instiga ou auxilia materialmente o autor ou o coautor a praticar a conduta descrita no tipo.

Também vale mencionar a participação de menor importância prevista no art. 29 § 1º, do Código Penal, o qual reza: “Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço)”. Um funcionário que realiza simples serviços gerais no escritório, embora tenha conhecimento das atividades ilícitas, não poderia receber o mesmo tratamento jurídico - penal que é dispensado ao autor ou co-autor do crime de lavagem.

De acordo com a redação do art. 1º, § 2º, desta lei, o sujeito ativo só poderá ser responsabilizado se praticar operações de lavagem sabendo (dolo direto) que os ativos são originários de algum crime anterior contido naquele rol.

Aqui o dolo eventual não seria compatível com a conduta do lavador. Em sentido contrário: basta o dolo eventual²⁵. Não seria possível a condenação do agente por lavagem de dinheiro (quando este não praticou qualquer conduta típica) quando restar provado que ele deveria saber da procedência ilícita dos bens, direitos ou valores. Nesse sentido, não se pode cogitar de presunção de culpa no Direito Penal.

Quanto ao crime tentado, pode-se dizer o seguinte:

A tentativa do crime de lavagem de dinheiro está prevista no art. 1º, § 3º desta Lei. Este dispositivo é ocioso, pois a tentativa de crime já está prevista na art. 14, parágrafo único, do Código Penal. Ocorre crime tentado, quando, iniciada a execução da lavagem de dinheiro, esta não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do lavador.

Sobre a tentativa, Marcelo Mendroni²⁶ exemplifica:

Imagine-se a hipótese em que o agente deposita R\$ 2 milhões em uma conta de um “laranja”, e este emite ordem de transferência do valor a outra conta no exterior. O banco, analisando o perfil

²⁵ NELSON JOBIM citado por BONFIM, op. cit., p. 48.

²⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo; Atlas, 2006, p. 34.

daquele correntista, desconfia e comunica às autoridades, que conseguem o bloqueio do valor. Evitada desde logo a primeira transferência, por circunstâncias alheias à vontade do agente - pela disciplina e percepção do agente bancário que suspeitou da transação-, estará configurada a tentativa da prática do crime de lavagem de dinheiro.

Quando o agente do delito antecedente não obtiver a vantagem apta à lavagem (crime tentado), deve-se entender que não há falar em lavagem de dinheiro.

Também é possível que o agente do delito antecedente não consiga obter os valores, e, ainda assim, o crime de lavagem restará consumado. Luciano Feldens²⁷ oferece um exemplo:

Pense-se no exemplo do art.159 do CP, crime formal em que a consumação se verifica com o sequestro da pessoa para cujo resgate a vantagem ilícita é exigida; mesmo sem a obtenção dessa vantagem, o delito estará consumado.

4. DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS

4.1 PROCEDIMENTO

De acordo com a Reforma do Código de Processo Penal, o procedimento descrito na Lei de Lavagem de Dinheiro deve ser o comum ordinário (art. 394, § 1º, I). Isso porque os crimes nela previstos possuem sanção máxima cominada superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade. Segundo o art. 394, § 4º do Código de Processo Penal, devem ser aplicados os arts. 395 a 397 do mesmo estatuto adjetivo ao procedimento especial de primeiro grau descrito na Lei nº 9.613/1998.

²⁷ FELDENS, Op. cit., 2009, p. 228.

Não é possível aplicar o procedimento sumaríssimo dos juizados especiais criminais, nem a suspensão condicional do processo ao rito estabelecido nesta lei. Todavia, é cabível a aplicação de penas restritivas de direitos ao lavador, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

De acordo com a Reforma do Código de Processo Penal, agora a sequência dos atos processuais atinentes ao procedimento comum ordinário é a seguinte: rejeição ou recebimento liminar, citação do acusado para resposta, resposta do acusado, julgamento antecipado e absolvição sumária, audiência de instrução, interrogatório e julgamento, requerimento de diligências, alegações finais e sentença. Sobre a reforma processual, Mendonça²⁸ escreve:

“Assim, em todo e qualquer procedimento de primeiro grau será necessária a observância da defesa inicial, por escrito, bem como será possível a absolvição sumária do acusado”.

A recente reforma do Código de Processo Penal foi necessária e oportuna. Embora o estatuto adjetivo ainda careça de outras modificações, houve uma reafirmação do sistema acusatório e das garantias do acusado buscando sempre consonância com a CF/88.

4.2 COMPETÊNCIA

A Justiça Estadual é a competente para julgar, por exclusão, todas as infrações que não sejam de competência da justiça especializada ou da Justiça Federal. A competência da Justiça Federal está delimitada nos arts. 108 e 109 da CF/88.

A competência para o processo de julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro está regulada no art. 2º, III, da Lei nº 9.613/1998. A Justiça Federal será competente quando o crime for praticado contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou contra a ordem econômico-

²⁸ MENDONÇA, op. cit. p. 250.

financeira (Lei nº 8.176/91), ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas, empresas públicas, e ainda, quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal. É possível facilmente compreender o inciso II do art. 2º desta lei, senão vejamos: A primeira parte da alínea **a** deste inciso apenas reproduz a parte final do inciso VI do art.109 da CF/88. Já a segunda parte da alínea **a** do inciso III do art. 2º reafirma o disposto no inciso IV do art.109 da CF/88. Portanto, em razão de anterior disposição pelo constituinte, seria até redundante a previsão da competência para os crimes de que trata esta lei.

É sabido que no rol taxativo do art. 1º, desta lei, há crimes que são de competência da Justiça Estadual. Os crimes de extorsão mediante sequestro, tráfico ilícito de entorpecentes e os crimes contra a Administração Pública - desde que tenham âmbito estadual e não lesionem interesses da União ou de suas entidades - são de competência da Justiça Estadual. Portanto, conforme notamos, nem sempre os crimes antecedentes são de competência da Justiça Federal.

A competência para o processo e julgamento do tráfico internacional de entorpecentes é da Justiça Federal (art.109, V e IX da CF/88.). No entanto, de acordo com a Súmula 522 do STF, se o tráfico de entorpecentes ocorrer dentro do Estado da Federação e não tiver repercussão interestadual, a competência será da Justiça Estadual.

Em regra, a competência para o processo e julgamento dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento é da Justiça Estadual. A competência será da Justiça Federal em caso de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição (art. 18 da Lei 10.826/03).

Portanto, a competência para processar e julgar os crimes de lavagem de dinheiro será da Justiça Estadual quando o crime precedente não for de competência da Justiça Federal e também não se incluir no art. 2º, III, "a" da Lei nº 9.613/1998.

Luiz Flávio Gomes, assim escreve sobre a competência:

Na eventualidade de que o bem jurídico protegido não seja a ordem socioeconômica (é de se supor a existência de crimes de lavagem de pequena monta que não chegam a colocar em risco o bem jurídico supraindividual), então deve prevalecer a literalidade do dispositivo: em regra a competência é da Justiça Estadual e excepcionalmente da Justiça Federal. Quando escrevemos pela primeira vez sobre o assunto,

estávamos convencidos de que o bem jurídico seria sempre a ordem econômico-financeira. Hoje já não afirmariamos isso categoricamente, pois nem sempre a lavagem pode chegar a afetar toda a economia, de tal modo a tangenciar interesses concretos da União. A competência para conhecer e julgar o crime em apreço, em suma, dependerá do exame de cada caso concreto, o que não constitui novidade alguma porque hoje é em cada situação concreta que decidimos, com base no art. 109 da Constituição Federal, se a competência é da justiça estadual ou federal.²⁹

A seguir estão descritos alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca da competência nos crimes de lavagem de dinheiro, senão vejamos:

A competência para o crime de lavagem de dinheiro é definida diante do caso concreto e em função do crime antecedente. Se o crime anterior for de competência da Justiça Federal, caberá a esta o julgamento do processo relacionado ao crime acessório. Compete à Justiça Estadual, o processo e julgamento de delito de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores oriundos, em tese, de crimes falimentares, estelionatos e falsidade, se inexistente, em princípio, imputação de delito antecedente afeto à Justiça Federal³⁰.

A competência da Justiça Federal para o processo e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira circunscreve-se às hipóteses previstas na Lei 7.492/86, não podendo ser ampliada para abranger crimes que, embora afetem a economia ou o sistema financeiro, não estão nela previstos. Compete ao Juízo Estadual da Comarca onde se consumou a conduta tendente à dissimulação de valores provenientes de conduta ilícita processar e julgar o crime de lavagem de dinheiro³¹

Supostos delitos praticados por operações de empréstimo, utilizando cartão de crédito com simulação de compra, lesando vítima e outros

²⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Delação premiada e aspectos processuais penais*. Material da 2.ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e virtual em Ciências Penais – UNISUL/REDE LFG., p. 25.

³⁰ STJ citado por MACEDO, op. cit., p. 107.

³¹ MACEDO, Op. cit., p. 108.

clientes, não consubstanciam operações financeiras, enquadrando-se, em tese, nos crimes contra a economia popular, de competência da Justiça Estadual (STJ, CC 32.092/SP, 3ª Seção, DJ 08.04.2002)³².

Assim, é certo que a grossa camada destes crimes haverá de ser processada perante a Justiça Federal, mormente em face de suas ramificações internacionais e de natureza jurídica de alguns bens que a lei visa tutelar. Contudo, sobra espaço para o Juiz de Direito Estadual conhecer, processar e julgar aquele a quem seja imputada a conduta³³.

Crimes contra a ordem econômico-financeira: trata-se, primordialmente dos delitos previstos nas Leis 8.137/1990 e 8.176/1991. Consolidada a jurisprudência no sentido de que estes delitos, se não importarem lesão a bens, serviços ou interesses da União (v.g., apropriação indébita previdenciária, por se tratar de tributo federal), deverão ser processados e julgados perante a Justiça Estadual³⁴.

Há uma questão interessante acerca da constitucionalidade e legalidade da criação de varas especializadas no âmbito dos Tribunais Regionais Federais.

É indubitoso que a Lei 9.613/98 não criou varas especializadas para processar e julgar os crimes de lavagem de dinheiro. A instituição de varas especializadas deveu-se à necessidade de combater a lavagem de dinheiro de forma mais eficaz e diferenciada em relação aos meios de repressão à criminalidade clássica. Era necessária a presença de recursos humanos mais qualificados e também suficiente aporte de recursos financeiros e tecnológicos para a apuração dos referidos crimes.

Os agentes da persecução penal devem possuir certo grau de conhecimento jurídico, técnico e científico para bem desempenhar suas atividades de repressão à macrocriminalidade econômica. A criação de varas especializadas por meio de resolução administrativa suscitou controvérsias na doutrina e jurisprudência.

No entanto, as varas especializadas não foram criadas por lei ordinária federal, e sim, por meio de resolução administrativa. Assim

³² AVENA, Norberto. *Processo penal: esquematizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009, p. 622.

³³ MACEDO, Loc. cit., p. 108.

³⁴ AVENA, Loc. cit., p. 623

sendo, travou-se intenso debate acerca da constitucionalidade da instituição destes órgãos no âmbito de Justiça Federal.

Nesse sentido, discute-se a constitucionalidade da Resolução nº 314 de 12/5/2003 do Conselho da Justiça Federal. Este ato normativo possibilitou aos Tribunais Regionais Federais a criação de varas especializadas com competência para o combate à lavagem de dinheiro e crimes contra o sistema financeiro. Em seu art. 1º, lê-se o seguinte: os Tribunais Regionais Federais, na sua área de jurisdição, especializarão varas federais criminais com competência exclusiva ou concorrente, no prazo de 60 (sessenta) dias, para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores³⁵.

Posteriormente, cada TRF em sua respectiva região, baixou sua resolução para atender ao supracitado ato normativo. Há uma corrente que considera inconstitucional a Resolução nº 314 do Conselho Nacional da Justiça Federal em razão da infringência aos seguintes dispositivos constitucionais: arts. 5º, XXXVII, LIV, 61, II, b, 62, § 1º, I, b, 68, § 1º, I, da CF/88, 96, II, d e 105, parágrafo único. Também aquela resolução violaria o art. 14, I, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de Nova Iorque e o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.

Em suma, os argumentos são os seguintes: a resolução não é lei em sentido formal, e, portanto não poderia criar competência absoluta (em razão da matéria).

Ademais, segundo o art.96, II, d, CF/88, caberia aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo a alteração da organização e da divisão judiciárias. Além disso, argumenta que os arts. 6º, XI, e 12, última parte, da Lei nº 5.010/66 foram revogados tacitamente pela Lei nº 8.472/92.

Também é possível suscitar a infringência a *perpetuatio jurisdictionis*. Quando um processo está em curso em uma vara federal, ainda que seja instituída nova vara especializada, não deveria aquele processo ser

³⁵ DELMANTO, Op. cit., p. 568 a 571.

remetido ao novo órgão jurisdicional. Nesse sentido, o processo deve permanecer no juízo natural preexistente à prática do crime.

Fernando Capez³⁶, assim dispõe acerca da perpetuação da competência:

Outra situação interessante é a da criação de nova vara, quando o processo já se encontra em andamento no juízo existente, o qual era, até então, competente. Neste caso, a não ser que o juízo anterior se torne absolutamente incompetente em razão da matéria ou prerrogativa de função, a competência não se desloca, perpetuando-se a competência inicialmente fixada. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Proposta a ação penal, ainda quando não instalada a vara federal no interior do Estado, firma-se a competência do Juiz processante, ante a combinação dos arts. 3º. do CPP e 87 do CPC” (STJ, 5ª. T., RHC 4.796/SP, DJU, 20 nov. 1995, p. 39611). A determinação da competência ocorre no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevante posteriores modificações do estado de fato ou de direito, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria (se o crime fosse de competência de justiça comum e passasse à Justiça Federal, hipótese bem diferente da acima mencionada, haveria o deslocamento de juízo).

Contudo, é possível que o Supremo Tribunal Federal entenda que a criação de varas especializadas para julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro não fere a Constituição Federal. É que, segundo o STF não ocorreu infringência ao princípio do juiz natural, pois as resoluções não instituíram tribunais de exceção.

4.3 DENÚNCIA

O art. 2º, § 1º, da Lei 9613/98 dispõe: § 1º. “A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente (...)”.

É evidente que a denúncia deve conter, sob pena de inépcia, as provas da materialidade e autoria do crime de lavagem de dinheiro

³⁶ CAPEZ, Op. cit., p. 245

(art. 395, CPP). No entanto, a lei suscita controvérsias quando dispõe sobre a materialidade e autoria do crime antecedente. A lei dispensa a difícil prova da autoria do crime anterior. Todavia, a lei exige indícios suficientes da sua existência. A denúncia pelo crime de lavagem de dinheiro deverá ser instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente. No entanto, é desnecessário haver prova cabal da materialidade do crime anterior. Indícios da origem ilícita dos bens não são meras suspeitas ou suposições.

Os indícios da materialidade do crime anterior devem ser razoáveis, precisos, coerentes e racionais. Os indícios poderiam ser, por exemplo: a existência de negócios ilícitos, elevadas transferências patrimoniais para pessoas não identificadas e a criação de empresas de fachada. A denúncia deve ser rejeitada por inépcia se não houver um lastro probatório mínimo relativo ao crime anterior (*justa causa*).

A indagação que se formula é a seguinte: Como o juiz poderá considerar ocorrido um crime antecedente, quando a própria lei dispensa a prova de sua autoria, contentando-se apenas com indícios suficientes? Sabemos que, para o oferecimento da denúncia por lavagem de dinheiro, bastam indícios suficientes da existência do crime anterior. (Item 61 da Exposição de Motivos). Antonio Pitombo defende que deve haver prova cabal da existência do crime antecedente para a condenação por lavagem³⁷.

A despeito da omissão legal, entendo que a denúncia por lavagem de dinheiro, sempre que possível, deveria ser instruída também com a prova da autoria do crime antecedente. Entretanto, a sentença condenatória pelo crime de lavagem de dinheiro não pode estar baseada somente em indícios suficientes da existência do crime anterior.

A doutrina garantista critica a opção legislativa aduzindo que indícios da prática do crime antecedente não levariam à certeza da existência do crime de lavagem. O fato antecedente deve ser pelo menos típico e ilícito.

A autonomia processual do crime de lavagem de dinheiro está prevista no art. 2º, inciso II, desta lei. O legislador dispõe que o processo

³⁷ PITOMBO, op. cit., p. 131.

e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro não dependem do processo e julgamento dos crimes antecedentes, ainda que estes sejam praticados em outro país.

O legislador brasileiro criou esta autonomia se inspirando no art. 2º, 6, do Regulamento Modelo da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas.

No entanto, a autonomia do processo e julgamento por crime de lavagem de dinheiro não é tão absoluta como assevera o legislador. É que pode haver conexão ou prejudicialidade da lavagem de dinheiro com o crime que lhe é antecedente. A conexão existente entre o crime anterior e a lavagem é probatória ou instrumental (art.76, III, CPP). A questão prejudicial homogênea é aquela que pertence à mesma natureza da questão prejudicada. A questão relativa à existência do crime antecedente é prejudicial à questão referente à lavagem de dinheiro.

Segundo Nucci³⁸:

Se o processo pelo crime antecedente estiver em andamento considera-se a situação uma questão prejudicial homogênea, merecedora de gerar a suspensão do processo pelo delito de lavagem até que o outro seja julgado. Afinal, é possível que o juiz considere o crime inexistente (ou o fato inexistente) inviabilizando a punição por infração penal prevista na Lei 9.613/98.

Sobre a prova da existência do crime antecedente, Marco Antônio de Barros aduz o seguinte:

A comprovação da ocorrência do crime básico configura uma questão prejudicial do próprio mérito da ação penal em que se apura a prática do crime de lavagem. Desse modo, ao fundamentar a sentença condenatória, o juiz tem o dever de abordar essa questão, afirmando estar convencido

³⁸ NUCCI, Op. cit., p. 722.

da existência do crime antecedente, apontando as provas dos autos que o levam a formar essa convicção.³⁹

Apesar de a Exposição de Motivos aludir à separação obrigatória de processos, é recomendável que haja unidade de processo e julgamento. Assim sendo, serão evitadas decisões contraditórias. No entanto, haverá separação absoluta de processos quando o crime precedente tiver sido praticado em outro país.

Segundo Callegari,

“os bens terão de proceder de um fato antecedente típico e antijurídico tanto no país onde foram realizados como no Brasil, o que significa a adoção do princípio da dupla incriminação previsto na extradição”⁴⁰.

É possível haver processo por crime de lavagem de dinheiro ainda que os bens, direitos ou valores sejam oriundos de crimes antecedentes praticados no estrangeiro. Todavia, em razão do princípio da dupla tipicidade, é necessário que a conduta antecedente seja considerada crime no país estrangeiro e também aqui no Brasil (art. 7º, § 2º, b, CP c/c art. 6.2, c da Convenção de Palermo).

O eminente jurista também aduz que os delitos de terrorismo e os de organizações criminosas se praticados no Brasil e no estrangeiro não são aptos a gerar bens idôneos a ser lavados, porque no Brasil não há descrição típica destas condutas precedentes⁴¹.

Caso o autor do crime antecedente seja absolvido por inexistência material do fato, não constitui o fato antecedente infração penal ou em razão de causa excludente de ilicitude, não será possível a condenação por crime de lavagem. Todavia, se o autor do crime antecedente for

³⁹ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 209.

⁴⁰ CALLEGARI, *Ibidem*, p. 152

⁴¹ CALLEGARI, *Op. cit.*, p. 98-99

absolvido em razão de uma causa excludente de culpabilidade ou extintiva de punibilidade, salvo anistia e *abolitio criminis*, é possível o agente ser condenado pelo crime de lavagem de dinheiro.

Luiz Flávio Gomes entende o seguinte:

“para a existência do processo por crime de lavagem não importa se o delito prévio está ou não *sub judice*, se foi ou não julgado, se foi praticado no Brasil ou em outro país. Nisso reside a autonomia processual da lavagem de capitais”⁴².

Callegari escreve que⁴³:

Para maior segurança, seria melhor uma sentença transitada em julgado do delito prévio, reconhecendo a comissão do delito antecedente que pode originar os bens aptos a serem lavados, pois pode ocorrer o caso em que o sujeito é condenado pela comissão do delito de lavagem com base na prova indiciária, mas no processo do delito prévio, resta absolvido.

No entanto, a lei não exige sentença definitiva do crime antecedente como pressuposto para oferecer denúncia por delito de lavagem.

A mera existência de indícios da prática do crime antecedente ou a dúvida sobre sua ocorrência não autorizaria o juiz a condenar o réu por crime de lavagem de dinheiro.

A Lei de Lavagem em seu art. 2º, III, § 1º, parte final, adotou a teoria da acessoriedade limitada senão vejamos: §1º “A denúncia será (...), sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime”. Trata-se da autonomia material do crime de lavagem de dinheiro. O partícipe só responde pelo crime se o fato praticado pelo autor por típico e ilícito. Não

⁴² GOMES, Op. cit., p. 25.

⁴³ CALLEGARI, op. cit., 153

importa se o autor do crime antecedente é inimputável. Portanto, o legislador abraçou a teoria segundo a qual crime é fato típico e antijurídico. A culpabilidade é de somenos importância.

É possível o agente ser processado por crime de lavagem ainda que seja desconhecido ou isento de pena o autor do crime antecedente (art.2º, III, b, § 1º). Há semelhante disposição no crime de receptação qualificada previsto no art.180, § 4º do Código Penal que assim dispõe: a receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa. Ainda que o autor do fato antecedente seja um inimputável, é possível que o agente do crime de lavagem seja processado. Portanto, o sujeito ativo do crime de lavagem pode ser diverso do autor ou partícipe do fato antecedente.

4.4 SUSPENSÃO DO PROCESSO

A suspensão do processo e do curso da prescrição ocorrem quando houver citação por edital e não comparecer o acusado e nem for constituído advogado. Quando o acusado não comparece, mas há advogado constituído nos autos para defendê-lo, não cabe suspensão do processo.

O CPP não define o tempo durante o qual o processo e o curso da prescrição permanecem suspensos aguardando a localização do acusado. O prazo de prescrição não pode permanecer suspenso sem limite temporal. A CF/88 só estabeleceu imprescritibilidade para os crimes de racismo e ações de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLII e XLIV).

O mais razoável seria considerar que o limite do prazo de suspensão do curso da prescrição deve corresponder ao máximo cominado da pena privativa de liberdade (art. 109, CP). Uma vez findo o prazo da suspensão, será contado o tempo antes decorrido. Acerca da incidência do art. 366 do CPP, o STF atendeu que toda a norma é irretroativa porque a suspensão do prazo de prescrição é menos benéfica para o acusado. O art.63 do CPP dispõe o seguinte:

Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312, caput do CPP.

No entanto, o legislador proibiu a aplicação do art. 366 do CPP aos processos por crime de lavagem de dinheiro. Esta é a dicção do art. 2º, § 2º, desta lei, senão vejamos:

§ 2º. No processo por crime previsto nesta lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal.

É importante observar que o art. 2º, § 2º contraria o art. 4º, § 3º da mesma lei. Esta antinomia tem provocado divergências na doutrina e jurisprudência.

No Item 63 da Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/98 lê-se: “Trata-se de medida de política criminal diante da incompatibilidade material existente entre os objetivos desse novo diploma e a macrocriminalidade representada pela lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores oriundos de crimes de especial gravidade. A suspensão do processo constituiria um prêmio para os delinquentes astutos e afortunados e um obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos que se desenvolvem em parceria com a lavagem e a ocultação”.

Segundo o legislador, a suspensão do processo dificulta a descoberta dos crimes precedentes e a apreensão do produto do crime. Ademais, a suspensão do processo importaria em reforço ao combate estatal à lavagem de capitais. Portanto, o processo por crime de lavagem de dinheiro contra o acusado revel deveria prosseguir com a nomeação de defensor. Ora, o acusado, ainda que esteja em local incerto e não sabido, deve ter ciência efetiva dos fatos contidos na denúncia. O acusado revel não pode ser condenado sem que tenha plena ciência da exordial acusatória. Portanto, se o acusado, citado por edital não comparecer e nem constituir advogado, o processo por lavagem de dinheiro não poderia prosseguir sem a sua presença. É que não seria concebível condenar alguém sem ser ouvido.

O art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São Jose da Costa Rica ratificada no Brasil pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992 assim dispõe:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o

processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;”

Os princípios do contraditório e da ampla defesa têm estatura constitucional. Em razão disso, a doutrina garantista entende que o art. 2º, § 2º é inconstitucional por ferir o devido processo legal. Portanto, o curso do processo deve permanecer suspenso enquanto não houver comparecimento pessoal do réu. Os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados. Como é sabido, a suspensão do prazo prescricional prevista no art. 366 do CPP milita contra o réu revel. Ora, a persecução penal não fica prejudicada em razão da suspensão do processo visto que o juiz pode determinar medidas acautelatórias (busca e apreensão, arresto de bens, direitos e valores). Inclusive, é cabível a decretação da prisão preventiva quando presentes seus requisitos.

Luiz Flávio Gomes, Marco Antonio de Barros, Delmanto e Maia entendem que deve prevalecer o art. 4º, § 3º desta lei. Este dispositivo permite, nas hipóteses de citação por edital, a suspensão do processo aos acusados de crimes de lavagem de dinheiro⁴⁴.

No entanto, Nucci⁴⁵ entende que o art. 2º § 2º, da Lei de Lavagem deve prevalecer em relação ao art. 4º, § 3º da mesma Lei, senão vejamos:

Logo, o objetivo do art. 2º, § 2º da Lei 9.613/98 foi claro⁴⁶: impedir a suspensão do processo, quando houver a citação por edital. Esta forma de citação - que consideramos vetusta e desnecessária - perdura. Assim sendo, desatendido o chamamento é lógico que o processo terá prosseguimento. No mesmo sentido: Gilmar

⁴⁴ GOMES, Op. cit., p. 357; BARROS, p. 84; DELMANTO, Op. cit., p. 574; MAIA, Op. cit., p. 125.

⁴⁵ NUCCI, Op. cit., p. 723.

⁴⁶ NUCCI, Op. cit., Ibidem.

⁴⁷ BONFIM, Op. cit., p. 81 e 82.

Mendes e Roberto Mendroni entendem que o art. 2º, § 2º não é ilegal nem inconstitucional.

Há uma terceira corrente que tenta compatibilizar os dois dispositivos dizendo o seguinte: não cabe a aplicação do art. 366 do CPP e o juiz pode determinar a prática de atos visando à conservação dos bens e valores.

Bonfim entende o seguinte:

o legislador somente quis atingir o acusado astuto que se furta à citação pessoal e, com isso, enseja a citação por edital. Portanto, o processo deve prosseguir mesmo sem a presença do réu que se oculta para não ser citado pessoalmente. Adiante, o mesmo autor acrescenta: Entretanto, nos casos de citação por edital em que o réu não é encontrado; quando é inacessível o lugar onde se encontra, a suspensão do processo e do prazo de prescrição se impõem⁴⁷.

Sobre a aplicação do art. 366 do CPP, o jurista Antonio Scarance Fernandes citado por Macedo⁴⁸ defende o seguinte entendimento:

Como no art. 4º, § 3º, é feita menção ao mesmo art. 366, só restringindo a sua aplicação no tocante às medidas cautelares e de sequestro, o melhor entendimento é de que permanece o art. 366 e a suspensão do processo com essa ressalva, ou seja, nos crimes de lavagem de dinheiro, apesar da suspensão pode 'o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores. Outra interpretação tornaria impossível a conciliação dos dois preceitos contidos na Lei de Lavagem de Dinheiro, pois, se em face do art. 2º, § 2º, não se aplicasse nunca o art. 366 nos processos por crimes de lavagem de dinheiro, a

⁴⁸ FERNANDES, 2000. In: MACEDO, Op. cit., p. 116.

ressalva do art.4º, § 3º, não teria qualquer sentido, seria inócua.

4.5 PROIBIÇÃO DE FIANÇA

A CF/88 somente previu as seguintes infrações inafiançáveis, a saber: racismo, crimes hediondos e assemelhados e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. No entanto, esta lei dispõe sobre a inafiançabilidade do crime de lavagem de dinheiro. A Lei 9.613/98 seguiu a mesma disposição proibitiva de fiança constante nas seguintes leis: Lei dos Crimes Hediondos, Lei do Crime Organizado e Lei Antidrogas. Ora, não poderia o legislador ordinário ampliar as hipóteses de inafiançabilidade além dos limites traçados pelo constituinte. No entanto, também há entendimento diverso: A CF/88 não proibiu que a lei ordinária criasse outras hipóteses de inafiançabilidade. É que na redação deste dispositivo da CF/88, não se lê: somente são inafiançáveis os crimes (...). Nesse sentido, a lei ordinária poderia prevê outros casos de infrações inafiançáveis.

De acordo com a Lei 9.613/98, o acusado preso em flagrante, não poderá ser colocado em liberdade mediante a prestação de fiança. Ora, justamente nos crimes de lavagem de dinheiro é que o legislador deveria exigir a prestação de elevados valores de fiança. Sabemos que o sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro, em geral, possui elevada capacidade econômica para prestar fiança.

O valor da fiança deveria ser proporcional aos bens, direitos e valores de origem supostamente ilícita. O legislador poderia também estabelecer que o valor da fiança fosse equivalente ao prejuízo supostamente causado ao bem jurídico protegido ou à gravidade concreta do delito.

O legislador não deveria ter vedado a prestação de fiança porque, em última análise, esta representa uma garantia do pagamento da multa, das custas e indenização da vítima ou sua família. A vedação absoluta à concessão de fiança pelo legislador ordinário deve ser reputada inconstitucional. Portanto, se ausentes os requisitos da prisão cautelar, deveria o legislador ter permitido ao juiz a concessão da liberdade provisória com fianças de alto valor. Obviamente, se o réu for pobre

(CPP, art. 350) ou se presente uma causa de exclusão de ilicitude (CPP, art. 310), caberá ao juiz conceder a liberdade provisória sem fiança.

4.6 PROIBIÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

O art. 3º da Lei 9.613/98 proíbe expressamente a concessão de liberdade provisória ao lavador de dinheiro. No entanto, o art. 5º, LXVI da CF/88, dispõe: Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

A partir de uma filtragem constitucional, o preso não deve permanecer custodiado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, salvo se presentes os requisitos da prisão cautelar.

A Lei dos Crimes Hediondos vedava a concessão de liberdade provisória. A lei de combate ao crime organizado (art. 7º da Lei nº 9.034/95) ainda mantém semelhante disposição, a qual deve ser reputada inconstitucional. No entanto, o propósito do legislador em vedar de modo absoluto a liberdade provisória provocou inúmeras críticas advindas da doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido, foi editada a Lei nº 11.464/2007 que revogou a segunda parte do inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Esta lei inovou o ordenamento jurídico ao possibilitar a concessão de liberdade provisória sem fiança aos indiciados ou acusados por crimes hediondos e equiparados.

Ora, como a Lei nº 11.464/2007 permite liberdade provisória sem fiança para os crimes hediondos e assemelhados, também se deve considerar que o mesmo entendimento deve se estender aos crimes previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro. Por conseguinte, não é razoável conceder liberdade provisória sem fiança pela prática de homicídio qualificado por motivo torpe e vedá-la ao acusado por crime de lavagem de dinheiro. Não se deve olvidar que, em casos desse jaez, se impõe a aplicação do princípio constitucional implícito da proporcionalidade.

A proibição da liberdade provisória seria uma inconstitucionalidade formal porque viola os princípios da presunção de inocência e do

devido processo legal. Sobre a proibição à liberdade provisória, Nucci⁴⁹ dispõe o seguinte:

Ou o crime é muito grave e não pode o indiciado ou acusado obter liberdade provisória, mas também deve haver a necessária decretação da prisão preventiva, ou, se esta não for obrigatória, a concessão da liberdade provisória também não pode ser automaticamente vedada.

Acerca da vedação à liberdade provisória, Delmanto lembra uma contradição presente no art. 3º, parte final, da Lei de Lavagem, a saber: o acusado, uma vez condenado (que responde ao processo preso ou solto, já que a lei não distingue) pode apelar em liberdade da sentença⁵⁰. Realmente, na parte final do art. 3º deste dispositivo, a própria lei admitiu a liberdade provisória, salvo melhor juízo!

Ademais, a prisão cautelar só poderá ser decretada se presentes a legalidade e necessidade. Cabe ao juiz no caso concreto, e não ao legislador ordinário, decidir sobre a decretação da prisão cautelar ou a manutenção da liberdade. Fernando Capez⁵¹ assim se pronuncia acerca da vedação à liberdade provisória:

Proibir a liberdade provisória por meio de uma regra geral implica subtrair do Poder Judiciário o exercício da atividade decisória e, conseqüentemente, violação aos princípios da independência e da separação dos poderes. O Poder Legislativo estaria julgando todos antecipadamente, subtraindo função típica do Poder Judiciário, o que contraria o art. 2º CF/1988. Além disso, prender o indivíduo antes da sentença final, sem que haja necessidade cautelar, apenas porque a lei determina a obrigatoriedade

⁴⁹ NUCCI, Op. cit., p. 723-724.

⁵⁰ DELMANTO, Loc. cit., p. 576.

⁵¹ CAPEZ, Op. cit., p. 194

da prisão provisória para certos crimes, implica a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, afrontando a presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII da CF/1988. Se uma pessoa, presumivelmente inocente, encontra-se presa antes mesmo da formação de sua culpa e sem que haja necessidade da prisão para o processo, está, na verdade, cumprindo antecipadamente a pena que lhe poderia ser imposta ao final. Nessa hipótese, se ela já está cumprindo a pena, não se pode dizer que há presunção de inocência, mas sim, ao contrário, presunção de culpa.

À vista do exposto, o legislador ordinário não pode pura e simplesmente vedar de forma antecipada e absoluta o exercício do direito fundamental à liberdade provisória. O devido processo legal deve ser observado. O Poder Judiciário não pode sofrer tolhimento na sua função típica de valorar se o réu faz jus à liberdade provisória naquele caso concreto. A proibição à liberdade provisória só seria cabível se presentes os requisitos da prisão preventiva ou temporária.

Portanto, o legislador deveria ter permitido que o juiz, no caso concreto, aquilatasse a possibilidade de concessão da liberdade provisória mediante a prestação de fiança de elevado valor.

A prisão preventiva só pode ser decretada se presentes indícios suficientes de autoria e prova de existência do crime e houver, pelo menos, um dos fundamentos legais a seguir: garantia da ordem pública ou econômica, ou conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Também se exige a presença de uma das hipóteses de admissibilidade prevista no art. 313 do Código de Processo Penal.

4.7 RESTRIÇÃO AO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE

A Súmula nº 9 do STJ dispõe o seguinte: a exigência de prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência. No entanto, esta súmula deve ser reinterpreta da seguinte forma: a exigência de prisão provisória para apelar, caso decretada de

acordo com seus estritos requisitos legais, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência.

O art. 3º desta lei, dispõe:

“Os crimes disciplinados nesta lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. A Lei dos Crimes Hediondos também possui semelhante disposição. É certo que a Lei 9.613/98 não vedou de modo absoluto a apelação do réu em liberdade. No entanto, a vedação à apelação do réu solto só pode ser admitida se presentes os requisitos da prisão preventiva.

Deve ser mencionado que o art. 594 do CPP foi revogado expressamente pela Lei 11.719/08. O art. 387, parágrafo único, do CPP agora com fulcro na CF/88, reza:

“O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

Portanto, a lei não pode condicionar o recolhimento do réu ao cárcere para o conhecimento do recurso de apelação. No mesmo sentido, a Súmula nº 347 do STJ assevera: “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

Discorrendo sobre prisão provisória, Norberto Avena⁵² diz o seguinte:

Neste contexto, depreende-se que, doravante, a única prisão que poderá ser determinada ao réu solto após a prolação da sentença penal

⁵² AVENA, Op. cit., p. 814

condenatória e antes do seu trânsito em julgado é a preventiva, condicionada, obviamente, à presença de seus requisitos autorizadores. Não mais subsiste no ordenamento pátrio, então, a prisão decorrente de sentença condenatória como uma forma própria e autônoma de prisão provisória.

A vedação legal absoluta ao apelo em liberdade não pode ser efeito automático da condenação, sob pena de infringir os princípios da presunção de inocência⁵³ e do duplo grau de jurisdição. Caso a lei ordinária venha a proibir, de modo absoluto, o apelo em liberdade, deverá ser declarada inconstitucional pelo STF ou mediante controle incidental pelo juiz.

Sobre a sentença condenatória recorrível, Feitosa⁵⁴ assevera: “A sentença penal condenatória, se não houver fundamento cautelar, não poderá acarretar a prisão do réu”.

À vista do exposto, o legislador ordinário resolveu atender ao princípio da presunção da inocência e às ponderações da doutrina e jurisprudência.

4.8 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Esta questão é alvo de muitas controvérsias na doutrina.

Será que os bens apreendidos ou sequestrados só poderão ser liberados se o acusado provar sua origem lícita?

O art. 4º, § 2º da Lei 9.613/1988 reza que o denunciado tem o ônus de provar a licitude da origem de seus bens que foram objeto de apreensão ou sequestro. Segundo Barros, a distribuição do ônus da prova não fere o devido processo legal porque o art. 156 do CPP também se aplica à defesa⁵⁵. É importante observar que o perdimento de bens, o qual exige sentença transitada em julgado, não se insere neste dispositivo legal (Exposição de Motivos - Item 66).

⁵³ CF art. 5º, pacto São José Costa Rica, art. 7º, item 6.

⁵⁴ FEITOSA, op. cit., p. 308

⁵⁵ BARROS, Op. cit., p. 238.

O legislador brasileiro aqui seguiu a disposição prevista no art. 5º, nº 7 da Convenção de Viena. Também adotou-se a Recomendação nº 3 do GAFI/FATF⁵⁶

Segundo Nucci⁵⁷, durante a instrução, o ônus da prova é do indiciado ou acusado. A liberação somente ocorreria antes do julgamento da causa, se o interessado provasse a licitude da origem dos bens.

Seria dificultoso e demorado para o Estado provar a origem ilícita dos bens apreendidos ou sequestrados. É que os bens de origem ilícita podem se apresentar misturados com outros de origem lícita. Portanto, o próprio agente seria a pessoa mais indicada e adequada para provar a origem lícita dos seus bens.

O juiz poderá nomear pessoa para administrar os bens apreendidos ou sequestrados quando o acusado não se desincumbir de provar sua origem lícita.

Todavia, há um entendimento favorável ao acusado, senão vejamos: o legislador parece infringir o princípio segundo o qual o ônus da prova incumbe a quem alega. Caberia ao Estado o ônus de provar a ilicitude da origem dos bens, direitos e valores apreendidos ou sequestrados. Não cabe ao réu provar a origem lícita do seu patrimônio, pois a licitude se presume. Inclusive, a dúvida quanto à origem do patrimônio milita a favor do réu. Portanto, caberia ao juiz, durante o processo, determinar a liberação dos bens, direitos e valores do acusado se o Ministério Público não se desincumbir de provar a origem ilícita daqueles.

Obviamente, se o acusado não pretender desde logo a liberação de seus bens, direitos e valores, poderá aguardar o final da instrução processual. Em havendo absolvição do réu, o sequestro ou a apreensão dos bens se tornam insubsistentes.

Caso a sentença definitiva seja condenatória, terá lugar o confisco. Luiz Flávio Gomes⁵⁸ interpreta este dispositivo do seguinte modo:

durante o curso do processo, tendo havido apreensão ou sequestro de bens, se o acusado,

⁵⁶ DE SANCTIS, Op. cit., p. 348.

⁵⁷ NUCCI, Op. cit., p. 725.

⁵⁸ GOMES, Op. cit., pp. 30-31

desde logo, espontaneamente (*sponte sua*, sublinhe-se), já comprovar sua licitude, serão liberados imediatamente, sem necessidade de se esperar a decisão final. Considerando-se a apreensão ou sequestro como medida cautelar, a libertação imediata seria uma medida de contracautela, reparadora da injustiça ocorrida pouco antes (no momento da privação dos bens)... o dever de devolução imediata dos bens ao acusado, desde que prontamente se constate que não são de origem ilícita, é do próprio juiz. Nada impede, no entanto, que o interessado apresente prova da legalidade de tais bens.

O art. 4º, § 3º, da mesma lei reza:

§ 3º. “Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos do art. 366 do Código de Processo Penal”.

O pedido de restituição de bens, direitos e valores só será conhecido mediante o comparecimento pessoal do acusado. Portanto, réu citado por edital e estando em local incerto e não sabido não terá o seu pedido de restituição examinado pelo juiz.

A lei deveria ter permitido ao advogado do acusado constituído com poderes especiais ou a terceiro autorizado, postular a restituição dos bens, direitos e valores. É discutível se a lei pode condicionar a restituição do patrimônio ao comparecimento pessoal e direto do acusado em juízo.

Nesse sentido, o comparecimento pessoal do réu a juízo evitaria que os bens fossem entregues a pessoas desconhecidas. Este dispositivo procura estimular o réu desaparecido a comparecer pessoalmente para responder aos termos da acusação. Talvez, o réu desaparecido não

teria interesse em comparecer pessoalmente para receber seus bens ante a possibilidade de restrição à sua liberdade por força de prisão preventiva, se presentes seus requisitos.

4.9 AÇÃO CONTROLADA

O conceito de ação controlada está disposto na lei que trata do crime organizado (art. 2º, II, da Lei 9.034/95). Também a Lei 11.343/06 prevê semelhante disposição.

Na Lei de Lavagem de Dinheiro, a finalidade da ação controlada é preservar o andamento das investigações e assegurar medidas de proteção aos bens de origem supostamente ilícita.

A ação controlada prevista na Lei 9.613/98 terá lugar quando uma organização criminosa praticar qualquer crime que tenha potencialidade para gerar ativos aptos à lavagem.

A suspensão da ordem de prisão temporária ou preventiva é uma medida cautelar cujo escopo é assegurar o sucesso da persecução penal. É que a execução imediata da prisão provisória poderia prejudicar seriamente o andamento das investigações. A efetivação imediata da prisão provisória, ainda que presentes os seus requisitos, não seria conveniente, uma vez que poderia levar ao desaparecimento ou ocultação de bens, e, até mesmo, a fuga de supostos autores da lavagem de dinheiro. Às vezes, é conveniente postergar as diligências e, somente agir em um momento mais propício e favorável para os fins da investigação.

4.10 SIGILO PROFISSIONAL

É muito comum o interesse público na persecução penal entrar em aparente conflito com o sigilo profissional do advogado. Sabemos que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (art. 133, CF/88). Não obstante a previsão contida no art. 9º, IX da Lei nº 9.613/98, é controvertida esta obrigação legal de o advogado comunicar operações suspeitas de crimes de lavagem porventura praticadas por seus clientes. É possível estabelecer duas correntes acerca dessa colisão entre direitos fundamentais:

A primeira corrente entende basicamente o seguinte:

O Código de Processo Penal em seu art. 207 protege o sigilo profissional. Também é crime revelar segredos sem justa causa (arts. 153 e 154, ambos do Código Penal).

Não obstante a previsão inserta no art. 9º, IX da Lei 9.613/98⁵⁹, é controvertida esta imposição de o advogado comunicar operações suspeitas de crimes de lavagem porventura praticados por seus clientes.

O advogado, ao conhecer os fatos da causa, não pode descumprir seu dever de ofício, traindo e delatando o seu cliente que depositou nele a sua confiança (art. 7 da Lei nº 8.906/94). A lei, ao obrigar o advogado a delatar o seu constituinte, estaria amesquinhando o direito constitucional à ampla defesa. É também sabido que o advogado pode praticar crime de patrocínio infiel se trair os interesses de seu cliente, cujo patrocínio, lhe foi confiado em juízo (art. 355 do CP). Ademais, estaria sujeito a responder por uma infração disciplinar no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 34, VII da Lei nº 8.906/94).

É evidente que o advogado estará sujeito à devida persecução penal se vier a praticar alguma conduta tipificada na Lei de Lavagem.

A segunda corrente entende o seguinte: No processo penal, a busca da verdade real deve preponderar sobre o direito ao sigilo profissional. O advogado está compromissado com a ética e com a verdade. Não poderia o advogado falsear a verdade, devendo inclusive se abster de patrocinar causas contrárias à ética e à validade do ato jurídico. Portanto, o advogado deveria comunicar aos órgãos administrativos operações suspeitas de crimes de lavagem de dinheiro praticadas por seu cliente.

Também discute-se se o sigilo do inquérito policial pode ser oposto ao advogado (art. 20, CPP). O advogado somente poderá ter acesso aos autos do inquérito policial quando as diligências sigilosas tiverem sido concluídas. Este entendimento foi esposado nos autos do HC nº 86.059-1/PR, rel. Min. Celso de Mello, DJU 30.06.2005 e no HC

⁵⁹ Art. 9º. Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (...) IX – as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operam no Brasil como agentes, dirigentes, **procuradoras**, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo. [grifo nosso].

82.354/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 24.09.2004, DJU 30.06.2005.

O acesso aos autos do inquérito policial deve ser garantido ao indiciado e seu advogado, ressalvadas as diligências em curso, cuja quebra de sigilo possa comprometer e ameaçar os objetivos da investigação.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, observa-se que a Lei de Lavagem de Dinheiro é um instrumento eficaz para o combate à criminalidade organizada, embora ainda careça de várias modificações em seu texto.

O crime de lavagem de dinheiro afeta a economia formal e traz sérios prejuízos ao Estado e à sociedade de forma geral. O mundo civilizado não pode ficar refém daqueles que, sem freios inibitórios, procuram obter lucros advindos da prática de crimes.

Combater a lavagem de dinheiro significa fortalecer o sistema punitivo estatal e, ao mesmo tempo, tranquilizar o mercado financeiro e a sociedade.

Também é de suma importância que o Brasil celebre tratados de cooperação internacional com outros países, tendo em vista que os crimes de lavagem de dinheiro não conhecem fronteiras.

Quanto aos aspectos processuais desta lei, alguns de seus dispositivos devem ser reputados inconstitucionais. São exemplos: a vedação à fiança, à liberdade provisória e ao direito de apelar em liberdade. A vedação à suspensão do processo, no caso de o réu revel citado por edital, prejudica o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Observa-se que o Brasil vem se empenhando firmemente no combate à lavagem de dinheiro. Vários acordos internacionais foram celebrados nesse sentido. Inclusive, existem vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional buscando realizar algumas modificações na atual lei.

Embora possa representar violação à segurança jurídica, há projetos de lei para tornar o art. 1º desta lei, um rol meramente exemplificativo. Assim sendo, contravenções penais, sonegação fiscal, tráfico internacional de mulheres, estelionato, roubo qualificado, receptação, etc, poderiam ser considerados infrações precedentes aos crimes de lavagem de dinheiro.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVENA, Roberto. *Processo penal*: esquematizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. Barueri – São Paulo: Manole, 2004.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Curso de processo penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Legislação penal especial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro*. Campinas, São Paulo: Editora Mellennium, 2008.
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.
- FEITOZA, Denilson. *Reforma processual penal*: Lei 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica. Niterói, RJ: Impetus, 2008.
- FELDENS, LUCIANO, POETA, MARTINS. *Teoria e prática dos procedimentos penais e ações autônomas de impugnação*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. *Delação premiada e aspectos processuais penais*. Material da 2ª aula da Disciplina: Criminalidade Econômica e organizada. Ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais - UNISUL/ REDE LFG. 2007.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MACEDO, Carlos Márcio Rissi. *Lavagem de dinheiro*. Curitiba: Juruá, 2006.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro* (lavagem de ativos provenientes de crimes). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98, pp. 54-55.

_____. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Reformas do código de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, William Terra de, et. al. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro. A tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. 10ª ed. Campinas: Millenium, 2008.

CONDICIONANTES À CONTINUIDADE DAS TERRAS INDÍGENAS SEGUNDO O STF

Jean-Claude Bertrand de Góis, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Advogado. Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

RESUMO: O trabalho ora apresentado objetiva avaliar aspectos jurisprudenciais da mais alta Corte brasileira para a concessão da continuidade em terras indígenas. Evidentemente tal assunto não poderia deixar de envolver diretamente o recente caso “Raposa Serra do Sol” e suas principais repercussões no que tange ao tema aludido. Contudo, é bom que se frise que o presente excerto trata apenas de alguns pontos concernentes à matéria, passando pela óptica positiva, doutrinária e jurisprudencial, sem a mínima pretensão de abranger todo o assunto-tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito indígena; direito constitucional; STF; Lei 6001/73; terras indígenas; soberania do Brasil; instituto do indigenato.

ABSTRACT: The work intends to evaluate jurisprudential aspects of the highest brazilian court to the concession of the continuity in indigenous lands. Evidently such subject could not leave of directly involve the recent case of “Raposa Serra do Sol” and its main repercussions in that it refers to the alluded subject. However, it is good emphasizes that the present excerpt deals with only some points to the substance, passing by the positive, doctrinal and jurisprudential optics, without the minimal pretension to enclose the all subject.

KEYWORDS: Indigenous Law; Constitutional Law; STF; 6001/73 Law; Indigenous Lands; Brazilian Sovereignty; Indigenato’s Institute.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Recente Caso Raposa Serra do Sol no STF – Breve Relato; 3. Condicionantes à Concessão da

Continuidade de Terras Indígenas; 4. A Soberania Brasileira e o Instituto do Indigenato; 5. Conclusão; 6. Bibliografia Consultada.

1. INTRODUÇÃO

A proteção aos índios sempre esteve presente nas discussões jurídicas no cenário político nacional, remontando acontecimentos históricos envolvendo, entre outros aspectos, as terras indígenas cruciais à manutenção das comunidades silvícolas. Essa temática foi e ainda é objeto de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tendo recentemente desaguado em decisão-marco no que tange à concessão da continuidade de terras indígenas no Brasil.

Tema de grande relevo no âmbito das garantias às minorias, as terras indígenas representam um direito fundamental básico à perpetuidade das culturas silvícolas remanescentes no Brasil.

Surge então a necessidade de se conferir eficiência ao instituto do indigenato tal como garantido pela Constituição Federal em seu artigo 231, cotejando-o com o Princípio da Máxima Efetividade.

Contudo, da efetivação dessa garantia pode parecer emergir conflitos com outros valores axiais da Carta Constitucional como, *ng.*, a Soberania. Tais conflitos contudo, quando colocados à prova, devem ser dissolvidos por força do Princípio da Unidade Constitucional escoimado no método hermenêutico normativo-estruturante.

Justamente essa tarefa é que deve ser conduzida, como foi, pela mais alta Corte do Judiciário do nosso país, a quem cabe estabelecer limites entre os diversos valores constitucionais protegidos, exercendo portanto a sua função de guardião da Carta Política Brasileira.

Destarte, emerge o caráter histórico da decisão do STF ao realizar uma ponderação de valores constitucionais, tais como a soberania, o pacto federativo e o direito das comunidades silvícolas possuírem seu espaço necessário para viver e não meramente sobreviver, sem contudo afetar a soberania da União nem a autonomia dos Estados Membros.

2. O RECENTE CASO RAPOSA SERRA DO SOL NO STF – BREVE RELATO

O Supremo Tribunal Federal realizou julgamento histórico em

processo que tramitou por sete meses nessa Corte. A decisão se deu em ação ajuizada por dois senadores de Roraima, atacando o decreto de 2005 do presidente Luiz Inácio Lula da Silva por meio do qual se homologava, em terra contínua, a reserva indígena Raposa Serra do Sol, cuja área compreende 1,7 milhão de hectares na tríplice fronteira Brasil, Venezuela e a Guiana.

Vivem na reserva aproximadamente 19 mil indígenas pertencentes a cinco etnias, tendo a mesma sido demarcada em 1998, desde quando se acirraram os conflitos entre silvícolas, e agricultores. Com a decisão do STF, devem sair da região da reserva cerca de 50 famílias de agricultores que ainda habitavam a área quando da prolação do acórdão final.

A Constituição da República Federativa do Brasil garante de forma muito clara o direito aos silvícolas, a manutenção de suas culturas, costumes, línguas e demais atributos necessários à perpetuação de sua existência enquanto tal.

E justamente para possibilitar essas garantias é que se faz necessário também o direito às “suas” terras, onde poderão desenvolver e perpetuar toda a sua cultura pré-colombiana.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal foi instado a decidir (Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 18 e 19.3.2009.) se para a concretização dessa garantia constitucional seria necessário que as terras indígenas, assim declaradas por decreto do Poder Executivo e mais especificamente quanto à reserva Raposa Serra do Sol, seriam contínuas ou não. Ou seja, sendo contínuas impossibilitaria a existência de terras não-indígenas entre duas ou mais terras de reserva.

Contudo, tal reconhecimento traria diversas consequências tanto na esfera privada como na pública. De um lado, no âmbito privado seriam afetados diversos empreendimentos particulares, tais como arrozais ali instalados. Já no âmbito público, o terreno torna-se mais pantanoso, uma vez que a soberania do país poderia futuramente ser posta em teste ao se conferir uma área tão grande de reserva indígena contínua sem impor limitações.

No que tange ao primeiro problema, o STF decidiu pela prevalência do texto constitucional que confere prevalência do interesse público (índigena e União) sobre o particular (dos arrozais), aludindo inclusive ao parágrafo 6º do artigo 231 da CF para fundamentar a nulidade dos

títulos que particulares tinham em relação às terras delimitadas no decreto, como sendo tradicionalmente ocupadas pelos índios. Tal norma constitucional não confere efeitos jurídicos a tais títulos, dotando-se de nulidade, *in verbis*:

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Essa norma constitucional deixa também bem claro que embora os índios tenham direito ao uso de tais terras, há limites claros no relevante interesse público da União, sem se esquecer que as terras indígenas, embora destinadas constitucionalmente a um fim específico (aos silvícolas), a estes não pertencem sendo de propriedade da União, detentora do domínio e da posse indireta, restando portanto para os índios a posse direta com as limitações impostas pela própria Constituição Federal. Tais restrições se consubstanciam no estabelecimento de um fim específico de tais terras com as respectivas limitações, conforme podemos ver nos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 231 da CF:

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.(GRIFO NOSSO)

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades

afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Imbuída não só da concretização dos direitos dos índios como também das limitações constitucionais a eles impostas, a decisão do Supremo Tribunal Federal balizou de forma serena tanto o direito constitucional à preservação das culturas indígenas quanto o fundamento republicano da soberania, protegendo o interesse nacional e o pacto federativo.

Interessante ressaltar, contudo que a decisão do STF conferindo continuidade às terras indígenas foi por maioria (10 votos a favor *versus* 01 voto contra) e não por unanimidade, sendo do Ministro Marco Aurélio o voto divergente, o qual elencou seis pontos aptos a ensejar a nulidade daquele processo, quais sejam:

Demarcação de Terras Indígenas: Raposa/Serra do Sol -

Quanto à condição 17, fizeram ressalva os Ministros Carlos Britto, relator, Eros Grau e Cármen Lúcia. O relator, no ponto, tendo em conta o marco temporal adotado pela maioria da Corte, admitia a ampliação de terras indígenas demarcadas antes da Constituição de 1988. Ficaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava o pedido improcedente, e Marco Aurélio, que o julgava procedente. O Min. Marco Aurélio, preliminarmente, declarava a nulidade do processo, apontando a ausência de: 1) citação das autoridades que editaram a Portaria 534/2005 e o Decreto homologatório; 2) citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia; 3) intervenção oportuna do Ministério Público na instrução da ação popular; 4) citação de todas as etnias indígenas; 5) produção

de provas; 6) intimação dos detentores de título de propriedade. Relativamente ao mérito, fixava os seguintes parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória, ao fundamento de ser nula a anterior: 1) audiência de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada; 2) audiência de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas; 3) levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo-se como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deveriam subscrever o laudo a ser confeccionado; 4) em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deveria se fazer sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório; 5) audiência do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira.

Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 18 e 19.3.2009. (Pet-3388)

(Informativo nº 539 do STF)

O voto vencido do Ministro Marco Aurélio enfatizou a necessidade de observância do devido processo legal, único meio a ensejar a correta demarcação das reservas indígenas. Ademais, ressaltou ainda que em que pese a dívida histórica do Brasil para com as comunidades indígenas, isso por si só não é capaz de justificar ofensa ao regular e constitucional andamento do processo. Ressalte-se ainda que pesa sobre a Funai a acusação de que vem agindo como excesso de discricionariedade para eleger uma região como reserva indígena, partindo-se primeiramente da sua vontade para posteriormente se justificar por meio de laudos antropológicos “sob medida”, o que seria ilegal. Fatos esses devem ser investigados para que não parem dúvidas sobre a lisura de instituição com tão relevante valor histórico-

social, como é o caso da Funai. Adite-se ainda a necessidade de uma participação efetiva dos entes federativos no aludido processo de demarcação. Daí ter dito o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto: “O processo de demarcação é muito sério para ser tratado pela Funai”.

3. CONDICIONANTES À CONCESSÃO DA CONTINUIDADE DE TERRAS INDÍGENAS

O Supremo Tribunal Federal deixou consignado em sua recente decisão sobre terras indígenas, brilhantemente relatada pelo Ministro Carlos Britto, que para o deferimento da continuidade das mesmas, hão de ser obedecidos aspectos primordiais para que o legítimo direito dos silvícolas não se transforme em eventual abuso de direito.

Dessa forma, o plenário do STF evidenciou 19 condicionantes para a garantia da referida continuidade, tendo o voto do Ministro Menezes Direito como ponto de referência para o estabelecimento de tais requisitos. Observando-os claramente na decisão final dessa Corte, *in verbis*:

Demarcação de Terras Indígenas: Raposa/Serra do Sol -

Quanto ao mérito, prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator, que assentou a condição indígena da área demarcada como Raposa/Serra do Sol, em sua totalidade, tendo o Tribunal aprovado, ainda, a partir das explicitações feitas pelo Min. Menezes Direito, as seguintes condições: 1) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (CF, art. 231, § 2º) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da CF, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; 2) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de

autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; 4) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; 6) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; 7) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; 8) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, as tradições e os costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; 10) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições

estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 11) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; 12) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não podem ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios; 15) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos artigos 49, XVI, e 231, § 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; 17) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis; 19) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios,

observada a fase em que se encontrar o procedimento. Determinou-se, por fim, a execução imediata do acórdão, independentemente da sua publicação, ficando cassada a medida cautelar concedida na Ação Cautelar 2009/RR, por meio da qual se suspendera a desintrusão dos não-índios das áreas demarcadas. Deliberou-se, ainda, que a supervisão da execução caberá ao Min. Carlos Britto, relator, que fará essa execução em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente o seu Presidente. Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 18 e 19.3.2009. (Pet-3388) (Informativo nº 539 do STF)

Com relação às alterações trazidas pela supracitada decisão, não resta dúvida de que se constitui um marco histórico no direito constitucional indígena, já tendo sido denominado de Estatuto das Reservas.

Visou-se deixar bastante claro o que a própria Constituição Federal já pretendia, que consiste na instituição de reservas indígenas efetivas, sem contudo permitir a formação de verdadeiros Estados indígenas. Para isso, o Pleno do STF por maioria aprovou 19 requisitos condicionantes à continuidade de reservas indígenas.

Ressalte-se que o que foi feito constitui um harmônico sistema de freios e contrapesos constitucionais em prol da garantia da preservação da cultura e das comunidades indígenas brasileiras. Possuem sim, os índios, o usufruto das terras demarcadas de forma contínuas, mas o domínio permanece com a União, a qual poderá explorar os recursos minerais e hídricos presentes em tais regiões, sempre contudo com a autorização do Congresso Nacional.

A primeira condição meio que vaticina as demais, aclarando o ponto fundamental da decisão. Isso se dá pelo fato de que ela ratifica o direito constitucionalmente limitado dos índios, evidenciando sua flexibilização ante relevantes interesses públicos da União.

Assim, poderão ingressar nas aludidas terras, tanto a Polícia Federal como as Forças Armadas, construindo inclusive bases militares sem a necessidade de consulta às comunidades silvícolas e nem à Funai,

garantindo assim a soberania e o império da ordem jurídica brasileira em tais localidades.

Também ficou estabelecido que o usufruto concedido não impedirá que a União construa vias de transporte, redes de comunicação bem com estabeleça qualquer outro serviço público na região. Nessa perspectiva, ficou vedado aos índios explorar a garimpagem tal como recursos energéticos, além de não poderem cobrar nenhuma forma de pedágio ou tarifa nas terras demarcadas.

Quanto aos não-indígenas, fica vedado a caça, a pesca e o exercício de atividades agropecuárias, permitida, contudo, a sua presença e trânsito. Quanto a esse, deve-se ressaltar ponto curioso: se o trânsito de não-índios ocorrer em área de unidade de conservação, as condições para tal serão estipuladas pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, já se no restante da área da reserva indígena, as condições serão estipuladas pela Funai. Essa, ressalte-se, constitui a continuação histórica do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) criado em 1910, fruto da visão indigenista do precursor da proteção ao índio no Brasil, o Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon.

Mas talvez as condições que mais tragam ar de novidade sejam: a proibição de se ampliar reservas já demarcadas e a participação dos entes federativos em todos os meandros do processo de demarcação. Essa última condição constitui um marco eliminador do amplo poder que a Funai possuía até então no processo de implantação de reservas indígenas.

Já quanto à execução da supracitada decisão do STF, ficou consignado na mesma que ao relator do processo (Ministro Carlos Britto) incumbiria tal tarefa, juntamente com o Tribunal Federal da 1ª Região na pessoa de seu presidente.

4. A SOBERANIA BRASILEIRA E O INSTITUTO DO INDIGENATO

No âmbito do Direito dos silvícolas, encontram-se significativas vertentes constitucionais, as quais consubstanciam um grande patrimônio para essas comunidades qual seja: o indigenato. Tal instituto encontra-

se no título VIII, capítulo VIII da Constituição Federal, que versa sobre a ordem social, mais precisamente no caput do artigo 231, *in verbis*:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (GRIFO NOSSO)

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O indigenato é um instituto adotado expressamente pela atual Constituição Federal, mas que remonta historicamente o Alvará de 1º de abril de 1680, marco do início de sua existência no Brasil. Tal instituto garante aos índios um direito “congênito e primário” de posse sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas. Diferencia-se da posse civil ordinária por não depender de ato jurídico prévio para sua legitimação, pois se constitui primariamente, sem portanto necessitar de uma cadeia possessória para sua legitimação. Ou, nas palavras do brilhante José Afonso da Silva:

“O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, ‘não é um fato dependente de legitimação’ (...). A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é a simples posse regulada pelo direito civil; (...). É, em substância, aquela posse *ab origine* que, de início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo (...). Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se

destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu hábitat. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é o direito originário já mencionado”.

Já nas discussões recentemente travadas, um dos argumentos utilizados pelos defensores da continuidade das terras indígenas consiste na perniciosidade de se intercalar terras indígenas e não-indígenas, com consequências desastrosas para os primeiros, incapazes de resistir ao poderio econômico dos não-índios.

Por outro lado, os defensores da não continuidade das aludidas terras ressaltam que o risco maior é a possibilidade de se perder o controle institucional de tamanha área, ocasionando risco iminente para a soberania do país. Consequentemente, homologada a reserva de forma contínua, surge para o Estado, automaticamente, o compromisso jurídico redobrado de zelar pelo pacto federativo, na esfera jurídica interna, e pela soberania do Brasil, na esfera internacional.

Dessa forma e segundo a concepção do Supremo Tribunal Federal, torna-se impossível o conflito normativo, Indigenato *versus* Soberania, uma vez que ambas as normas emanam diretamente da Constituição Federal e portanto são perfeitamente harmônicas, uma vez que não existe normas constitucionais primárias eivadas de inconstitucionalidade.

Ressalte-se portanto que o instituto do indigenato traz uma proteção aos índios e suas comunidades, a ponto do Poder Constituinte Originário o ter inserido na nossa Constituição Federal. Confirmando nesse sentido, o doutrinador José Afonso da Silva em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, faz sensatas ponderações concernentes ao tema:

“A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras

tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada à propriedade reservada com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

São terras da União vinculadas ao cumprimento dos direitos originários (art. 231), que, assim, consagra uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, § 2º, quando estatui que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Disto também é que deriva o princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras, previsto no § 5º do art. 231, só admitida a remoção *ad referendum* do Congresso Nacional e apenas em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.”

Ademais, frise-se que os objetos de proteção constitucional, o índio e suas comunidades, encontram-se claramente delineados em conceituação dada pela legislação específica, que é a Lei 6.001 de 1973, também denominado Estatuto do Índio. *In verbis*:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades

índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

5. CONCLUSÃO

Frente às recentes decisões do STF quanto à continuidade das terras indígenas e o estabelecimento de 19 condições para tal, fica claro notar quão relevante é a determinação do real valor constitucional conferido às normas constitucionais relativas à proteção do índio. Evidencia-se, destarte, cada vez mais a crescente preocupação em concomitantemente proteger o índio e não ofuscar nem a soberania nem o pacto federativo. Torna-se, mais do que nunca, fundamental e imprescindível a harmonização desses valores constitucionalmente compatíveis, sob pena de se efetivar grave ofensa à Constituição Federal.

É importante lembrar que o descumprimento do instituto do indigenato não pode ser vislumbrado apenas e tão somente pelo prisma do Direito Indígena, mas sim como atitude inconstitucional, por ferir diretamente o artigo 231 da Lei Maior. Urge hodiernamente que indigenato seja consolidado no ordenamento jurídico pátrio, sob pena de se faltar às obrigações constitucionalmente assumidas para com os povos indígenas do Brasil. Do mesmo modo, a soberania merece acurado cuidado e respeito preventivo, o que é próprio de um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, I, da CF)

Dessa forma, verifica-se que a observância tanto da soberania como do indigenato é perfeitamente possível, posto que não são antagônicos, mas componentes de um mesmo sistema.

De acordo com o novo paradigma estabelecido pelo STF, evidenciou-se que na medida em que se confere continuidade às terras indígenas, estabelece-se uma série de condições constitucionais para os legítimos e diretos beneficiários (os índios), evidenciando-se, portanto, um concatenado sistema de freios e contrapesos derivados da própria Constituição Federal.

Ademais, urge que se conceda efetividade ao novo paradigma jurisprudencial, defendendo assim as comunidades indígenas bem como

o princípio federativo no sistema jurídico brasileiro. Tal atitude proporcionará tanto garantia aos direitos dos índios quanto estabilidade ao soberano Estado brasileiro, evidenciando-se a supremacia do interesse nacional e a harmonia entre os diversos valores constitucionais.

6. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição, Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 481-485.
- _____. *A Constituição aberta*. Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 6.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CORDEIRO, Fernando Antonio Sabino. *Constitucionalismo contemporâneo e globalização*. Cidadania e Justiça: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, n. 11, p. 75-80, 2 sem. 2001.
- HOLTHE, Leo van. *Direito Constitucional*, 4.ª ed. Salvador: Podivm, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 16.ª ed. Rio: Forense, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional. Teoria, jurisprudência e 1000 questões*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- RODRIGUES, Maurício Andreiouro. *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 13.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Daniela Patrícia dos Santos Andrade,
Bacharela em Direito pela Universidade
Tiradentes, Técnica Judiciária do Tribunal de
Justiça de Sergipe, exercendo a função de
Assessora de Juiz.

RESUMO: O presente trabalho tem a intenção de estimular a análise acerca da constitucionalidade da prisão temporária, considerando a sua importância tanto no aspecto da preservação do direito de liberdade do cidadão, quanto no sentido da manutenção da ordem, segurança pública e da efetividade da prestação jurisdicional, especificamente ligada ao processo penal. O tema central do presente texto é verificar a possibilidade de a prisão temporária ferir princípios constitucionalmente estabelecidos, tais como a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, ocasionando a sua inconstitucionalidade material, bem como observar ocorrência de inconstitucionalidade superveniente em virtude a edição da Emenda Constitucional nº 32/2000 e a possibilidade, ou não, de convalidação de eventuais vícios de iniciativa quando da conversão da medida provisória em lei pelo Congresso Nacional, questões diretamente relacionadas ao âmbito formal da constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão temporária; controle de constitucionalidade; princípios constitucionalidade; vício material; vício formal subjetivo; inconstitucionalidade superveniente; devido processo legislativo.

ABSTRACT: This work is intended to stimulate the analysis on the constitutionality of the temporary jail, considering its importance both in terms of preserving the right of freedom of the citizen, as for the maintenance of order, public safety and the effectiveness of providing legal, specifically linked to criminal proceedings. The central theme of this text is to check the possibility of the temporary prison hurt constitutionally established principles, such as the presumption of

innocence, the due process, the contentious and wide defense, leading to its unconstitutionality material and observe occurrence of unconstitutionality surviving because the issue of Constitutional Amendment no. 32/2000 and the possibility or otherwise of Ratification of any defects of initiative when the conversion of the provisional measure into law by Congress, issues directly related to the formal framework of constitutionality.

KEYWORDS: Prison temporary; control constitutionality; constitutional principle; material vice; formal subjective vice; unconstitutionality surviving; due i sue legislative.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breves considerações sobre controle de constitucionalidade; 3. A constitucionalidade da prisão temporária; 3.1 A prisão temporária e o princípio da presunção de inocência; 3.2 A prisão temporária e o princípio do devido processo legal; 3.3 A prisão temporária e os princípios do contraditório e da ampla defesa; 3.4 A prisão temporária e a Emenda Constitucional nº. 32/2000; 4. Conclusão; 5. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido acerca da constitucionalidade da Lei nº 7.960/89 que introduziu em nosso ordenamento jurídico a prisão temporária. Em verdade, a Lei nº 7.960/89 é resultado da conversão da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, e decorre da comoção social oriunda do crescimento da criminalidade e da agressão aos bens jurídicos da comunidade naquele período.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos configura-se como uma garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de figurarem como verdadeiros limites ao poder do Estado.

Tendo em vista que a prisão, de uma forma geral, acarreta o cerceamento da liberdade de locomoção, bem como considerando que a nossa Carta Magna garante a todos os cidadãos o direito à locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo a pessoa

nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens, sendo que a restrição a esse direito fundamental tem natureza excepcional, qualquer lei ou ato normativo que vise restringir esse direito deverá respeitar as regras previstas.

Assim, necessária se faz a análise da sua constitucionalidade tanto no aspecto formal, quanto em seu aspecto material na referida lei. O aspecto material poderia restar atingido tendo em vista a não observância aos princípios da presunção de inocência ou não-culpa, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A discussão referente ao âmbito formal decorre da edição da Emenda Constitucional nº 32/2000, que, alterando ao texto constitucional, veda a edição de medidas provisórias sobre matérias relacionadas no parágrafo 1º do art. 62, dentre as quais cidadania, direito penal, processual penal, processual civil e as reservadas à lei complementar.

Assim, nova controvérsia surge acerca da constitucionalidade da prisão temporária, tendo em vista que a Lei nº 7.960/89 ingressou no ordenamento jurídico através de medida provisória, implicando numa invasão de reserva feita pela Constituição Federal, ainda que posteriormente.

Não obstante todas estas questões, verifica-se a existência de 02 (duas) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (números 4109 e 3360) em trâmite no Supremo Tribunal Federal, ainda pendentes de julgamento, questionando a constitucionalidade da Lei nº 7.960/89 que dispõe sobre a prisão temporária, o que torna a discussão acerca do tema ainda mais envolvente.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A ideia de controle de controle de constitucionalidade está diretamente ligada à supremacia da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico, bem como à rigidez constitucional.

Assim ensina Alexandre de Moraes (MORAIS,2005):

“(…) a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia

constitucional, pois, ocupando a Constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária.”

Assim, pode-se afirmar que controlar a constitucionalidade de uma lei significa verificar a adequação desta com as disposições constitucionalmente previstas, tanto no aspecto formal, quanto no material.

Desta forma, uma lei será inconstitucional quando contiver vício formal, também chamado de monodinâmico, ou vício material, também conhecido como monoestático. O vício material diz respeito a matéria de que trata a lei, ou seja, ao conteúdo do ato normativo. Já o vício formal se verifica quando a lei ou ato normativo contiver algum equívoco no seu processo de formação, referente ao processo legislativo de sua elaboração (vício formal objetivo) ou em razão de sua elaboração por autoridade incompetente (vício formal subjetivo), verifica-se na fase de iniciativa.

No que pertine ao momento do controle, ele pode ser prévio/preventivo ou posterior/repressivo. Será prévio o controle quando alcançar o projeto de lei, impedindo a sua inserção no ordenamento jurídico. Repressivo é o controle realizado já sobre a lei em vigor, geradora de efeitos potenciais ou efetivos.

Por fim, o controle de constitucionalidade pode ocorrer pela via difusa ou concentrada. Conforme afirma Pedro Lenza (LENZA, 2007):

O sistema difuso de controle significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade. Por seu turno, no sistema concentrado, como o nome já diz, o controle “se concentra” em um ou mais de um (porém em número limitado) órgão. Trata-se de competência originária do referido órgão.

É sob a ótica do controle concentrado que iremos analisar a seguir a constitucionalidade da prisão temporária, introduzida no nosso ordenamento jurídico pela Medida Provisória nº 111/ 89, convertida na Lei nº 7.960/89, tendo em vista o ajuizamento de 02 (duas) ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária é uma prisão de natureza cautelar, processual ou provisória, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação.

A Lei nº 7.960/89, que estabelece a prisão temporária, é resultado da conversão da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, e decorre da comoção social oriunda do crescimento da criminalidade e da agressão aos bens jurídicos da comunidade.

Esta fase histórica proporcionou o movimento da “doutrina da lei e ordem”, visando o endurecimento de penas e medidas relacionadas ao seu cumprimento, ou seja, buscava-se a efetivação do processo penal. Os anseios da população foram perseguidos estabelecendo uma maior repreensão aos que desobedecessem à legislação. A Lei de Crimes Hediondos - Lei nº 8.072/90 - também decorreu dessa fase social, aproximadamente seis meses depois da Lei nº 7.960/89.

A forma de controle e combate à criminalidade existente à época da criação destas leis é criticada por muitos estudiosos da política criminal, por entenderem que os resultados alcançados quando se adotam esse tipo de medidas para o controle da criminalidade em períodos críticos da História acabam por atender apenas ao interesse de uma determinada classe social. Assim entende Silva Junior (SILVA JÚNIOR, 2004):

Todos sabemos que as raízes do problema da criminalidade crescente numa sociedade de desiguais, apartados por um abismo, residem em outras searas que não os das leis duras,

especialmente confeccionadas para alguns (os etiquetados) membros da coletividade. Ainda bem que por um princípio elementar de hermenêutica jurídica, este critério subjetivo da *mens legislatoris*, foi abandonado em favor da *mens legis*, na qual a intenção do legislador pouco importa para aplicação da lei. Uma vez promulgada a norma jurídica esta adquire foros de entidade autônoma, caracterizando a corrente objetivista ou dinâmica da interpretação do direito que veem o texto como uma entidade a se estante, autônoma, *prolem sine mater creatam*, ou no mínimo, uma obra que encontrou a autossubsistência no momento em que seu(s) autor(es) a moldaram na forma escrita. A partir daí, o autor deve calar-se e dar lugar às personagens, que verdadeiramente têm existência própria, mesmo eventualmente contra vontade declarada do seu criador.

Entretanto, ultrapassando a análise histórico-social da Lei nº. 7.960/89, passaremos a estudar este ato normativo, confrontando-o com as regras e princípios constitucionais vigentes.

3.1 A PRISÃO TEMPORÁRIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição Federal em seu art. 5º inciso LVII estabelece que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando a presunção da inocência como um dos princípios norteadores da atividade estatal. Desta maneira, no Brasil, ninguém será considerado culpado pela prática de uma infração penal sem que tenha havido o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em verdade, este princípio, expressamente introduzido em nossa Carta Magna, também representa uma preocupação dos entes e organismos internacionais. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê que: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O estado natural das pessoas é a inocência e para quebrar esta regra torna-se indispensável que o acusador (Estado-acusador) efetivamente prove os fatos por ele imputados ao réu.

Desta forma, o princípio da presunção de inocência ou da não-culpa visa garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado. Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração.

Em decorrência deste princípio, evidencia-se a excepcionalidade das medidas cautelares de prisão, devendo, nesses casos, restar demonstrada a necessidade da medida e preenchidos os requisitos estabelecidos pela lei para cada tipo de prisão provisória.

De acordo com os ditames do Estado Democrático de Direito, indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil e necessário à instrução do processo e a ordem pública, de forma que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade.

O Prof. Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2005) evidencia que:

“... outras medidas constritivas aos direitos individuais devem ser excepcionais e indispensáveis, como ocorre com a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico (direito constitucional de proteção à intimidade), bem como com a violação de domicílio em virtude de mandado de busca (direito constitucional à inviolabilidade de domicílio).”

Os professores Rogério Sanches e Ronaldo Batista (SANCHES e BATISTA, 2008) afirmam que, do princípio da não-culpabilidade decorrem três conclusões:

“1) qualquer restrição à liberdade do acusado somente se admite após sua condenação definitiva, isto é, quando nenhum recurso é mais possível; 2) cumpre à acusação o dever de demonstrar a responsabilidade do réu e não a este comprovar

sua inocência; 3) a condenação deve derivar da certeza do julgador, sendo que eventual dúvida será interpretada em favor do réu (*in dubio pro reo*)”

Como se percebe acima, ainda como desdobramento do princípio da presunção de inocência, a prevalência do interesse do réu em caso de dúvida quanto à efetiva prática do fato delituoso imputado, prevalecendo o estado de inocência do indivíduo, acarretando a sua absolvição – *in dubio pro reo*.

Por fim, necessário se faz observar, o princípio da não-culpa sobre o prisma a intervenção mínima estatal. O princípio penal da intervenção mínima do Estado estabelece que o Estado somente vai atuar na persecução penal em virtude da ofensa de um bem jurídico quando a sanção civil e/ou administrativas foram insuficientes para reparação do bem jurídico afetado. O princípio da presunção de inocência reforça o da intervenção mínima na medida em que a reprovação penal somente alcançará aquele que for efetivamente culpado.

Todavia, a presunção de inocência, como qualquer direito constitucionalmente previsto, não pode ser considerada como absoluto.

O princípio da presunção de inocência não se apresenta incompatível com a figura da prisão cautelar, constituindo, em verdade, um instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal.

Nesse sentido, Silva Junior (SILVA JÚNIOR, 2004) assevera que:

A presunção de inocência opera ao mesmo tempo no processo penal como uma regra de juízo e como regra de tratamento: regra de juízo, porquanto os indícios de autoria ou participação haverão de ser fortes o suficiente a amparar a medida cautela restritiva de liberdade (*fumus bonis iuri ou fumus commissi delicti*). O juízo de valor positivo acerca da autoria do imputado deverá ser maior que o juízo negativo correspondente. Regra de tratamento, pois não perderá o devido suas garantias processuais penais, nem atenderá a restrição cautelar da liberdade a finalidades

retributivas antecipando a pena. Tais limites infranqueáveis se impõem a todos, tanto ao Poder Executivo através da ação da Polícia Judiciária quanto ao Poder Judiciário.

Desta forma, a existência da prisão temporária em nosso ordenamento jurídico não afronta o princípio da presunção inocência, por ser esta uma garantia constitucional relativa. O legislador entendeu que, em consonância com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, nos casos especificamente dispostos na lei em estudo, a segurança e a efetividade da prestação jurisdicional se sobrepõem ao interesse individual de liberdade, não havendo qualquer inconstitucionalidade nesta eleição.

3.2 A PRISÃO TEMPORÁRIA E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Carta Magna de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal à ordem jurídica brasileira, inovando em relação às antigas Constituições. O art. 5º inciso LIV da Constituição da República assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal tem sua origem no direito anglo-saxônico do século XIII com a Magna Carta do Rei João Sem Terra. Os direitos de liberdade, propriedade e à vida dos barões ingleses só poderiam sofrer limitações consoante a *law of the land*, de acordo com os costumes da terra e sedimentado nos precedentes jurisprudenciais. Mais tarde a locução *law of the land* foi substituída pelo *due process of law*.

Este princípio, tal qual o princípio da presunção da inocência, detém a atenção dos entes e organismos internacionais, sendo mencionado na Declaração Universal dos Direitos do Homem ao garantir que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

O princípio do devido processo legal protege o indivíduo contra a ingerência arbitrária do Estado, impedindo-o de exercer o seu direito

de punir senão por meio de um processo judicial legítimo, concedendo ao acusado o direito de oferecer resistência, produzir provas e influenciar no convencimento do julgador. Portanto, deve traduzir-se como sinônimo de garantia. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais.

O professor Alexandre de Moraes (MORAIS, 2005) nos ensina que:

“O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (envolvendo o direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).”

Em verdade, o princípio do devido processo projeta uma série de direitos e garantias: contraditório; ampla defesa; o direito a defesa técnica e defesa pessoal, inclusive sendo-lhe conferido o direito de permanecer em silêncio sem que isso tenha reflexos negativos na formação do convencimento do Magistrado; o direito a publicidade do processo; ampla produção de provas, sendo, contudo, vedada a utilização de provas obtidas por meios ilícitos; o direito de ser processado e julgado pelo juiz competente, restando expressamente proibido na Constituição, a criação de quaisquer tribunais de exceção; a obrigatoriedade de motivação das decisões processuais, dentre tantos outros.

Em um verdadeiro desabafo, o Prof. Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2005) aduz que o princípio do devido processo legal:

“Constitui o horizonte a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito, fazendo valer os direitos e garantias humanas fundamentais. Se estes forem assegurados, a persecução penal se faz sem qualquer tipo de violência ou

constrangimento ilegal, representando o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso.”

Questão importante no estudo acerca da constitucionalidade da prisão temporária é quanto ao respeito ao princípio do devido processo legal. Também já estudado acima, o princípio do devido processo legal protege o indivíduo contra a ingerência arbitrária do Estado, impedindo-o de exercer o seu direito de punir senão por meio de um processo judicial legítimo, concedendo ao acusado o direito de oferecer resistência, produzir provas e influenciar no convencimento do julgador. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais.

Como visto, a nossa Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em virtude disso, há estudiosos que afirmam que a prisão temporária deve ser considerada inconstitucional, tendo em vista que durante a fase de inquérito não há a incidência do contraditório, tratando-se de procedimento administrativo destinado à apuração da autoria de materialidade de infrações penais. Assim, entendem, que na ausência de um processo, não há como se falar em devido processo legal.

Contudo, tais alegações não devem prosperar considerando que, não obstante o inquérito policial seja efetivamente um procedimento administrativo, de natureza inquisitorial, é possível a prática de atos nesta fase que serão albergadas pela garantia do contraditório de forma diferida. É exatamente o que ocorre na produção antecipada de provas, previstas pela legislação processual penal, em que é possível a prática de atos albergados pelo direito do contraditório, a ser exercido de forma diferida.

Por outro lado, a decretação de uma prisão temporária não está relacionada ao amplo arbítrio do magistrado, deve ser amplamente motivada, comprovando o preenchimento dos requisitos estabelecidos pela legislação.

Em que pese efetivamente não haja processo, deve ser observado que a prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar e que o princípio do devido processo legal exige que o Estado exerça o seu

direito de punir por meio de um processo judicial legítimo. Todavia, ao decretar uma prisão temporária, o Estado não está atuando de forma arbitrária, mas sim buscando proteger a segurança social e a efetividade da prestação jurisdicional, não havendo prejuízo ao acusado quanto ao seu direito de oferecer resistência a esta medida, utilizando-se dos meios recursais cabíveis, bem como de produzir provas e influenciar no convencimento do julgador quando do efetivo julgamento da causa.

3.3 A PRISÃO TEMPORÁRIA E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Por ampla defesa entende-se o direito que é assegurado ao acusado de valer-se de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita no processo, ou seja, é assegurá-lo das condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade.

A defesa pode ser subdividida em defesa técnica (efetuada por profissional habilitado) e autodefesa (realizada pelo próprio imputado). A primeira é sempre obrigatória, cabendo ao Estado proporcionar que todo acusado tenha defensor, caso não constitua um a sua escolha. A segunda, autodefesa, está no âmbito de conveniência do réu que pode optar em permanecer inerte.

A Constituição Federal previu a possibilidade de o acusado, em considerando mais conveniente, omitir-se de auxiliar no esclarecimento dos fatos, podendo silenciar sempre que questionado. Este também é um exercício da ampla defesa, tendo em vista que o seu silêncio não pode ter reflexos negativos na formação do convencimento do Magistrado, muito menos fundamentar posterior condenação.

Já o princípio do contraditório pode ser traduzido no binômio “ciência e participação”. O art. 5º inciso LV da CF impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os diversos atos que compõem o processo penal.

Assim, impõem-se, em consequência, que de toda alegação fática ou apresentação de prova feita no processo por uma das partes deve a outra parte manifestar-se, proporcionando um perfeito equilíbrio na

relação jurídica estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à presunção de inocência do acusado.

Todavia, não há que se falar em inconstitucionalidade da prisão temporária por afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa.

A legislação processual penal prevê a possibilidade da prática de determinados atos nos quais a garantia do contraditório e da ampla defesa poderão ser exercidas de forma diferida, sob pena de esses atos perderem a sua finalidade. Nesses casos, o contraditório é postergado para um momento futuro. Conforme já indicado acima, é o que ocorre na produção antecipada de provas na fase do inquérito policial em que é possível a prática de determinados atos cujo direito do contraditório será exercido de forma diferida.

Outro exemplo dessa prática é a interceptação telefônica, em que o juiz autoriza a sua realização, tendo o acusado a possibilidade de “ciência e participação” apenas após a sua conclusão.

Assim, resguardadas as devidas proporções, entendemos que a prisão temporária seja mais um exemplo em que o direito do contraditório apresenta-se de forma diferida, podendo ser exercido através da via recursal prevista na legislação em vigor.

3.4 A PRISÃO TEMPORÁRIA E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2000

A constitucionalidade da Lei nº 7.960/89 também deve ser analisada quanto ao aspecto referente ao seu nascimento.

Observando referida lei em seu nascedouro, percebe-se que ela foi fruto formal, num primeiro instante, da iniciativa do Poder Executivo, já que decorrente da conversão da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, em lei.

O processo legislativo apresenta-se como conjunto de atos sequenciados que compõem o procedimento a ser obedecido pela Câmara, pelo Senado e pelo Presidente da República, quando da produção de atos normativos derivados diretamente da Constituição. É composto de uma série de fases solenes, que vão desde a iniciativa até a promulgação da lei.

Medida provisória é uma espécie normativa com força de lei, editada pelo Presidente da República nos casos expressamente previstos na

Constituição, e que se submete à análise do Congresso Nacional, que poderá convertê-la em lei ou não, devendo estar respaldada pela “relevância” e a “urgência”.

Todavia, foi editada pelo Congresso Nacional a Emenda Constitucional nº 32/2000, alterando ao texto constitucional e proibindo a edição de medidas provisórias sobre matérias relacionadas no parágrafo 1º do art. 62, dentre as quais cidadania, direito penal, processual penal, processual civil e as reservadas à lei complementar.

Em assim sendo, apresenta-se controversa questão acerca da constitucionalidade da prisão temporária, tendo em vista que a Lei nº 7.960/89 ingressou em nosso ordenamento jurídico através de medida provisória, implicando numa invasão de reserva feita pela Constituição Federal, já que a matéria tratada na Medida Provisória nº 111/89 estaria adstrita ao princípio da reserva legal, só podendo ser disciplinada através de lei em sentido estrito.

Tem-se alegado que, tendo sido a prisão temporária instituída por medida provisória, viciou-se de inconstitucionalidade, já que a medida provisória não poderá jamais ser aplicada ao campo penal porque não é lei. Tratar-se-ia, então, de uma das hipóteses da inconstitucionalidade formal.

O vício formal se verifica quando a lei ou ato normativo contiver algum equívoco no seu processo de formação, referente ao processo legislativo de sua elaboração (vício formal objetivo) ou em razão de sua elaboração por autoridade incompetente (vício formal subjetivo), verifica-se na fase de iniciativa.

O professor Alexandre de Moraes (MORAIS, 2005) ensina que:

O art. 5º, II, da Constituição Federal, consagra o princípio da legalidade ao determinar que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Como garantia de respeito a este princípio básico em um Estado Democrático de Direito, a própria Constituição prevê regras básicas na feitura das espécies normativas. Assim, o processo legislativo é verdadeiro corolário do princípio da legalidade, como analisado no capítulo sobre direitos fundamentais, que deve

ser entendido *como ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional* (arts. 59 a 69, da Constituição Federal).

Desta maneira, percebe-se que a inobservância das regras constitucionais do processo legislativo acarreta a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo.

No caso em questão estaríamos diante de uma inconstitucionalidade formal subjetiva, por referir-se a fase introdutória do processo legislativo, relacionada à questão de iniciativa, tendo em vista que a Lei nº 7.960/89 decorreu da conversão de uma medida provisória, sendo que a Constituição Federal, após a Emenda Constitucional nº 32/2000 veda a existência de medidas provisórias que versem sobre direito penal e processual penal.

Para o estudo desta questão se faz imprescindível observar que no momento em que a medida provisória foi editada, bem como quando da sua conversão em lei (ambas em 1989) não havia a vedação constitucional quanto a matéria por elas tratada, tendo sido introduzida a proibição na Carta Magna em 2000, através da Emenda Constitucional nº 32/2000. Outra questão importante a ser analisada diz respeito à possibilidade de que eventuais vícios de iniciativa sejam sanados quando da convalidação do Congresso Nacional.

No que pertine a alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 32/2000, realizada posteriormente a sua conversão da medida provisória em lei, em 1989, verificamos que a inexistência de vedação constitucional quanto a matéria por elas tratada naquele momento não ocasiona constitucionalidade *ad eternum*.

Uma lei ou ato normativo, para ser considerada constitucional, deve enquadrar-se às regras constitucionalmente estabelecidas pelo legislador constituinte originário, bem como pelo legislador constituinte derivado reformador.

Em assim sendo, é possível a ocorrência de uma inconstitucionalidade superveniente, ou seja, quando determinada lei ou ato normativo era constitucional quando da sua edição, mas veio a

tornar-se posteriormente inconstitucional em virtude de alteração constitucional realizada pelo legislador através de emenda constitucional.

No que diz respeito a existência de vício formal subjetivo, ou seja de iniciativa, e a possibilidade de posterior convalidação da lei pela pessoa ou órgão constitucionalmente indicado para iniciar processo legislativo referente a determinada matéria, mencionamos uma decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI 2867/ES, com julgamento em 03/12/2003) na qual a Suprema Corte explicita o entendimento pacífico de que a posterior sanção do Chefe do Executivo não convalida o vício de iniciativa. Assim, quando não respeitado o poder de instauração do processo legislativo em matéria constitucionalmente reservada à iniciativa de outros órgãos e agentes estatais resta configurada transgressão ao texto da Constituição da República e gerando, em consequência, a inconstitucionalidade formal da lei, senão vejamos:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROMOÇÃO DE PRAÇAS DA POLÍCIA MILITAR E DO CORPO DE BOMBEIROS - REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS - PROCESSO LEGISLATIVO - INSTAURAÇÃO DEPENDENTE DE INICIATIVA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - DIPLOMA LEGISLATIVO ESTADUAL QUE RESULTOU DE INICIATIVA PARLAMENTAR - USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA - SANÇÃO TÁCITA DO PROJETO DE LEI - IRRELEVÂNCIA - INSUBSISTÊNCIA DA SÚMULA Nº 5/STF - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. OS PRINCÍPIOS QUE

REGEM O PROCESSO LEGISLATIVO IMPÕEM-SE À OBSERVÂNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS. - O modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Constituição da República, impõe-se, enquanto padrão normativo de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-membros. Precedentes. - A usurpação do poder de instauração do processo legislativo em matéria constitucionalmente reservada à iniciativa de outros órgãos e agentes estatais configura transgressão ao texto da Constituição da República e gera, em consequência, a inconstitucionalidade formal da lei assim editada. Precedentes. A SANÇÃO DO PROJETO DE LEI NÃO CONVALIDA O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE RESULTANTE DA USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA. - A ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubsistência da Súmula nº 5/STF. Doutrina. Precedentes. SIGNIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS (CIVIS E MILITARES). - A locução constitucional “regime jurídico dos servidores públicos” corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. Precedentes. A QUESTÃO DA EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE “IN ABSTRACTO”. - A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização normativa abstrata, importa - considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente - em restauração

das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por ser juridicamente inválido (RTJ 146/461-462), sequer possui eficácia derogatória. Doutrina. Precedentes (STF).

Entendemos que o mesmo raciocínio deve ser realizado no que se refere à conversão pelo Congresso Nacional da medida provisória em lei, quando a matéria ali tratada for reservada a lei, em sentido estrito.

Há julgado do Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar (ADI-MC4048/DF, com julgamento em 14/05/2008), em que a Corte aduz que “a lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória”, de maneira que a conversão da medida provisória em lei não retira seus vícios de inconstitucionalidade ao tratar de matéria de competência vedada ao Poder Executivo:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das

leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões “guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. “Guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da

MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008

Como pode ser observado na decisão da Suprema Corte, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que o vício de iniciativa não pode ser suprido por posterior manifestação da pessoa ou órgão constitucionalmente competente para iniciar o processo legislativo, sob pena de haver burla às determinações constitucionais.

Outra não poderia ser a conclusão. Tendo a Constituição Federal, indicado especificamente a pessoa responsável pela iniciativa legislativa e/ou as matérias que podem ou não ser objeto das espécies normativas, qualquer “conserto” posterior que venha a ser almejado terá o único condão de burlar as determinações e proibições constitucionais.

Desta feita, não obstante inexistir qualquer inconstitucionalidade material da Lei nº. 7.960/89, considerando que a lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória, evidente haver ocorrido inconstitucionalidade superveniente da lei tendo em vista a existência de vício formal subjetivo oriundo da vedação de que medidas provisórias que versem sobre direito penal e processual penal, introduzida pela Emenda Constitucional nº. 32/2000.

4. CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade configura-se como uma garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de figurarem como verdadeiros limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando a forma como deve proceder e os deveres que deve cumprir.

Todavia, não há que se falar em inconstitucionalidade material da Lei nº 7.960/89, ou seja, não se verifica incompatibilidade do objeto da lei com a Constituição Federal no seu aspecto substancial ou

doutrinário. A inclusão no ordenamento jurídico de lei que possibilita a ocorrência de prisão temporária não afronta os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Esta questão é solucionada à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, também de ordem constitucional, de forma que é possibilitado ao legislador infraconstitucional, quando da edição de novas leis, eleger os bens jurídicos a serem protegidos, sopesando os direitos e garantias a serem preservados naquela situação, de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade.

Por outro lado, a mesma conclusão não é extraída quando da análise da inconstitucionalidade formal, especificamente na sua órbita subjetiva. Conforme já visto acima, o vício formal subjetivo verifica-se na fase de iniciativa, na origem do processo legislativo.

No caso da Lei nº. 7.960/89, observando-a em seu nascedouro, percebe-se que foi fruto formal, num primeiro instante, da iniciativa do Poder Executivo, posto que decorrente da conversão da Medida Provisória nº. 111/89 em lei. Neste momento histórico, nada de errado havia com a lei, tendo em vista que foram observados todos os trâmites constitucionalmente previstos para processo legislativo em questão.

Entretanto, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 32/2000, ocorreu uma alteração no texto constitucional, prevendo a proibição de que medidas provisórias versassem sobre direito penal e processo penal, dentre outras matérias.

Não obstante tal vedação tenha sido realizada posteriormente a sua conversão da medida provisória em lei, em 1989, concluímos que a inexistência de vedação constitucional quanto a matéria por elas tratada naquele momento não ocasiona constitucionalidade *ad eternum*, devendo a qualquer lei ou ato normativo adequar-se à ordem constitucional vigente durante todo o período em que estiver apta a produzir efeitos.

Em assim sendo, diante da ocorrência de inconstitucionalidade superveniente, em virtude das modificações introduzida na Carta Magna pela Emenda Constitucional nº. 32/2000, bem como considerando que a lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória, entendemos ser a Lei nº. 7.960/89 inconstitucional.

5. BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Anderson Luiz Almeida. *A razão da prisão provisória: uma incursão pela ontologia do instituto*. Revista do TRF 1ª região, Brasília, nº 2, março de 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda nº 45 de 08.12.2004. São Paulo: Editora Vértice, 2005.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material: teoria da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Princípios de direito*. Porto: Rés- editora.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FERNADES, Fabiano Samartin. *A prisão provisória e a liberdade processual na justiça comum e na justiça*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=5266>>. Acesso em 07.05.2008.
- GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrine. *As garantias constitucionais do processo*. 2ª ed: Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11ª. ed. São Paulo: Método, 2007.
- MARQUES, Alan Regis de Souza. *Prisão temporária – Considerações sobre sua inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.r2learning.com.br/site/artigos/cursooabconcursoartigo924Prisaotemporariaconsideracoessobresuaconstitucionalidade>> Acesso em: 15/12/2008.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. Elementos do Direito Penal. 1ª ed. 2º v. Campinas – SP: Bookseller, 1998.
- MASSUD, Leonardo. *Investigação criminal e legalidade*. Disponível em: <http://www.acrimesp.com.br/Especiais_024.htm>. Acesso em 07.05.2008.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Ed. Atlas 1996.
- MOSSIN, Heráclito Antonio. *Curso de processo penal*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2004.
- SILVA JÚNIOR, Antoniel Souza Ribeiro da. *Prisão temporária: uma interpretação conforme a Constituição da República*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 311, 14 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5199>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2009.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. *Curso de direito processual penal*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- TORUINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 3º vol. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRIMES HEDIONDOS E EXECUÇÃO DA PENA: A QUESTÃO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI 11.464/2007

Carla Maria Franco Lameira Vitale,
bacharela em Direito pela Universidade
Tiradentes; pós-graduada em Direito Penal
e Processual Penal pela Escola Superior da
Magistratura de Sergipe em convênio com
a FASE; Conciliadora da Central de
Conciliação do Tribunal de Justiça do
Estado de Sergipe.

RESUMO: A Lei 11.464, de 28 de março de 2007, revogou o art. 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, que estabelecia ser o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, e passou a permitir a progressão, após o cumprimento de dois quintos da pena para os réus primários e três quintos para os reincidentes. O objetivo deste estudo foi analisar a polêmica acerca da retroatividade da Lei n.º 11.464 de março de 2007, que estabeleceu uma nova forma de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade para os crimes hediondos. Para o desenvolvimento da pesquisa buscou-se uma análise da criação da Lei dos Crimes Hediondos e sua evolução até os dias atuais, a fim de chegar a uma conclusão sobre a questão da irretroatividade da Lei 11.464/07, em relação aos crimes praticados antes de sua vigência, e suas implicações na sociedade e no mundo jurídico. A metodologia utilizada no desenvolvimento da pesquisa foi essencialmente bibliográfica, baseada em artigos disponíveis em meio eletrônico e livros pertinentes ao objeto da pesquisa. Os resultados atestam que há o entendimento de que a Lei 11.464/2007, aparentemente mais favorável ao infrator, é na verdade mais rígida, portanto, sua eficácia retroativa deve ser afastada, aplicando-se, tão-somente, aos crimes cometidos a partir de sua vigência, em 29 de março de 2007, porém há divergências doutrinárias e jurisprudenciais de acentuada relevância.

PALAVRAS-CHAVE: Crime hediondo; cumprimento da pena; irretroatividade da lei; regime inicial.

ABSTRACT: Law 11.464, from March 28, 2007, revoked the art. 2, Paragraph 1 of Law of heinous crime, laying their sentence be fully closed, and passed to allow progression, after completion of two fifths of the penalty for the primary defendants and three fifths for repeat offenders. This study aimed to analyze examine the controversy about the effects of Law No. 11.464 March 2007, which established a new form of regime to comply with deprivation of liberty for the heinous crimes. For the development of research aimed analyzes the creation of the Law of the heinous crime and its evolution until the present day in order to reach a conclusion on the issue of retroactivity of Law 11.464/07, in relation to crimes committed before its duration, and its implications on society and the legal world. The methodology used in developing the research was mainly literature. Based on documents available in electronic and books relevant to the object of the search. The results show that there is the understanding that Law 11.464/2007, apparently more favorable to the violator, is actually tougher, so their effectiveness must be rejected retroactive, applying themselves, so there only to crimes committed from his life in March 29, 2007, but there are differences of sharp doctrinal and jurisprudential relevance

KEYWORDS: Vilecrime; fulfilment of the feather; irretroatividade of the law; initial regime.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90); 2.1 Definição; 2.2 Contexto social; 2.3 Regime integralmente fechado; 2.3.1 Ofensa aos princípios da Legalidade, da Humanidade e da Individualização da Pena; 3. Julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/SP; 3.1 Declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90; 3.1.1 Efeitos; 2.2 Posição da jurisprudência; 4. Criação da Lei 11.464 de 28 de março de 2007 – Alteração da progressão de regime nos crimes hediondos; 4.1 Regime inicialmente fechado; 4.2 Natureza jurídica e aplicação no tempo; 4.3 A questão da irretroatividade da Lei 11.464/2007; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Partindo do objetivo geral, esta pesquisa busca analisar a polêmica acerca da retroatividade da Lei n.º 11.464 de março de 2007, que estabeleceu uma nova forma de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade para os crimes hediondos.

Desde a edição da Lei n.º 8.072, denominada Lei dos Crimes Hediondos, em 1990, foi conferido um maior rigor aos condenados que tenham praticado os crimes definidos como hediondos e seus assemelhados. A estes crimes era vedada a concessão da progressão de regime, ou seja, a pena era cumprida em regime integralmente fechado.

Há muito esse rigorismo era objeto de amplas e acaloradas discussões na seara jurídica, com embates doutrinários que repercutiam na jurisprudência dos tribunais, posicionando-se a jurisprudência atual pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, com base nos princípios constitucionais da individualização e da humanização da pena, além dos princípios do devido processo legal e da igualdade, aplicando-se esse entendimento a diversos casos concretos, o que conferia o mesmo tratamento dispensado aos demais crimes no que diz respeito à progressão do regime da pena a ser cumprida, cuja progressão é permitida com o cumprimento de um sexto da pena, conforme o artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

Refletindo o novo entendimento jurisprudencial e a fim de sanar essas discussões, entra em vigor a Lei 11.464/07, que revogou o art. 2º, §1º da Lei 8.072/90, ao permitir a progressão de regime nos crimes hediondos, desde que cumpridos dois ou três quintos da pena, conforme seja o condenado primário ou reincidente, instituindo, portanto, um patamar superior ao dos crimes comuns, que exigem apenas o cumprimento de um sexto da pena.

O art. 5º, XL da Constituição Federal e o art. 2º, parágrafo único do Código Penal preceituam que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. A princípio, trata-se de uma lei nova que trouxe um benefício para o réu, qual seja, permitiu a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos, o que era literalmente vedado pela Lei 8.072/90, sendo, portanto, passível de aplicação retroativa.

Ocorre que, antes mesmo da entrada em vigor da referida lei nova, o Supremo Tribunal Federal já admitia o direito à progressão, declarando *incidenter tantum*¹, a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 8.072/90, fixando como parâmetro o cumprimento de um sexto da pena, conforme preceitua o artigo 112 da Lei de Execuções Penais, o que tratava de maneira similar os crimes hediondos aos demais crimes, no tocante à progressão do regime.

Analisaremos, portanto, se a nova Lei 11.464/2007, que estabeleceu a progressão de regime, é mais favorável ou não aos crimes cometidos antes de sua vigência, uma vez que ao instituir a possibilidade de progressão, a qual já era jurisprudencialmente aceita, o patamar de cumprimento de pena fora majorado de um sexto, para dois ou três quintos, a fim de conferir um tratamento diferenciado aos crimes hediondos, pois em relação aos mesmos há um maior juízo de reprovabilidade que exige tratamento distinto do conferido aos crimes comuns.

Partiremos da análise da criação da Lei dos Crimes Hediondos e sua evolução até os dias atuais, a fim de chegarmos a uma conclusão sobre a questão da irretroatividade da Lei 11.464/07, em relação aos crimes praticados antes de sua vigência, e suas implicações na sociedade e no mundo jurídico. Para tanto, abordaremos temas como o julgamento do Habeas Corpus 82.959/SP, que motivou toda essa discussão e culminou na criação da Lei 11.464/07 e a posição da doutrina e jurisprudência sobre a aplicação desta lei no tempo.

O trabalho ora apresentado tem grande relevância jurídica e social, pois reflete a situação de uma grande quantidade de condenados por crimes hediondos em todo o Brasil.

2. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS – 8.072/90

2.1 DEFINIÇÃO

A Lei 8.072 foi publicada em 25 de julho de 1990 e ficou conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, que entrou em vigor na data de sua

¹ Decisão que vincula apenas as partes de determinado caso concreto.

publicação. A fim de cumprir o preceito do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio e impôs tratamento penal mais rígido aos crimes hediondos e aos a eles equiparados.

O legislador constituinte restringiu direitos e garantias fundamentais do indivíduo que sofre a persecução penal em razão de imputação e condenação por crime hediondo ou assemelhados ao estatuir, no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, que: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Mirabete (1994, p.131), define os crimes hediondos como os que “pela sua natureza ou pela forma de execução, se mostram repugnantes, causando clamor público e intensa repulsa”, ressaltando que estão elencados no art. 1º da Lei 8.072/90.

Estas figuras penais representavam ofensas graves a bens jurídicos de elevada relevância que demandavam uma resposta mais rigorosa do sistema normativo penal.

Não há uma definição precisa do que seja crime hediondo, como ressaltam Silva, Lavorente e Genofre (2008, p.120):

A emissão normativa, Lei 8.072/90, não definiu o que se deva entender por crime hediondo, limitando-se a reportar em artigo primeiro e parágrafo único, as condutas delituosas já previstas no Código Penal ou em legislação especial e que passaram, portanto, a ser considerados hediondos, tanto na forma consumada quanto na tentada.

Segundo Bechara (2008), foi adotado o critério legal por ter se mostrado mais adequado e compatível com a segurança jurídica nas relações humanas, evitando que a obtenção do conceito fosse construída a partir de uma percepção excessivamente pessoal e subjetiva.

Estão inseridos no rol de crimes hediondos os seguintes tipos penais: homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo

de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998); e crime de genocídio previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Equiparam-se aos crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

Bechara (2008, p.02), distingue os crimes hediondos dos crimes assemelhados da seguinte maneira:

Os crimes hediondos previstos no art. 1º da Lei 8.072/90 distinguem-se dos denominados crimes assemelhados aos hediondos. Estes foram previstos expressamente no texto constitucional, no art. 5º, e por essa razão, diferentemente dos crimes hediondos, não podem ser suprimidos, nem sequer por emenda. Diversamente dos hediondos, cuja definição é condicionada à edição de lei ordinária, nos crimes assemelhados o tratamento constitucional mais severo tem aplicação imediata. Os crimes hediondos, por sua vez, podem ser alterados pelo legislador ordinário para incluir ou excluir novas figuras penais, sempre que as conveniências de política criminal assim determinarem.

Importante comentar que aos crimes hediondos e aos equiparados a eles, conceituados como de maior potencial ofensivo (art. 1º), não caberá benefícios como anistia, indulto, graça, fiança e liberdade provisória. Ainda, aos apenados por essa lei, quando publicada em 25 de julho de 1990, em seu art. 2º, § 1º não cabia a progressão de regime,

sendo o preso condenado a cumprimento da pena em regime integralmente fechado, do começo ao fim, sem direito à progressão.

2.2 CONTEXTO SOCIAL

O Brasil do início do século XXI apresenta diferenças substanciais principalmente geradas pela globalização dos mercados, que provocou uma onda de excluídos, indivíduos que ficaram à margem da sociedade capitalista e um Estado com poder de intervenção na sociedade cada vez mais adaptado às leis dos mercados. Passa, ainda, por um processo em que se verifica um desmonte sistemático do Estado-nação, na sua soberania, no seu poder de regulação, na sua capacidade de formulação de políticas públicas e na minimização do seu perfil penal. Devido a essas diferenças instalou-se no país, “uma fábrica incessante de normas penais”.

O mecanismo punitivo é acionado seja para promover penalmente valores éticos-sociais ainda não introjectados no espírito da população, seja ainda para transmitir aos cidadãos uma ilusória sensação de segurança, seja, enfim, para atender explícitos propósitos políticos. A criminalidade passa por um processo explícito de politização que se dobra ao peso de grupos de interesse ou poder midiático, para o qual o crime se torna um espetáculo rentável. (FRANCO, 2007, p. 572).

Diante deste cenário e ainda conforme observações de Franco (2007), verifica-se o efeito dos meios de comunicação de massa que passam a divulgar casos de extorsões mediante sequestro, que tinham vitimado figuras importantes da elite econômica e social do país (casos Martinez, Salles, Roberto Medina, Abílio Diniz etc). A população fica exposta a um medo irracional, em que passa a predominar desconfiança e descrédito para com os órgãos oficiais de controle social, e passa atuar como um mecanismo de pressão ao qual o legislador não soube resistir.

Neste contexto social acontece a aprovação da lei, em 1990. Franco (2007), afirma que esta aprovação foi impulsionada pelo caso dos

sequestros de Roberto Medina e Abílio Diniz. Os trabalhos no Congresso se adiantaram de tal forma que 15 dias após o sequestro de Medina estava aprovada a lei. No entanto, a rapidez na aprovação da proposta deixou de fora o homicídio entre esses crimes, que foi incluído após o assassinato da atriz Daniela Perez em 1994, filha da escritora de novelas Glória Perez. Esta, com o amplo apoio dos meios de comunicação, conseguiu amear milhões de assinaturas para viabilizar a apresentação de um projeto de lei de iniciativa popular, propondo as alterações da Lei dos Crimes Hediondos.

Reale apud Franco (2007, p. 275), comenta sobre a aprovação desta lei:

A lei de crimes hediondos, aprovada de afogadilho, foi uma resposta penal de ocasião, para dar satisfação diante do sequestro de Roberto Medina, sem que o legislador sopesasse as vantagens em matéria de execução da pena das limitações impostas, que quebram o sistema do Código Penal, com a exigência de cumprimento integral da pena em regime fechado, gerando-se uma fera no meio prisional, que nada tem a perder. O importante, no entanto, é verificar que, editada a lei bem mais rigorosa, aumentaram vertiginosamente os sequestros, a mostrar a nenhuma correspondência entre a gravidade da pena e redução da criminalidade.

Já a tortura passou a ser contemplada como crime hediondo somente em 1997, com sua definição legal como crime. Mais uma vez, segundo Franco (2007), houve um grande apelo popular para que a lei fosse aprovada, e dessa vez o que serviu de mote foi o escândalo numa favela de São Paulo, o do policial Rambo.

“Acorre-se à Lei nº 8.072/90 como pretensa resposta, confundindo política policial com política criminal e buscando sua efetividade à custa de garantias processuais e constitucionais.” (SILVA, LAVORENTE e GENOFRE, 2008, p. 119).

Esse resgate histórico é importante para entender a criação dessa lei e a maneira como a opinião pública interfere no posicionamento do Congresso Nacional, que pensando frequentemente apenas a curto prazo e recorrendo à legislação penal como uma espécie de panaceia para os graves problemas de violência do país, não enfrenta as raízes da questão, na possibilidade de enfrentá-lo em suas origens e simplesmente invocam mais repressão, novos tipos penais e mais prisão.

A Lei de Crimes Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação social, controlado pelos segmentos econômicos e políticos hegemônicos, ou seja, o de dar à população a ideia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança.

2.3 REGIME INTEGRALMENTE FECHADO

Como dito, a Lei dos Crimes Hediondos, quando publicada em 25 de julho de 1990, estabelecia em seu art. 2º, § 1º, que a pena por crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo seria cumprida integralmente em regime fechado. Aos condenados por estes crimes não era dado o direito à progressão, iniciando o cumprimento da pena em regime fechado e assim permanecendo até o fim.

Ocorre que, em 07 de abril de 1997, foi publicada a Lei 9.455, que estabeleceu os crimes de tortura. Ficou estabelecido em seu art. 1º, § 7º, que o condenado pelo crime de tortura iniciaria o cumprimento de sua pena em regime fechado, o que diferenciou o crime de tortura dos demais crimes hediondos, ao permitir a progressão de regime, o que era, até então, vedado aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e crime hediondo.

Na opinião de Silva, Lavorente e Genofre (2008), após a vigência da Lei 9.455/97, considerando que o texto constitucional preceitua que os delitos hediondos e os a eles equiparados, como é o caso da tortura, devem merecer da legislação infraconstitucional tratamento isonômico, passou-se a questionar se a supracitada lei havia derogado a Lei 8.072/90 no que pertine à proibição da progressão de regime.

Tal entendimento foi exteriorizado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em acórdão relatado pelo Ministro Luiz Vicente

Cernicchiaro, concedeu a progressão de regime ao condenado pela prática do tráfico ilícito de entorpecentes, nos seguintes termos:

A Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, específica para o crime de tortura, determina no art. 1º, § 7º: “O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

A disciplina anterior (Lei nº 8.072/90), a pena cumprida integralmente em regime fechado, foi substituída: a sanção passou a ser resgatada “inicialmente” no regime fechado. Em outras palavras, ajustou-se ao sistema progressivo do Código Penal.

A lei mais recente, comparada com a Lei dos Crimes Hediondos, mostrava-se mais favorável. A lei mais benéfica, por imperativo constitucional e do Código Penal, aplica-se incondicionalmente.

Insista-se: os crimes relacionados na Constituição e na Lei n.º 8.072/90 receberam o mesmo tratamento. Estatuíram os mencionados textos disciplina uniforme.

A lei alterando a matéria, embora literalmente restrita a uma parte, repercute no todo. Vale dizer, o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 foi afetado por lei posterior, ensejando o cumprimento da pena, por etapas, ou seja, somente no início no regime fechado”. (Recurso Especial nº 140.617-GO, julgado em 12/09/1997).

Entendimentos como este, que estenderam o estabelecido na Lei de Tortura quanto ao direito de progressão de regime aos demais crimes hediondos e equiparados, criaram uma polêmica jurídica até o momento em que o Supremo Tribunal Federal criou a Súmula 698: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura”.

Em que pese entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, o Pleno, sob a presidência do Ministro Nelson Jobim, por maioria, declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que previa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado para os condenados por crime hediondo e seus assemelhados, permitindo a progressão de regime, através do polêmico julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/SP, nos termos do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, o qual será objeto de análise no próximo capítulo.

2.3.1 OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA HUMANIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O sistema progressivo de cumprimento de pena é, sem dúvida, o pressuposto lógico e consequência natural do resultado prático dos princípios da legalidade, da individualização e da humanização da pena.

As relações entre o direito de liberdade do cidadão e o poder repressivo do Estado é regido pelo princípio da legalidade de forma imperativa. A execução penal à margem do princípio da legalidade segundo Franco (2007), constitui um disparate na medida em que representa temerária investida contra a liberdade pessoal do cidadão, com a instauração de um sistema entregue ao arbítrio das agências de controle penal.

Franco (2007) é categórico ao afirmar que o princípio da legalidade não pode deixar de incidir também na etapa do cumprimento da pena, transformando-se em mais uma das garantias do cidadão, no sentido de devolver ao preso a sua dignidade humana como limite intransponível das restrições que lhe podem ser impostas pelo sistema prisional e a intervenção obrigatória do juiz para assegurar o cumprimento das disposições legais que regulam o cumprimento da pena e a observância do respeito devido aos condenados.

Desta forma, ainda conforme este autor, a jurisdição não se desvincula, em definitivo, do processo a partir da entrega da sua prestação, ou seja, transcende à tarefa de mera ativação do poder punitivo estatal e passa a dirigir e controlar a própria execução da pena.

Franco (2007), também considera que o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade está, ainda, diretamente ligado ao princípio constitucional da individualização da pena. Este princípio garante a todo cidadão, condenado criminalmente, uma pena particularizada, pessoal, distinta e inextensível a outro cidadão em situação fática igual ou assemelhada.

Assim entende Andreucci (2008, p. 09):

De raízes constitucionais (art. 5º, XLVI), o princípio da individualização da pena se assenta na premissa de que o ilícito penal é fruto da conduta humana, individualmente considerada, devendo, pois, a sanção penal recair apenas sobre quem seja o autor do crime, na medida de suas características particulares, físicas, psíquicas. Inclusive, na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) vêm traçadas normas para individualização da pena, através da classificação do condenado segundo seus antecedentes, personalidade, elaborando-se um programa individualizador da pena privativa de liberdade que lhe for adequada.

Segundo Nucci (2007, p. 382):

A individualização executória da pena é consequência natural da adoção do princípio constitucional da individualização da pena.(...) Por isso, a progressão de regime, forma de incentivo à proposta estatal de reeducação e ressocialização do sentenciado, é decorrência natural da individualização executória.

A execução da pena não é algo estático, por isso o processo individualizador prossegue, na fase de execução da pena, por meio do sistema prisional progressivo que se traduz nos seguintes objetivos. Segundo Franco (2007): a diminuição gradativa do tónus da pena; o

estímulo à boa conduta e à obtenção paulatina da reforma moral do recluso e sua conseqüente preparação para a vida em liberdade.

Portanto, excluir o sistema progressivo da fase de execução da pena é o mesmo que se ignorar o princípio constitucional da individualização da pena. Em conseqüência, lei ordinária que estabeleça regime prisional único, sem possibilidade de nenhuma progressão atentaria contra o referido princípio, de indiscutível embasamento constitucional.

A exclusão do sistema progressivo entra em choque também com o princípio constitucional da humanidade da pena, consubstanciado no artigo 5º, III, XLVII e LXIX da Constituição Federal. Para Franco (2007), a pena executada com um único e uniforme regime prisional significa pena desumana, uma vez que inviabiliza um tratamento penitenciário racional e progressivo, ao passo em que deixa o recluso sem qualquer esperança de obter a liberdade antes do termo final de sua condenação. Portanto, não exerce nenhuma influência psicológica positiva no sentido de sua reinserção social, além de desamparar a própria sociedade na medida em que devolve o preso à vida societária após um processo de dessocialização.

“O princípio da humanidade sustenta que o poder punitivo do Estado não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados” (SALDARRIAGA, apud CEZAR BITENCOURT, 2008, p. 17).

Esse princípio determina “a inconstitucionalidade de qualquer pena ou conseqüência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer conseqüência jurídica inapagável do delito”. (ZAFARONI, apud BITENCOURT 2008, p. 17).

Para Andreucci (2008), o princípio da humanidade é decorrência lógica dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Segundo este autor, a pena e seu cumprimento devem se revestir de caráter humanitário, em respeito à proteção à pessoa do preso.

Temos que a execução da pena em regime integralmente fechado contraria o modelo de ressocialização do criminoso e caracteriza a pena como de cunho exclusivamente expiatório ou retributivo, que não se afeiçoam com o princípio constitucional da humanidade da pena e finalidades a ela atribuídas pelo Código Penal, em seu art. 59 e

pela Lei de Execuções Penais. Este entendimento tem o respaldo de Silva, Lavorente e Genofre (2008, p.124), como podemos citar:

O preceito legal sofreu inúmeras críticas doutrinárias, referendadas em várias decisões, mormente por se entender que é ofensivo à individualização da pena, emprestando-lhe um cunho eminentemente retributivo, além de ser ofensivo ao princípio constitucional da humanidade da pena. Por este posicionamento, a norma é eivada de inconstitucionalidade.

Sabe-se dos efeitos deletérios provenientes da privação da liberdade do indivíduo, uma vez que a realidade que assola o sistema penitenciário brasileiro é precária e que as prisões são locais totalmente impróprios para a recuperação de qualquer indivíduo. O objetivo da pena é reeducar a pessoa humana que acabará voltando ao convívio social, de modo que a progressão se faz essencial para a recuperação do preso, dando a este perspectiva e esperança.

A análise pormenorizada destes princípios serviram de fundamentação para o julgamento do Habeas Corpus 82.959-7, o qual alterou o entendimento do Supremo Tribunal Federal e declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei 8.072/90, que previa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

3. JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 82.959/SP

3.1 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART.2º DA LEI 8.072/90

Após a aposentadoria de quatro ministros do Supremo Tribunal Federal, o Plenário da Suprema Corte sofreu uma sensível mudança em sua composição e, como previsível, algumas teses jurisprudenciais que estavam sedimentadas, voltaram a ser discutidas, como foi o caso referente à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que proibia, no caso de crimes hediondos e assemelhados, o regime

prisional progressivo, ou seja, previa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Segundo informações de Andreucci (2008), foi no dia 23 de fevereiro de 2006, por seis votos a cinco, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, em polêmica decisão, no HC 82959, de São Paulo, que vedava a progressão de regime de cumprimento de pena nos casos de crimes hediondos e assemelhados.

O assunto foi analisado na via de exceção, também chamada de difusa ou aberta, ou seja, no Habeas Corpus nº 82.959, que se tornou um verdadeiro *leading case*². Eis o teor da ementa e decisão:

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

Decisão

Apresentado o feito em mesa pelo Relator, o julgamento foi adiado. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 01.07.2003.

² Decisão que cria regra importante e serve de precedente para casos semelhantes futuros.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 06.08.2003.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Relator, e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que a indeferiam; e o do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava ex officio o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim e Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 18.12.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator) e Carlos Britto, que deferiam a ordem para cassar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e assentavam o direito do paciente à progressão do regime de cumprimento da pena; dos votos dos Senhores Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, que

indeferiam a ordem; do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, que acompanhava o Relator e cancelava ex officio o aumento da pena do artigo 226, III, do Código Penal; e do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que declarava a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º, com eficácia ex nunc, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.12.2004. Decisão: Renovado o pedido de vista da Senhora Ministra Ellen Gracie, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 24.02.2005.

Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, “incidenter tantum”, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006”.

O dispositivo legal que proibia a progressão de regime nos crimes hediondos e a eles equiparados colidia com vários princípios constitucionais, especialmente o princípio da isonomia, da individualização da pena, inseridos no art. 5º, XLVI da Constituição Federal e o da dignidade da pessoa humana.

Muito se tem discutido a respeito das funções que devem ser atribuídas às penas. Fala-se em três finalidades básicas, quais sejam, a repressão, a prevenção e a ressocialização.

Segundo Greco (2008), o nosso Código Penal, por intermédio de seu art.59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e à prevenção do crime, ou seja, a pena deve reprová-lo o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.

Bitencourt (2008), destaca três correntes teóricas principais sobre a função da pena: teoria absoluta, teoria relativa (prevenção geral e prevenção especial) e teoria unificadora ou eclética.

Ainda segundo este renomado autor, pela teoria absoluta ou retributiva “é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais”. Para as teorias preventivas a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir a sua prática, dividindo-se em prevenção geral, em que a pena configuraria uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, servindo de “coação psicológica” e prevenção especial que, ao contrário da anterior, dirige-se exclusivamente ao delinquentes em particular, com o objetivo de que este não volte a delinquir. Por último, o autor destaca a teoria unificadora da pena, em que tenta agrupar em um só conceito os fins da pena ao aceitar a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico penal.

Para estas teorias, a pena é considerada um mal necessário, porém para as teorias preventivas, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar a justiça, mas na função de inibir a prática de novos delitos.

Costa Jr. (2008, p. 143), assim se manifesta sobre o assunto:

Modernamente, adotou-se um posicionamento eclético quanto às funções e natureza da pena. É o que se convencionou chamar de pluridimensionalismo, ou *mixtum compositum*. Assim, as funções retributiva e intimidativa da pena procuram conciliar-se com a função

ressocializadora da sanção. Passou-se a aplicar a pena *quia peccatum est ut ne peccetum*.

A função ressocializadora da pena ganha relevo a partir da promulgação da Constituição da República de 1988. Neste sentido a doutrina e jurisprudência pátria já defendiam que o objetivo primordial da pena era a recuperação do condenado, para que este possa, ao final, voltar à sociedade e a ela se reintegrar como cidadão capaz de retomar o seu destino e conduzir-se na ambiência social, resgatando os laços familiares, comunitários e sociais.

Portanto, a vedação à progressão de regime, consubstanciada pela Lei 8.072/90 pode, segundo vozes reacionárias de viés conservador, ter servido às funções da repressão e prevenção especial do crime, no entanto, afastou o objetivo ressocializador, sem contar que há o risco do incremento da reincidência, na medida em que o indivíduo permanecerá durante todo o período de reclusão privado de contato com o mundo exterior, restando a ele, tão-somente, os meandros de um sistema prisional falido.

Segundo Vaz (2007), o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, sem qualquer direito à progressão estabelece castigo típico dos sistemas inquisitivos, inadmissível em qualquer Estado de Direito, além de ferir o princípio da individualização da pena, que por sua natureza constitucional, não pode ser rechaçado por simples lei ordinária.

Neste aspecto, individualizar a pena requer aplicar uma sanção de acordo com o fato e com a pessoa que o praticou, personificando a pena.

Foi neste sentido a decisão do Supremo Tribunal Federal ao afastar a vedação à concessão de progressão de regime. A execução da pena cumprida pelos condenados a crimes hediondos ou a eles equiparados passou a ser regulada pelo disposto no art. 112 da Lei de Execuções Penais, que prevê o cumprimento de um sexto da pena para que haja o direito à progressão de regime.

É imprescindível ser estabelecida uma análise sobre qual espécie de controle de constitucionalidade foi exercido neste caso, bem como seus efeitos a partir de então.

3.1.1 EFEITOS

Como afirma Lenza (2007, p.143):

(...) partindo de um critério subjetivo ou orgânico, o controle judicial de constitucionalidade poderá ser difuso ou concentrado.

O sistema difuso de controle significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade.

Por seu turno, no sistema concentrado, como o nome já diz, o controle se “concentra” em um ou mais de um (porém em número limitado) órgão. Trata-se de competência originária do referido órgão.

No Direito Pátrio, um dos tipos de controle de constitucionalidade das leis possível de se exercer é o sistema pela via de exceção, difusa ou de defesa, através do qual qualquer órgão jurisdicional está apto a declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de determinado preceito legal, com efeito, tão-somente, entre as partes envolvidas na lide. Em caso da questão ter sido levada até o Supremo Tribunal Federal, como é o caso do *habeas corpus* em questão, a decisão final deve ser comunicada ao Senado Federal, para que este suspenda a aplicação da lei considerada inconstitucional, conforme art. 52, X da Constituição Federal. Ressalte-se que é discricionária a suspensão da lei pelo Senado Federal.

O outro tipo de controle de constitucionalidade é o sistema concentrado, também chamado de sistema pela via abstrata.

Chimenti et al (2007, p.382) descreve desta forma:

De natureza objetiva, o processo de controle abstrato da constitucionalidade não está relacionado a qualquer caso concreto. Analisa-se a norma em seu contexto hipotético, razão por que não se defere o ingresso no processo de terceiro que tenha por finalidade defender seu interesse subjetivo. Este controle é exercido perante o

Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.102, I, da Constituição Federal, e é capaz de gerar efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*. Examina-se a constitucionalidade da lei em tese e não um caso concreto, por isso não há partes e não há necessidade de comunicar a decisão ao Senado Federal, já que a inaplicabilidade da norma declarada inconstitucional neste tipo de controle é consequência lógica e natural do sistema.

Na decisão proferida nos autos do Habeas Corpus 82.959/SP, no controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, ao deferi-lo também declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos. Ou seja, para que se pudesse cogitar de seus efeitos perante todos e eficácia vinculante, teria que haver, ao menos, a comunicação da decisão ao Senado Federal, para que este suspendesse a execução do preceito legal declarado inconstitucional. Ocorre que não houve a comunicação desta decisão ao Senado e, conseqüentemente, não houve suspensão da norma. (Disponível em: http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_novembro_2007/CrimesHediondos_SergioOliveira.pdf).

Apesar do que foi exposto e diante do cenário atual, verifica-se uma grande transformação no quadro do controle de constitucionalidade brasileiro, uma vez que o momento revela a tendência do Supremo Tribunal Federal em se transformar numa verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, cujas decisões são capazes de gerar, ainda que em sede de controle difuso, concreto, efeitos gerais, atingindo a todos indistintamente, desde que proferidas pelo Pleno.

Este entendimento é defendido por Didier Jr. (2007), é o que ele chama de “controle difuso abstrativizado”.

Então, o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, dispositivo que fundamenta a suspensão da execução de uma lei pelo Senado Federal, que em dias de outrora foi tão útil para atribuir a eficácia *erga omnes*³ às decisões proferidas em caso concreto, está sendo objeto de

³ Que atinge a todos os que se enquadram na mesma situação específica.

mutação constitucional a fim de que se lhe aplique apenas o efeito de publicidade, sendo a própria decisão da Corte que contém a força normativa.

Portanto, em que pese haver entendimento de que a decisão lavrada no HC 82959/SP não se revestiu de efeitos vinculantes e não tornou obrigatório o acatamento desta diretriz interpretativa, é inegável que serviu de importante precedente advindo da Corte Constitucional e influenciou, sobremaneira, as decisões proferidas pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Podemos citar o seguinte julgado que ressalta o entendimento de que a decisão proferida pelo STF revestiu-se de efeito *erga omnes*:

As considerações que passo a tecer referem-se aos efeitos da decisão proferida pelo STF. Inicialmente, resalto que comungo, e não é novidade neste Tribunal, com o pensamento expressado por Fredie Didier Jr., denominado, por ora, de controle difuso abstrativizado, quando diz que, em algumas ocasiões, o controle difuso de constitucionalidade tem efeito *erga omnes* e vinculante. Isto é, no momento em que o STF, por seu órgão pleno, examina não só o caso concreto como também a lei e a considera inconstitucional – exatamente a hipótese ocorrida no julgamento do HC 82.959 -, retira-lhe a validade. Assim, apesar de formalmente vigente, ela, a lei, não vale mais, malgrado o Senado ainda não a tenha retirado do ordenamento jurídico brasileiro. Entendo, portanto, que a partir da decisão do Pleno do STF, o juiz pode conceder a progressão de regime mesmo quando se tratar de crimes hediondos, desde que estejam presentes os requisitos objetivos e os subjetivos, impende ressaltar que o STF, atualmente, aponta para a possibilidade de utilização do exame criminológico para aferi-lo” (TJMG – 5ª Cam. Crim. – RA 1.0000.06.441871-8/001 – voto: Alexandre Victor de Carvalho – j. 09.01.2007 – DO 10.02.2007).

Em suma, com o julgamento do Habeas Corpus nº 82959/SP, que declarou inconstitucional o preceito do art. 2º, §1º da Lei 8.072/90, que determinava que a pena para os condenados por crimes hediondos e seus assemelhados seria cumprida em regime integralmente fechado, muito se discutiu quanto à abrangência de seus efeitos, sendo imperioso neste momento que façamos uma análise quanto ao posicionamento jurisprudencial nos nossos tribunais.

3.2 POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A partir do precedente do Supremo Tribunal Federal (julgamento do Habeas Corpus 82.959/SP), ainda que tenha reconhecido a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime pelo controle difuso, portanto, com efeito *inter partes*, o Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Estaduais passaram também a decidir pela possibilidade da progressão de regime, face à inconstitucionalidade da referida norma.

Ao tratarem de forma semelhante os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados aos demais, as decisões causaram polêmica, uma vez que o objetivo da Lei 8.072/90, de imputar tratamento penal mais severo à prática desses delitos, foi mitigado.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi inovadora e marcou uma mudança de entendimento. A doutrina já se inclinava favorável à inconstitucionalidade e a jurisprudência dominante seguiu o mesmo caminho, senão vejamos:

Tendo sido declarada *incidenter tantum* pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959/SP, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, por contrariar os princípios da individualização e da humanização das penas, acabou com a celeuma criada nos Tribunais, já que extirpou o óbice que impedia a progressão de regime dos chamados crimes hediondos e a eles equiparados, desde que, no momento próprio, o apenado preencha os requisitos objetivos e subjetivos necessários para progredir de regime (TJMG – 5ª Cam. Crim. – Ap. 1.0290.02.000521-

8/001(1) – rel. Antônio Armando dos Anjos – j. 24.02.2007 – DO 23.03.2007).

A vedação à progressão do regime de cumprimento da pena para os crimes hediondos é inconstitucional. Fere o inciso XLVI, do art. 5º da Constituição Federal. Essa vedação é tão hedionda como o próprio crime. Além disso, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 82.959 – SP. Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a inconstitucionalidade do §1º do art.2º da Lei 8072/90 apenas *incidenter tantum*, esse reconhecimento revela o entendimento do Plenário da Suprema Corte. Recurso não provido (TRF 1ª R. – 3ª T. – Agr. 2006.01.99.044989-3 – rel. Tourinho Neto – j. 15.01.2007).

Tendo sido recepcionado pela Constituição da República o sistema progressivo de cumprimento de pena, constante do Código Penal e da Lei de Execução Penal, negá-lo ao condenado por crime hediondo gera descabida afronta aos princípios da humanidade das penas e da individualização. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23.02.2006 (HC 82.959-SP), a inconstitucionalidade incidental do art.2º, §1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, não mais subsiste o fundamento para impedir a progressão de regime, máxime que, na hipótese vertente, estão preenchidos os requisitos legais para alcançar a benesse” (TJPR – 4ª Cam. Crim. – AC 365.248-4 – rel. Roberto de Vicente – j. 15.03.2007).

Em que pese a considerável maioria da doutrina e jurisprudência considerar inconstitucional o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, impende salientar que também houve decisões no sentido da constitucionalidade do referido dispositivo, partindo do pressuposto de que o julgamento

do Habeas Corpus 82959-SP não gerou efeito *erga omnes*, como se vê adiante:

A despeito da nova orientação do Supremo Tribunal Federal, forjada a partir de julgamentos que não guardam efeitos *erga omnes*, não há falar em progressão de regime em crimes hediondos e afins, por força do comando contido no §1º, do art.2º da Lei 8.072/90, que nada tem de inconstitucional (TJMG – 5ª Cam. Crim. – HC 1.0000.06.44533-5/000 – rel. Hélcio Valentim – j. 18.12.2006 – DO 10.12.2007).

A norma do art.2º, §1º, da Lei 8.072/90 é constitucional, vez que, ao impedir a progressão de regime para aqueles que cometem crimes tidos como hediondos, não fere o princípio da individualização da pena (TJMG – 5ª Cam. Crim. – RA 1.0000.06.441871-8/001 – rel. Pedro Vergara – j. 09.01.2007 – DO 10.02.2007).

A recente decisão do STF, declarando, em controle incidental, a inconstitucionalidade do art.2º, §1º, da Lei 8.072/90, para gerar efeitos vinculantes, depende de manifestação do Senado Federal, que ainda não se pronunciou (TJMG – 5ª Cam. Crim. – HC 1.0000.06.444782-4/000 – rel. Vieira de Brito – j. 05.12.2006 – DO 30.01.2007).

Os agentes condenados pelos delitos de sequestro qualificado e tráfico de entorpecentes, dados como hediondos, devem cumprir suas penas em regime integralmente fechado, sem que haja violação ao princípio constitucional da individualização da pena, ante a expressa norma do art.2º, §1º, da Lei 8.072/90, pois a declaração de inconstitucionalidade desta norma pelo STF foi feita pela via do controle difuso, havendo a necessidade de ação do Senado Federal para suspender sua eficácia. Ademais, tal julgamento, em decisão incidental, não revogou os termos da Súm. 698 do STF (TJSP – 4º Gr. Ac 009119754.3/

7 – rel. Otávio Henrique – j. 07.12.2006 – RT 859/594).

A fim de amparar o novo entendimento jurisprudencial e, ainda, de sanar essas discussões, entra em vigor a Lei 11.464/07, que revogou o art.1º, §1º da Lei 8.072/90, ao permitir a progressão de regime nos crimes hediondos, desde que cumpridos dois ou três quintos da pena, conforme seja o condenado primário ou reincidente, instituindo, portanto, um patamar superior aos demais crimes, que exigem apenas o cumprimento de um sexto da pena, conforme art.112 da Lei de Execução Penal.

4. CRIAÇÃO DA LEI 11.464 DE 28 DE MARÇO DE 2007 – ALTERAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

4.1 REGIME INICIALMENTE FECHADO

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 82959/SP e declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, possibilitando a progressão de regime naquele caso concreto, criou um precedente jurisprudencial que foi amplamente seguido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais Estaduais, que começaram a conceder a progressão de regime pela prática de crimes hediondos e os a ele equiparados, conforme decisões já colacionadas no capítulo anterior. Para tanto, o que servia de parâmetro para a concessão da progressão era o artigo 112 da Lei de Execuções Penais, que prevê o cumprimento de um sexto da pena e, com isso, os autores dos crimes hediondos foram iguados aos dos demais crimes neste aspecto.

Para dirimir tal conflito e restabelecer o tratamento penal mais severo determinado pelo constituinte no que tange ao cumprimento da pena pela prática dos crimes epigrafados, segundo Franco (2007), foi necessária a edição da Lei 11.464/07, que alterou a redação do antigo artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, estabelecendo que a pena para os crimes hediondos e os a ele equiparados será cumprida inicialmente em regime fechado, ou seja, admitindo-se expressamente a progressão de regime.

Ainda conforme este autor, alguns tribunais inferiores e inúmeros juízes não atenderam ao comando provindo do Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que a declaração de inconstitucionalidade não teve efeito *erga omnes*, mas resultou de mero controle difuso de constitucionalidade, e, nessa situação, a declaração de inconstitucionalidade somente teria validade entre as partes do processo submetido a julgamento. Ademais, seria imprescindível que o dispositivo legal fosse suspenso pelo Senado Federal, nos termos do inciso X do art. 52 da Constituição Federal.

A aprovação da Lei 11.464/2007, pôs fim à divergência doutrinária e jurisprudencial: a nova lei permite a progressão de regime. O condenado por crime hediondo inicia, obrigatoriamente, o cumprimento da pena em regime fechado. Pode, portanto, ter o direito à progressão, desde que tenha bom comportamento carcerário e cumprido parte da pena. É correto afirmar que o que diferencia os condenados pelos crimes hediondos e assemelhados dos demais, é o cumprimento de um tempo maior da pena para obter o direito à progressão.

Com o novo texto dado ao §1º do artigo 2º da Lei 8.072 pela Lei 11.464/2007, os patamares estipulados para a progressão de regime nos crimes hediondos foram diferenciados: dois quintos se o apenado for primário e três quintos se reincidente. Desta maneira, a progressão de regime para os crimes comuns, não hediondos, continua tendo como critério objetivo o cumprimento de um sexto da pena.

A Lei 11.464/2007 traz à colação um grande questionamento: considerando que a Lei 11.464/2007 entrou em vigor na data de sua publicação, em 29 de março de 2007, como se dará a sua aplicação no tempo?

4.2 NATUREZA JURÍDICA E APLICAÇÃO NO TEMPO

Estabelecer a natureza jurídica da norma em comento se faz necessário, a fim de que possamos delimitar os princípios norteadores de sua eficácia e aplicação.

Segundo Bitencourt (2007), desde que uma lei entra em vigor, ela rege todos os atos abrangidos por sua destinação, até que cesse sua vigência. A lei anterior, como regra, perde sua vigência quando entra

em vigor uma lei nova regulando a mesma matéria. Ainda conforme este autor, entre estes dois limites, a entrada em vigor e cessação de sua vigência, encontra-se a sua eficácia.

“Não alcança, assim, os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage nem tem ultratividade. É o princípio *tempus regit actum*”. (DAMÁSIO DE JESUS, apud BITENCOURT, 2008, p. 160).

A regra geral em direito é a aplicação da lei vigente à época dos fatos, consubstanciada pelo princípio do *tempus regit actum*⁴, ou seja, a lei aplicável à repressão da prática do crime é a lei vigente ao tempo da sua execução.

Todavia, há exceções ao princípio do *tempus regit actum*, que possibilitam a correta aplicação da lei, como é o caso da extratividade, ou seja, a possibilidade de aplicação de uma lei a fatos ocorridos fora do âmbito de sua vigência.

Mirabete (1994, p. 58), assim explica:

De acordo com o princípio *tempus regit actum*, a lei rege, em geral, os fatos praticados durante a sua vigência. Não pode, em tese, alcançar fatos ocorridos em período anterior ao início de sua vigência nem ser aplicada àqueles ocorridos após a sua revogação. Entretanto, por disposição expressa do próprio diploma legal, é possível a ocorrência da retroatividade e da ultratividade da lei. Denomina-se *retroatividade* o fenômeno pelo qual uma norma jurídica é aplicada a fato ocorrido antes do início de sua vigência e *ultratividade* à aplicação dela após sua revogação.

Segundo Nucci (2006, p. 60):

O fenômeno da extratividade, no campo penal, realiza-se em dois ângulos: a) retroatividade: é a aplicação de uma nova lei penal benéfica a um fato

⁴ O tempo rege o ato.

(infração penal) acontecido antes do período de sua vigência (art. 5º, XL, CF); b) ultratividade: é a aplicação de uma lei penal benéfica, já revogada, a um fato (sentença) ocorrido depois do período da sua vigência. O Código Penal Brasileiro, no art. 2º, faz referência somente à retroatividade, porque está analisando a aplicação da lei penal sob o ponto de vista da data do fato criminoso. Assim, ou se aplica o princípio-regra (*tempus regit actum*), se for o mais benéfico, ou se aplica a lei penal posterior, se for a mais benigna.

Assim, na opinião de Barros (2007), o conflito de leis penais no tempo é resolvido por princípios e regras, que podem ser sintetizadas da seguinte forma: a lei penal posterior mais severa é irretroativa; a lei penal posterior benéfica é retroativa e a lei penal anterior mais benéfica é ultra-ativa.

Bitencourt (2008) define como lei penal, portanto, irretroativa, toda aquela que de qualquer modo atinge algum direito fundamental do cidadão ou restringe sua liberdade; como lei processual a que disciplina o processo e o procedimento, sem relação direta com o direito de punir do Estado, ressaltando que o princípio *tempus regit actum* aplica-se, sem exceção, tão-somente às normas que regem a realização dos atos processuais. Este autor sustenta, por fim, que também são alcançadas pela irretroatividade aquelas normas conhecidas como híbridas, ou seja, leis penais que disciplinam matéria tanto de natureza penal quanto de natureza processual, que restrinja o direito de liberdade do réu.

Para Bechara (2008, p. 12), a norma penal caracteriza-se pelo fato de que o seu conteúdo se acha associado ao exercício do *jus puniendū*⁵, seja pela sua criação, extinção ou modificação. Já a norma processual, diferentemente, tem o seu conteúdo associado à persecução criminal ou *persecutio criminis*.

⁵ Direito de punir.

Sabe-se que a lei penal, no que se refere a sua aplicação no tempo, orienta-se segundo regras distintas da lei processual. Enquanto a primeira rege-se pela irretroatividade em relação a fatos anteriores a sua vigência, salvo quando para beneficiar o réu, a lei processual tem aplicação imediata, sendo irrelevante se o fato objeto da persecução é ou não anterior à sua entrada em vigor. (Bechara, 2008).

Gomes (2007) apud Capez, (2008, p. 52), ressalta a existência de normas processuais híbridas, por serem dotadas também de conteúdo penal, portanto capazes de afetar direito substancial do acusado, nos seguintes termos:

Deve ser considerada híbrida toda regra processual restritiva do direito de liberdade, como a que proíbe a liberdade provisória ou torna a infração inafiançável. “É fundamental distinguir a lei penal (material) da lei processual. Na hipótese que ela afete algum direito fundamental do acusado, pode-se dizer que possui conteúdo material. (...) É penal toda regra que se relacione com o *jus punitivis*, reforçando ou reduzindo os direitos penais subjetivos do condenado”.

Versando sobre normas de conteúdo misto, já que contém disposições de direito penal e processual penal, deve-se seguir o conteúdo normativo das de direito penal, uma vez que a regra da irretroatividade da norma penal desfavorável ao acusado deve prevalecer sobre os comandos de natureza processual.

O Supremo Tribunal Federal, conforme Capez (2007), firmou entendimento no sentido de que as normas que disciplinam o regime de cumprimento de pena possuem caráter penal, submetidas ao princípio da retroatividade *in melius*⁶.

Por estas razões, tanto para os que defendem ser a natureza da norma em apreço híbrida, com dispositivos de natureza penal e processual penal, quanto para os que a consideram de natureza penal, o fato é que só retroagirá para beneficiar o réu.

⁶ Retroatividade operada por ser a lei nova mais favorável ao sujeito.

Estabelecida a natureza jurídica da Lei 11.464/2007, é necessário compreender se é considerada mais benéfica ou prejudicial ao réu.

4.3 A QUESTÃO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI 11.464/2007

A atual e considerável discussão acadêmica e judicial se dá em relação à retroatividade ou não dos novos patamares objetivos fixados pela Lei 11.464/2007 para a progressão de regime em crimes hediondos e os a ele equiparados.

Segundo Franco (2007), a condição objetiva geral, prevista na Lei de Execuções Penais é de um sexto de cumprimento da pena para a progressão de regime nos crimes comuns. A nova lei prevê o cumprimento de dois quintos para os apenados primários e três quintos para os reincidentes.

Fato incontroverso é que, a partir da publicação da Lei 11.464, em 29 de março de 2007, aquele que praticar crimes hediondos deverá se submeter a esses atuais patamares. A dúvida paira no sentido de sabermos qual regramento jurídico deverão se submeter as pessoas que já haviam cometido tais crimes em datas anteriores à vigência da lei.

Conforme preceitua o art. 4º do Código Penal, considera-se tempo do crime, o momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento da ocorrência do resultado. Como visto, a lei penal posterior mais severa é irretroativa; a lei penal posterior benéfica é retroativa e a lei penal anterior mais benéfica é ultra-ativa.

Há posicionamentos que defendem tratar de uma *novatio legis in melius*⁷, haja vista a anterior proibição legal de progressão de regime. Desta forma, como antes havia a vedação legal em relação à progressão de regime e a nova lei permitiu essa possibilidade, então deve retroagir, inclusive com incidência dos novos patamares objetivos, uma vez que dois quintos ou três meios de cumprimento de pena é mais benéfico do que a total impossibilidade de se progredir de regime, conforme determinava o sistema anterior.

⁷ Lei nova mais favorável ao sujeito.

Ocorre que a proibição à progressão de regime, nos termos da Lei 8.072/90, ainda que estivesse em pleno vigor, já não era considerada válida, haja vista a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art.º 2º pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 82.959, como visto anteriormente. A referida decisão, ainda que proferida *incidenter tantum*, serviu de paradigma para que o Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Estaduais decidissem pela inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime, antes mesmo da publicação da Lei 11.464/07.

Os adeptos desta corrente se baseiam na diferença entre vigência e validade da lei, ao questionar se o fato da lei estar em plena vigência, confere validade absoluta e incontestável à norma. Para que seja válida, deve haver consonância e obediência aos princípios e disposições constitucionais.

Desta maneira, ainda que vigente, a disposição legal de vedação à progressão de regime em crimes hediondos já seria inválida, inconstitucional e todos aqueles que tivessem praticado esses crimes, estariam submetidos, automaticamente, aos preceitos da Lei de Execuções Penais (art. 112), que estabelece que, para a progressão de regime de cumprimento de pena, deverá ser cumprido pelo menos um sexto da pena. Estes agentes não poderiam ser alcançados pelos dispositivos da nova Lei 11.464/07, por ser mais prejudicial ao réu.

Assim posiciona-se Gomes (2007):

Quanto aos crimes ocorridos até o dia 28.03.07 reina a regra geral do art. 112 da LEP (exigência de apenas um sexto da pena, para o efeito da progressão de regime). Aliás é dessa maneira que uma grande parcela da Justiça brasileira (juízes constitucionalistas) já estava atuando, por força da declaração de inconstitucionalidade do antigo § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, levada a cabo pelo Pleno do STF, no HC 82.959. Na prática isso significava o seguinte: o § 1º citado continuava vigente, mas já não era válido. Os juízes e tribunais constitucionalistas já admitiam a progressão de regime nos crimes hediondos, mesmo antes do

advento da Lei 11.464/2007. (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9686>)

Partindo deste pressuposto, a Lei n.º 11.464/07 seria prejudicial aos interesses do agente e, por força do princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, não poderia repercutir efeitos em situações já consolidadas, conforme art. 5º, XL da Constituição Federal, ou seja, a legislação atualmente vigente, qual seja, a Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), art.112, teria ultra-atividade para se preservar a situação jurídica daqueles que já haviam cometido ilícitos penais desta natureza, antes da entrada em vigor da lei mais severa.

Neste caso, para Gomes (2007), todos aqueles que tivessem praticado crimes hediondos ou equiparados, antes da publicação da Lei n.º 11.464/07, estariam submetidos, automaticamente, aos preceitos da Lei de Execuções Penais (art.112), que estabelece que, para a progressão de regime de cumprimento de pena, deverá ser cumprido pelo menos um sexto da pena.

Neste sentido já se manifesta a jurisprudência pátria, conforme posicionamento do STJ e STF ao conceder liminar no julgamento de *habeas corpus*:

Antes do advento da nova lei, esta Corte já havia se posicionado no sentido da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime prisional em casos de condenação pela prática de crimes hediondos, seguindo o entendimento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que, por ocasião do julgamento do HC n.º 82.959/SP, declarou a inconstitucionalidade do artigo da Lei dos Crimes Hediondos que trazia o referido óbice. Por esta razão, inúmeras ordens foram concedidas para afastar tal ilegalidade, determinando-se aos juízos das execuções criminais que analisassem a presença dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a concessão da progressão de regime, nos moldes da legislação aplicável, ou seja, o artigo 112 da Lei de Execuções Penais. Todavia, a novel legislação (Lei 11.464/07) estabeleceu um sistema

diferenciado para a progressão de regime, em caso de condenação por crime hediondo, impondo um lapso temporal maior para a verificação do requisito objetivo necessário ao alcance de um regime menos rigoroso, o qual, entendo, deve ser aplicado somente aos casos supervenientes à vigência da referida lei, por se tratar de norma penal, nesse ponto, mais gravosa, sobre a qual incide o princípio da irretroatividade *in pejus*, previsto no art. 5º, XL da Constituição Federal (STJ – HC nº 83.799/MS – Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura – 24/05/2007).

Decisões recentes do STJ confirmam o entendimento dominante:

Vistos. Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Willians Dias Lourenço, condenado por crime hediondo, visando progressão de regime prisional. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959/SP, publicado em 01/09/2006, da relatoria do em. Ministro Marco Aurélio, declarou inconstitucional a vedação à progressão de regime prisional estabelecida no Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Posteriormente, a Lei 11.464/2007 alterou o citado dispositivo legal, possibilitando a progressão de regime prisional. Concedo a liminar apenas para afastar a impossibilidade de progressão de regime, cabendo ao Juízo competente a verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão do benefício. Esclareço que para os crimes hediondos cometidos antes da Lei 11.464/2007, “a progressão de regime de cumprimento de pena se faz depois de efetivamente cumprido 1/6 da punição privativa de liberdade” (HC 99.048/SP, publicado em 12/05/2008, 6º Turma, da relatoria da em. Ministra Jane Silva). Depois disso, na vigência da nova Lei,

os critérios são aqueles previstos em seu Art. 1º, § 2º Solicitem-se informações. Após, ao Ministério Público Federal. Comunique-se, com urgência, ao Tribunal local. Publique-se. Brasília (DF), 23 de julho de 2008” (Decisão do ministro César Asfor Rocha, vice-presidente do STJ, no exercício da presidência, publicada no DJE em 08/08/2008 - habeas corpus nº 110.792 - SP (2008/0153718-3).

Vistos. Habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de Jackson Emiliano de Souza, condenado por crime hediondo, homicídio qualificado, visando progressão de regime prisional. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959/SP, publicado em 01/09/2006, da relatoria do em. Ministro Marco Aurélio, declarou inconstitucional a vedação à progressão de regime prisional estabelecida no Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Posteriormente, a Lei 11.464/2007 alterou o citado dispositivo legal, possibilitando a progressão de regime prisional. Concedo a liminar apenas para afastar a impossibilidade de progressão de regime, cabendo ao Juízo competente a verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão do benefício. Esclareço que para os crimes hediondos cometidos antes da Lei 11.464/2007, “a progressão de regime de cumprimento de pena se faz depois de efetivamente cumprido 1/6 da punição privativa de liberdade” (HC 99.048/SP, publicado em 12/05/2008, 6º Turma, da relatoria da em. Ministra Jane Silva). Depois disso, na vigência da nova Lei, os critérios são aqueles previstos em seu Art. 1º, § 2º. Solicitem-se informações. Após, ao Ministério Público Federal. Comunique-se, com urgência, ao Tribunal local.

Publique-se. Brasília (DF), 24 de julho de 2008". (Decisão do ministro César Asfor Rocha, vice-presidente do STJ, no exercício da presidência, publicada no DJE em 06/08/2008 - habeas corpus nº 110.833 - RJ (2008/0153805-5).

Vistos. Habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de Luiz Carlos Bernardes, condenado por crime hediondo, visando progressão de regime prisional após o cumprimento de 1/6 da pena, uma vez que o crime foi cometido antes da Lei 11.464/2007, e exclusão da majorante de associação ao tráfico. Passo a decidir. Inicialmente, esclareço que a majoração da condenação ocorreu pela aplicação do Art. 18, IV, da Lei 6.368/76. Assim, não há que se falar em exclusão da majorante de associação ao tráfico por impropriedade do pedido. No mais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959/SP, publicado em 01/09/2006, da relatoria do em. Ministro Marco Aurélio, declarou inconstitucional a vedação à progressão de regime prisional estabelecida no Art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90. Posteriormente, a Lei 11.464/2007 alterou o citado dispositivo legal, possibilitando a progressão de regime prisional. Para os crimes hediondos cometidos antes da Lei 11.464/2007, "a progressão de regime de cumprimento de pena se faz depois de efetivamente cumprido 1/6 da punição privativa de liberdade" (HC 99.048/SP, publicado em 12/05/2008, 6º Turma, da relatoria da em. Ministra Jane Silva). Depois disso, na vigência da nova Lei, os critérios são aqueles previstos em seu Art. 1º, § 2º. Concedo a liminar apenas para admitir a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena depois de efetivamente cumprido 1/6 da punição privativa de liberdade, cabendo ao Juízo competente a verificação da presença dos requisitos objetivos e

subjetivos exigidos para a concessão do benefício. Solicitem-se informações. Após, ao Ministério Público Federal. (Decisão do ministro César Asfor Rocha, vice-presidente do STJ, no exercício da presidência, publicada no DJE em 06/08/2008 - habeas corpus nº 111.587 - SP (2008/0163312-6).

Em que pese a farta explanação, no sentido de considerar a Lei 11.464/07 irretroativa, o que é o entendimento dominante, o fato é que há uma corrente legalista que defende a retroatividade desta lei por interpretá-la como benéfica ao réu. Tal entendimento, como visto nos capítulos anteriores, se deve ao fato do não reconhecimento do efeito *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no julgamento do Habeas Corpus 82059/SP.

5. CONCLUSÃO

Baseado em toda análise que foi desenvolvida sobre a Lei 11.464/07 à luz da moderna Política Criminal e dos princípios penais consagrados pela Constituição Federal observamos que:

A Lei dos Crimes Hediondos, de n.º 8.072/90, representou um retrocesso na evolução das ideias penais, uma vez que a severidade e intolerância significaram um distanciamento dos valores democráticos decorrentes da dignidade da pessoa humana como valor jurídico intrínseco a um modelo de Direito Penal mais humano, como preceitua a Constituição Federal.

Vislumbra-se que a Lei de Crimes Hediondos surgiu como resultado de um Direito Penal de emergência. Como resposta a momentos de exacerbada comoção pública, o legislador apresenta como consolo para a sociedade soluções sem efeitos práticos efetivos. A população se ilude com a impressão de mais segurança através de leis mais duras, que suprimem direitos e garantias importantes do cidadão, tornando-o órfão de seus direitos mais fundamentais diante do ilusório sentimento de segurança proporcionado por essa via legislativa. Em contrapartida, sofremos com a ausência de uma legislação e de políticas públicas alicerçadas em sérias e efetivas opções de política criminal.

Impende salientar que após dezessete anos de vigência da Lei dos Crimes Hediondos, com sua normatização mais severa, a criminalidade violenta não diminuiu em nosso país.

Nesse contexto, a Lei 11.464/07 surge para resgatar parte de muitas supressões de direitos impostas pela Lei 8.072/90 em sua redação original. Ao garantir o direito à progressão de regime aos apenados por crimes hediondos, houve o resgate ao princípio da individualização da pena, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, ao tempo em que atendeu aos anseios de significativa corrente doutrinária e jurisprudencial.

Por tudo o que foi exposto, podemos concluir que a questão da aplicação da Lei 11.464/07 no tempo, ou seja, se deve ou não retroagir para alcançar os condenados pela prática de crimes hediondos antes da publicação da referida lei, deve ser resolvida pela conjugação das leis da seguinte maneira: em relação aos crimes cometidos antes de 29 de março de 2007, não há qualquer objeção em aplicar o novo §1º do artigo 2º da Lei 8.072, que trata da possibilidade legal de progressão de regime, combinado com o art.112 da Lei de Execuções Penais, que é o cumprimento de um sexto da pena como critério objetivo para a progressão de regime.

Portanto, o argumento de que a Lei 11.464/07 é mais benéfica do que a Lei 8.072/90, uma vez que aquela prevê a progressão de regime e esta proíbe é inválido. Ora, não se pode ter como parâmetro uma legislação que foi julgada inconstitucional, ainda que, para alguns, não tenha gerado efeito *erga omnes*, porque mesmo válida a vedação à progressão de regime, o benefício foi concedido a diversos sentenciados. Desta forma, o que regulava essa progressão não era o § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 (julgado inconstitucional) e sim o art.112 da Lei de Execuções Penais, cujo requisito objetivo era pautado em um sexto de cumprimento da pena.

Desta forma, temos que somente aos agentes condenados por crimes cometidos após a publicação da Lei 11.464, em 29 de março de 2007, é que deve ser aplicado o novo §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, que permite a progressão de regime, em conjunto com o novo §2º da Lei 8.072/90, que regula os novos patamares de cumprimento da pena para a progressão de regime. Fatos praticados anteriormente a essa data continuam regidos pelo percentual

determinado no art. 112 da LEP. Neste sentido há as manifestações de Alberto Silva Franco, Amilton Bueno de Carvalho e Rafael Rodrigues da Silva Pinheiro Neto, Paulo Henrique Aranda Fuller, Luiz Flávio Gomes, João José Leal e Rodrigo José Leal, Marcius Alexandros Antunes de Almeida, Amaury Silva e Nereu José Giacomolli.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual do direito penal*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- BARROS, Francisco. Crimes Hediondos. *Revista consulex*, Ano XI, nº 261, p.40-43, 30 nov. 2007.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Legislação penal especial*. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- CAPEZ, Fernando. *Direito penal parte geral 1*. 4 ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2007.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos; ROSA, Márcio Fernando Elias; CAPEZ, Fernando. *Direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 18 abr. 2008.
- COSTA JR. Paulo José da. *Curso de direito penal*. 9 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.
- DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 3 ed. Salvador: Jus Podium, 2007.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GIL, Antônio. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio. *Lei nº 11.464/2007: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos*. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3

- abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9686>>. Acesso em: 18 abr. 2008.
- GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*. 3 ed. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2008.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual do direito penal 1*. 8ª edição, 1994.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Código penal comentado*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Individualização da pena*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei dos Crimes Hediondos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 18 abr. 2008.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 22ª ed. São Paulo: Cortez. 2002.
- SILVA, José Geraldo da; LAVORENTE, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. 10 ed. Campinas, SP: Millenium. 2008.
- VAZ, Paulo Junior Pereira. *Lei dos crimes hediondos e suas recentes alterações. Aspectos Polêmicos. Jus Navegandi*. 2007. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10574>>. Acesso em: 18 abr. 2008.

SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSOS – CELERIDADE X SEGURANÇA JURÍDICA

Adriana Maria Celestino Meneses,
Bacharela em Direito pela UNIT e Pós-
graduada em Direito Processual Civil pela
FANESE

RESUMO: O estudo deste artigo centra-se na análise da importância acerca do tema aqui exposto, sobretudo sobre a sua contribuição para a celeridade processual como meio de garantir uma efetiva justiça para aquele que procura a solução dos conflitos através do Poder Judiciário. E como a Súmula Impeditiva de Recursos poderá contribuir para que seja promovida justiça concomitantemente com a segurança jurídica almejada por toda a sociedade. Tendo em vista que se devem observar os princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula impeditiva de recursos; celeridade processual; segurança jurídica.

ABSTRACT: The study of this article focuses on the analysis of the importance of the topic here on out, especially its contribution to speed of the procedure as an effective means of ensuring justice for those who seek the solution of conflicts through the Judiciary. And as a deterrent Summary of Resources that can help justice be promoted concurrently with the legal certainty sought by the whole society. Considering that it must comply with the constitutional principles.

KEYWORDS: Summary of resources hamper;. speed procedure; security law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Princípios Processuais e Constitucionais Relacionados aos Recursos; 3. Requisitos de Admissibilidade dos Recursos; 4. Súmula Vinculante; 5. Súmula Impeditiva de Recursos; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Trataremos da Súmula Impeditiva de Recursos e suas implicações no nosso sistema jurídico. Para isso trouxemos os princípios elencados na Constituição Federal bem como aqueles espalhados em legislação infraconstitucional.

Daremos uma análise crítica do assunto confrontando a importância deste instituto jurídico na celeridade processual como meio de se garantir uma tutela mais eficiente e satisfatória em detrimento da segurança jurídica almejada pelos demandantes nas vias judiciais.

Iniciaremos o nosso estudo com os princípios processuais e constitucionais que tratam das espécies recursais no nosso ordenamento jurídico, tomando-os como âncoras para nos posicionarmos frente a tão relevante tema. Podemos citar como exemplo dos primeiros o princípio do duplo grau de jurisdição e como espécie dos segundos o princípio da fungibilidade. Embora haja quem defenda que todos os princípios possuem a sua origem na ordem constitucional, entendemos que é perfeitamente possível se vislumbrar alguns princípios recursais no Código de Processo Civil Brasileiro. Estes desempenham um papel importante na marcha processual, tendo em vista que são amplamente utilizados pelos magistrados e operadores do direito.

Abordaremos a relevância destes princípios na defesa e garantia dos direitos intentados pelas partes que em última análise se traduz numa entrega satisfatória da prestação jurisdicional e conseqüentemente na realização da justiça.

Nesse sentido possuímos no ordenamento jurídico pátrio princípios voltados para a defesa das partes como também existem aqueles que darão suporte ao magistrado em fundamentar a sua decisão. Como é o caso do princípio da fungibilidade, outros tratam das garantias individuais para as partes como são os casos do Duplo Grau de Jurisdição e do Princípio do Contraditório e da Ampla defesa.

Nesse ínterim, ao nos debruçarmos neste estudo encontraremos posicionamentos de diferentes doutrinadores sobre o assunto abordado e que nos enriqueceram com seus posicionamentos, como também nos indicaram o caminho para a produção deste artigo. Sendo de suma importância trazer esses ensinamentos para que a presente leitura possa proporcionar elucidações que por ventura venham a aparecer na abordagem dada por nós sobre o tema.

2. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AOS RECURSOS

Os princípios relacionados à matéria dos recursos são previstos no art. 5º da Constituição Federal, que arrola os direitos e garantias fundamentais, qualificando-os como cláusulas pétreas não sendo admitidas modificações.

Temos os Princípios do Duplo Grau de Jurisdição e o Duplo Grau de Jurisdição no reexame necessário, dispostos constitucionalmente como sendo relacionados aos recursos. Comprovando o direito fundamental de se discutir decisão proferida em primeiro grau de jurisdição.

O Princípio da Fungibilidade amplamente utilizado pelos nossos tribunais, sendo amparado não explicitamente na nossa Constituição, alicerçado por outro princípio, o da Instrumentalidade das Formas, por meio do qual se valida a prática de ato que tenha assumido forma diferente da prevista em lei desde que a finalidade seja alcançada e não cause prejudicialidade à parte contrária.

O processo é regido através desses princípios que desempenham os procedimentos em relação aos quais se desenrolam a relação jurídica processual.

São tidos como definidores dos alicerces das normas jurídicas produzidas em relação a determinado direito que influenciará nas pronúncias judiciais.

Ressaltaremos a importância do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição na garantia do direito das partes, sem o qual a demanda produzida em primeira instância teria um fim instantâneo, não deixando alternativa à parte sucumbente de seguir buscando seus direitos, não albergados na sentença de primeiro grau. Como também se faz necessário a análise de que o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição no reexame necessário garante a quem de direito, a reapreciação pelo órgão julgador da decisão injustamente pronunciada ou que continha algum vício formal provocador de prejuízo jurídico para a parte sucumbente.

Em sentido oposto, quando o magistrado se utiliza do Princípio da Fungibilidade faz uma aplicação de normas adequadas ao caso concreto, provocando uma melhoria na prestação jurídica processual,

presenteando as partes com decisão judicial justa e portanto, em congruência com os ditames do direito e da justiça.

2.1 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio ora examinado, não veio expresso na Carta Magna, sendo este aplicado através da interpretação gramatical do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, com a seguinte redação: “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”.

A Constituição Federal em seu art. 92, encontramos desenhadas as competências originárias e recursais dos Tribunais Ordinários e dos Tribunais Superiores. Assegurando a competência das constituições estaduais para tratar de matérias referentes aos primeiros colegiados.

A prevalência do Duplo Grau de Jurisdição denota a escolha da via eleita pela parte de forma ampla e segura.

Como primeira análise, podemos extrair o entendimento de que a jurisdição não poderá ser aplicada apenas no 1º grau de jurisdição, ou seja, através dos pronunciamentos emanados de juízes de 1ª instância; que o fazem de forma monocrática, sem a apreciação da causa por outros pares.

A jurisdição que é assumida pelo Estado a partir do instante em que o direito de ação for exercido pelas partes, diz respeito à forma pela qual os atos processuais serão praticados pelos juízes, partes e auxiliares da justiça.

O julgamento esperado pelo representante do Poder Judiciário deve sempre respeitar o contraditório como forma de garantir a ampla defesa daquele que se sentir prejudicado com a instalação da relação jurídica; devendo o juiz fundamentar a sua decisão para que a parte que sair prejudicada possa se defender.

A aplicação do mencionado princípio encontra-se em várias legislações esparsas, podemos citar a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), que contempla recurso específico para combater a sentença proferida por juiz do 1º grau de jurisdição (art. 41)¹.

¹ “Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio juizado”.

O estudo apressado desse princípio leva a análise da qual se extrai que há um retardo da prestação jurisdicional, sobretudo pelo fato de que quase todas as espécies recursais possuem efeito suspensivo; impondo sacrifício processual ao opositor da parte que utilizou a espécie de recurso que possui o efeito suspensivo. Sujeitando a parte que o interpôs ao aguardo da decisão do órgão colegiado, à qual foi dirigida.

Não obstante essa análise, observamos que a prevalência do princípio do duplo grau de jurisdição apregoa-se na necessidade de controle dos atos judiciais², evitando que uma injustiça ou uma ilegalidade prevaleça em vista da ausência de recurso para combatê-la.

Devendo ser observados algum requisito para a interposição recursal, dentre eles, tem a sucumbência, como elemento identificador de todo recurso. É a tradução da vontade da parte em recorrer. Não sendo admitido o manejo de qualquer espécie recursal, diante de um pronunciamento judicial, que não haja produzido prejuízo ao recorrente. Sendo pressuposto de interesse recursal, sob pena do não-conhecimento do remédio processual.

O reexame necessário não é espécie recursal por lhe faltarem requisitos necessários a que se qualifique como tal. Vez que não se fala em prazo para a manifestação sobre a remessa necessária, se confirmando a premissa de que o reexame necessário não é um recurso visto que não possui prazo para ser apreciado, nem interposto se confirmando.

Outro fundamento que podemos utilizar para a convicção da afirmação acima citada é o fato de que no reexame necessário o magistrado não precisa fundamentá-lo. Devendo apenas encaminhá-lo ao tribunal competente, arrimado apenas na verificação objetiva em uma das situações elencadas nos incisos I e II, do art. 475 do CPC.

² “Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, para tanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.p.74.

Neste particular percebemos que é manifestado pelo próprio juiz que profere a sentença, não se podendo sustentar que a autoridade teria legitimidade e interesse para combater decisão por ela proferida³.

Quando a sentença julgar procedente no todo ou em parte o reexame necessário, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, impondo-se nessa situação a desconstituição total ou parcial do título que apoiou a ação executiva, proposta pelo ente público.

Somente que na hipótese de o magistrado deixar de remeter o processo ao tribunal, o presidente da Corte deve avocar os autos (§ 1º do art. 475 do CPC).

No caso da Fazenda Pública, por prerrogativa de função, exerce o direito de interpor recurso de ofício, como meio de garantir que a decisão monocraticamente proferida contra esta, apenas venha a surtir efeito depois de confirmada pelo Tribunal competente. Em se tratando da Fazenda Pública, o trânsito em julgado da decisão não se confirma ainda que o julgamento seja manifestado em embargos opostos por pessoa executada pela Fazenda Pública; apoiando-se a execução na constituição da dívida ativa (ver art. 2º da Lei nº 6830/80)⁴.

Segundo a doutrina abalizada, o direito a ser processado e a processar, deriva da ideia da qual há relação de princípios, que devem ser respeitados. Como afirma CRUZ e TUCCI:

“Em síntese a garantia constitucional” do devido processo legal, deve ser uma realidade durante múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.

³ Montenegro Filho, Misael. *Curso de direito processual civil*, volume 2: Teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução/ Misael Montenegro Filho- 4.Ed.- São Paulo: Atlas, 2007.

⁴ “Art. 2º Constitui dívida ativa da Fazenda Pública, aquela definida como tributária ou não tributária, na Lei 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro, para elaboração dos orçamentos e balanços da União, Estados, Município e Distrito Federal”.

Desdobram-se este nas garantias : a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou reconstituível; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.

Conclui-se, portanto, que, também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF)⁵.

2.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PARTE PRINCIPAL PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA PRETENDIDA

Como ensina Fredie Didier Jr:

“A cláusula do “devido processo legal” é considerada, conforme visto, a norma-mãe, aquela que “gera” os demais dispositivos, as demais regras constitucionais do processo. Embora sem previsão expressa na Constituição, fala-se que o “devido processo legal” é um processo efetivo, processo que realize o direito material vindicado”⁶.

Para um encontro satisfatório com a tutela processual pretendida, faz-se necessário a observância do Princípio do Devido Processo Legal.

⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. “Garantia do processo sem dilação indevida”. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo. RT, 1999, p. 259-260.

⁶ DIDIER, Fredie, 1974 - *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*/ Fredie Didier Jr. - 5ª ed. - Salvador: Jus PODIVM, 2005.

Como o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, o qual prescreve que a razoável duração do processo, como meio de ser garantida a efetividade processual pretendida.

Temos o que nos ensina Marinoni:

“Esse posicionamento é reforçado pela moderna compreensão do chamado” princípio da inafastabilidade” que, conforme célebre lição de KAZUO WATANABE, deve ser entendida não como uma garantia formal, uma garantia de acesso à ordem jurídica justa, consubstanciada em uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz. O direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito”⁷.

2.3 PRINCÍPIO DA SINGULARIDADE OU DA UNICIDADE

Para um encontro satisfatório com a tutela processual pretendida, faz-se necessário a observância do Princípio do Devido Processo Legal. Esta realidade não se apresenta de forma absoluta, na Lei de Procedimentos, devendo ser destacada a hipótese que envolve a interposição de recurso especial e do recurso extraordinário.

O STJ tem se posicionado de maneira a proteger a legislação postada em termos hierárquicos, infraconstitucional. Visto que se uma decisão afrontar simultaneamente norma constitucional e norma infraconstitucional, caberá interposição de recurso extraordinário e especial simultaneamente.

Em decorrência da análise do princípio da Singularidade, o sistema processual esbarra no impedimento da parte que pretenda recorrer, em utilizar-se se mais de um tipo de recurso. O que afrontaria o

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. “O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 2003, p. 303.

Princípio Constitucional da Igualdade; não sendo hipótese possível no nosso ordenamento jurídico, uma vez que a decisão que prejudique o recorrente deverá ser atacada com o remédio jurídico eficaz para combatê-la. E nem sempre o primeiro recurso conseguirá esse objetivo.

Dito de outro modo, o magistrado ou órgão colegiado que proferisse decisão estaria vinculado a ser combatida por um único recurso, por parte de quem se sentisse prejudicado. O que seria descabido também com base constitucional no princípio da Igualdade.

2.4 DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Nos casos arrolados no art. 475, CPC, agora são inclusas as sentenças proferidas contra Autarquias, com um provimento jurisdicional de forma composta (sentença + acórdão), que depende para a sua eficácia da intervenção de dois órgãos distintos. O Juízo de primeiro grau e o Juízo de segundo grau de jurisdição.

Portanto, enquanto não confirmada pelo tribunal, a sentença de primeiro grau é ineficaz e conseqüentemente, inexecutável. Disse que em verdade não há título, pois este estaria ainda em formação. Conseqüentemente apenas metade dele encontra-se aperfeiçoada, estando a outra metade pendente de efetivação. Sendo mesmo falível já que o tribunal simplesmente pode não confirmar a sentença, caso em que o título não se completará⁸.

Nessas situações, o duplo grau obrigatório poderá ser traduzido como prejudicial ao direito tutelado na relação jurídica, uma vez que respeitou-se a processualística em detrimento da garantia da efetividade do direito material. Portanto, o legislador impôs uma condição para a formação do título judicial em sede de execução provisória contra autarquias ao condicionar o duplo grau obrigatório em sede de execução.

Desta feita, o disposto no art. 520, V, do CPC, é somente aplicável nas hipóteses que não seja indicado o duplo grau obrigatório, como

⁸ Mauro. A G. Bueno da Silva. Procurador Autárquico Federal. INSS. Jáú.S.P. <http://members.tripod.com/~ibap/artigos/magbs1.htm>

quando a própria sentença contenha provimento jurisdicional de modo completo ainda que susceptível de ser reformada em segundo grau.

2.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O Princípio do Contraditório encontra-se ligado a outros princípios gerais do direito processual. Notadamente com o do Contraditório que estará a indicar a atuação da justiça no caso concreto trazido ao Judiciário, vez que não se separará do Princípio da Audiência Bilateral.

O juiz por força de seu dever de imparcialidade se coloca entre as partes mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz⁹.

A Constituição Federal ao preceituar o Princípio do Contraditório, garantindo às partes meios processuais iguais de defesa, prestigiou-as com uma garantia capaz de produzir a cognição responsável pelo julgamento do magistrado.

Podendo a parte prejudicada interpor recursos que possam combater a decisão prolatada pelo juízo de primeiro grau, de forma a disponibilizar a sua defesa processual em outros graus de jurisdição.

Esta relação somente se verifica através da citação, intimação e da notificação. Ficaremos adstritos ao primeiro ato processual, “citação”, visto que o nosso sistema processual civil assim assegura.

A legislação brasileira não é uniforme no uso desses vocábulos. Observamos que nos códigos de Processo Civil e Penal, citação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém da instauração de um processo, chamando-o a participar da relação processual (v. CPC, art. 213). Por sua vez, intimação é ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos do processo, contendo também, eventualmente, comando de fazer ou deixar de fazer alguma coisa (CPC, art. 234). Nesses dois diplomas

⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. Ed. Malheiros. 20ª Ed. pg. 55.

não se usa notificação para designar ato de comunicação processual, seguindo a mesma orientação o Projeto de Código de Processo Penal. Já na Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei de Mandado de Segurança usam-se “notificação” onde deveriam dizer “citação”¹⁰.

3. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

O exercício do direito de ação deve ser condicionado a observância de determinados procedimentos, a saber: legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir, esta última, apoiada na necessidade de escolha adequada da via recursal.

Para a parte interpor recurso, também deverá obedecer a requisitos imprescindíveis para o seu trâmite, conhecimento e denegação. Depreende-se desta afirmativa que o tribunal competente para o julgamento de recursos, haverá de promover uma triagem prévia daqueles recursos que se encontre em condições de exame. Ou seja, que hajam preenchido os requisitos processuais necessários, para que se proceda a sua admissibilidade. E a partir daí, o tribunal observando está o recurso em ordem, poderá adentrar a análise do seu mérito.

São os pressupostos formais de admissibilidade recursais, sem os quais não passarão à próxima instância. A saber: tempestividade (observância dos prazos para a interposição dos recursos), prejudicialidade (a decisão deverá ter causado um prejuízo à parte recorrente), adequação da via eleita (taxatividade formal de interposição dos recursos). Sendo que para este último caso, observamos a presença do princípio dispositivo, que nos ensina que as partes deverão proceder a exigências formais dos atos processuais. Esse pensamento faz parte do entendimento da regularidade formal enfrentada pelas partes dentro do processo. Sendo os requisitos de admissibilidade recursais, imperativos processuais de ordem pública; poderão ser reconhecidos em qualquer grau de jurisdição, vez que as questões levadas ao apreço

¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. Ed. Malheiros. 20ª Ed. p. 56.

dos tribunais não interessam somente as partes da relação jurídica processual, mas a toda a coletividade que por ventura venha a enfrentar no Poder Judiciário questão igual.

Entretanto por possuir um caráter público, não significa dizer que se deva retirar a possibilidade do tribunal competente para o seu julgamento, obstar o seu prosseguimento, desde que seja verificada alguma irregularidade procedimental do recurso.

O juízo de admissibilidade é realizado várias vezes antes do julgamento do recurso. O primeiro é feito durante o transcurso do processo, quando o relator mantém-se como responsável pelo processamento do recurso. Ficando incumbido da análise ao que foi decidido no 1º grau de jurisdição. Em outras palavras, o relator poderá denegar o prosseguimento do recurso se deparar com o não preenchimento dos requisitos procedimentais necessários.

Este não é definitivo, visto que esta aferição voltará a ser verificada na sessão de julgamento, antes do recurso. Observamos desse modo o fracionamento do exame do recurso em duas fases¹¹.

4. SÚMULA VINCULANTE

O instituto da Súmula Vinculante informa de maneira elucidativa, qual o funcionamento da súmula frente aos conflitos levados à apreciação pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, introduziu entre nós a Súmula Vinculante, criando o art. 103-A da Constituição Federal. Com a finalidade de assegurar garantias fundamentais, sobretudo a segurança jurídica das decisões e a celeridade processual, vez que são bases norteadoras da razoável duração do processo, conforme preceitua o art. 5º, inciso LXXVIII da nossa Carta Magna.

¹¹ “Num primeiro momento, o recurso deve ser conhecido, dizendo respeito à afirmação de que os requisitos de admissibilidade comuns a todas as espécies teriam sido preenchidos, sem prejuízo de requisitos específicos a serem tratados quando do enfrentamento de cada espécie de *per se*. Ultrapassada essa fase, com o reconhecimento de que os requisitos de admissibilidade se fazem presentes, podemos afirmar que o recurso foi conhecido. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. Ed. Atlas. 4ª Edição. P. 38.

O direito surge da necessidade de se garantir aos cidadãos a aplicabilidade de instrumentos que funcionem como sustentáculos para as bases sociais. E é através desses mecanismos, unificados em normas jurídicas, que se desenvolve a tarefa de desempenho do equilíbrio social. Vez que as normas jurídicas se dividem em: regras, princípios e valores.

Dentro deste pensamento, aparece a necessidade da segurança jurídica nas decisões judiciais para que seja alcançado o fim último que é o direito suplicado pelas partes em juízo.

As decisões pronunciadas pelo Poder Judiciário traduzem o sentido das normas jurídicas aplicadas ao caso concreto trazido às instâncias jurídicas. Porém, poderão ganhar dois efeitos: o efeito *erga omnes* (que valerá para toda a sociedade) ou somente será aplicada à decisão entre as partes que comparecerão ao Judiciário. E é em relação ao primeiro efeito, que a Súmula Vinculante se atém. Através de decisões produzidas com efeito *erga omnes*, serão geradas Súmulas nos Tribunais Superiores, e que refletirão em todas as decisões que apresentem matéria sumulada. Vez que os juízes de 1º grau, ao decidirem na primeira instância, deverão observar o posicionamento da questão nas súmulas dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, a segurança jurídica é vista como confirmação dos direitos sociais, e propiciadora da garantia das decisões judiciais. Visto que, não seguir seus fundamentos provocaria uma incerteza jurídica nas demandas levadas à apreciação do Estado e conseqüentemente, um desequilíbrio social, uma vez que foi conferido ao Poder Judiciário, o dever de decidir os conflitos na sociedade.

A súmula vinculante tem a faculdade de validar a interpretação das normas jurídicas apreciadas no desempenho da função judicante, provocando o julgador ao cumprimento das interpretações dadas às matérias apreciadas pelos Tribunais Superiores. Contudo, não é bastante a decisão sumulada para que se cumpram seus efeitos, faz-se necessário que esta decisão venha devidamente fundamentada, para ser assegurado o Princípio da Segurança Jurídica e conseqüentemente a garantia das decisões proferidas em juízo.

Verifica-se portanto, que o juízo que receber a apelação, não deve analisar apenas os pressupostos recursais de admissibilidade, como também deverá analisar se há uma conformação da sentença com a súmula sobre a matéria objeto do recurso em exame pelo magistrado.

Assim, o dispositivo incluído pela Lei nº 11.276/2006, no artigo 518 do Código de Processo Civil, deve assim ser lido: “o juízo não receberá o recurso de apelação interposto contra sentença que esteja em conformidade com súmula do STJ ou STF”.

Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 120 do CPC, *in verbis*: “havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo”.

Fazendo-se uma interpretação sistemática do Código de Processo, depreende-se que, interposta a Apelação, não havendo jurisprudência dominante no tribunal, sobre o seu objeto, será esta, decidida de plano pelo órgão julgante. A *contrario sensu*, se houver súmula sobre o assunto, e o recurso de apelação versar em confronto com o disposto em tal súmula, este não será admitido.

Deste entendimento podemos extrair a ideia de que a Súmula Vinculante é uma diretriz de julgamento, no sentido de que indica ao órgão julgador os nortes que irão guiar a sua decisão. Como se pode observar da inteligência do artigo 103-A da Constituição Federal: “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”.

Oriunda do Supremo Tribunal Federal, a partir de decisões reiteradas desta Egrégia Corte Constitucional, torna-se capaz de elidir os conflitos de competência envolvendo normas cuja controvérsia é notória entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública. Nesse sentido, a Súmula Vinculante trouxe para as decisões em primeiro grau de jurisdição a segurança jurídica capaz de apaziguar conflitos entre as partes da relação jurídica lançada a julgamento.

5. SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSOS

Esta súmula foi promulgada em 08 de fevereiro de 2006 e tem o escopo de trazer à primeira instância judiciária o poder de denegar o prosseguimento de recurso, cuja matéria seja pacífica e constante de súmula dos tribunais superiores.

A diferença entre a súmula vinculante e a impeditiva de recursos aparece quando analisamos que a primeira, para produzir um efeito

vinculante precisa ser ratificada, já para a súmula impeditiva de recurso, não há previsão constitucional.

Na prática, para que uma súmula seja impeditiva de recursos há um procedimento a ser observado. Deverão estar vinculada as súmulas produzidas na primeira instância.

A lei que institui a súmula impeditiva de recursos, não esclarece com relação à vinculatividade atrelada ao pressuposto de que a sua aprovação dependerá de sua revisão prévia. Deixando ao intérprete a tarefa de elucidar esta questão.

Alinhado a esse pensamento, tem-se a doutrina:

Se a sentença afirma o entendimento contido em súmula só STF ou do STJ, não há razão para admitir que a parte possa se limitar a interpor a apelação reiterando argumentos definidos na súmula e consolidados no tribunal a que recorre. Em tais circunstâncias, a abertura de uma livre oportunidade para a interposição da apelação, não só traria prejuízo ao direito fundamental à duração razoável do processo, como também ocasionaria um acúmulo despropositado de recursos e processos nos tribunais (...) (MARINONI, 2006, p. 540).

A Lei 11.276/06 inova na ordem jurídica quando por meio da súmula impeditiva de recursos traça restrições para que as decisões liminares devam vir atreladas às jurisprudências das mais altas Cortes do país.

A finalidade da criação da norma foi reduzir a quantidade de recursos de apelação destinados aos tribunais superiores, como forma de prestigiar a celeridade processual, vértice da processualística moderna.

Procede-se com a decisão manifestada pelo magistrado, não conhecendo do recurso de apelação sendo decisão interlocutória. Esta podendo ser atacada por via do agravo de instrumento, como estabelece o art. 522 do Código de Processo Civil. É o chamado pressuposto negativo de admissibilidade da apelação.

Sendo que o recurso de agravo tem a característica de combater a decisão que ataca a dinâmica do processo formalmente. Não sendo

possível interpô-lo nas questões de mérito e por esta razão que o recurso de agravo é conhecido antes da apelação, no âmbito do tribunal. Podendo tornar sem efeito o recurso principal, na hipótese de ser acolhido.¹²

6. CONCLUSÃO

A Súmula Impeditiva de Recursos veio garantir uma tutela jurisdicional com mais eficiência tendo em vista que ela norteia o magistrado e os órgãos do Poder Judiciário na análise dos seus julgados. Tornando a prestação jurisdicional mais aproximada da justiça, tão defendida por filósofos como Rousseau em sua célebre obra *O Espírito das Leis*, na qual defendia que a ordem jurídica deveria estar apoiada na vontade das leis. Assim como a ideia de Montesquieu na sua magistral obra *O Contrato Social* onde trazia a visão de uma sociedade justa a partir da divisão dos poderes.

Segundo o ilustre doutrinador Chiovenda: “o processo tem que proporcionar tudo aquilo e exatamente aquilo que a pessoa precisa obter.”

As súmulas instituídas pelos Tribunais Superiores passaram a emprestar um caráter legal e muitas vezes ultrapassam a nossa Constituição Federal vez que ganharam um papel decisivo e normativo na realização da justiça ao tratar de forma imperativa os recursos que são interpostos no Poder Judiciário. Impondo ao recorrente a sua sujeição, neste aspecto se aproximando do caráter normativo da lei.

O assunto por ser recente está sendo muito discutido no fórum acadêmico e doutrinário por sua importância no sistema processual brasileiro. Havendo divergências de entendimentos, sendo que o que eu me identifico é aquele no qual se discute a sua eficácia no plano concreto. Ou seja, a sua operabilidade no nosso sistema jurídico, tendo em vista que se buscou com a Súmula Impeditiva de Recursos

¹² “Art. 559. A apelação, não será incluída em pauta antes do agravo de instrumento interposto no mesmo processo. Parágrafo Único. Se ambos os recursos houverem de ser julgados na mesma sessão, terá precedência o agravo.”

garantirem uma maior celeridade dos recursos interpostos no Judiciário. Todavia devemos levar em consideração a insegurança jurídica que será ocasionada com a mesma.

Veja que se é perfeitamente compreensível que, ao se adentrar nas vias judiciais com uma demanda, o autor espere encontrar o seu bem tutelado o mais rápido possível. Temos de outra maneira que se pensar em trazer esta tutela com eficácia, porém, sem abandonarmos o fim primordial da justiça que é o se levar ao demandante a realização da sua prestação jurisdicional. E neste sentido não podemos vislumbrar uma tutela jurisdicional que se aproxime somente de um desses princípios, em detrimento do outro. Em assim sendo nos posicionamos com a parte da doutrina que defende a instituição do Princípio da Celeridade como meio de se garantir a efetividade da tutela jurisdicional pretendida pelas partes, porém sem deixar de ser auferida esta efetividade com o importante Princípio da Segurança Jurídica.

7. BIBLIOGRAFIA

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. Ed. Malheiros. 20ª Ed.
- DIDIER, Fredie, 1974 - *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*/ Fredie Didier Jr. - 5ª ed. - Salvador : Jus PODIVM, 2005.
- FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. Ed. Atlas. 4ª Edição.
- MAURO. A G. Bueno da Silva. *Procurador autárquico federal*. INSS. Jaú. SP <http://members.tripod.com/~ibap/artigos/magbs1.htm>
- MONTENEGRO Filho, Misael. *Curso de direito processual civil*, volume 2: Teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução/ Misael Montenegro Filho- 4.Ed.- São Paulo: Atlas, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. “O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”. *Revista de direito processual civil*. Curitiba: Gênese, 2003.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. “Garantia do processo sem dilação indevida”. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo. RT, 1999.

DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: O (DES)ASSISTIDO PELA CONSTITUIÇÃO

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo, mestrando em Direito Público na linha de *Limites à Validade do Discurso Jurídico* junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Ciências Criminais junto à Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Penal e Processo penal da Universidade Católica do Salvador, Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Ciências, Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador (UNIFACS). Analista Previdenciário do INSS-BA junto à Procuradoria Federal Especializada.

“Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante, do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo. Eu vou desdizer aquilo tudo aquilo que eu lhe disse antes...”
(Metamorfose Ambulante, Raul Seixas).

RESUMO: Entendendo o Direito como um Sistema Aberto, o presente trabalho, após fazer uma análise dos dispositivos do Código de Processo Penal acerca do Assistente de Acusação, sustenta que tal sujeito processual não foi recepcionado pela Constituição da República, destacando, no momento seguinte, os aspectos criminológicos que envolvem o tema, para, ao final, formular as pertinentes conclusões.

ABSTRACT: Understanding the Right as an Opened System, the present work, after to make an analysis of the devices of the Code of criminal procedure concerning the Accusation Assistant, it supports

that such procedural citizen was not recepcionado by the Constitution of the Republic, detaching, at the following moment, the Criminologic aspects that involve the subject, for, to the end, to formulate the pertinent conclusions.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema aberto; não recepção; assistente de acusação.

KEYWORDS: Open system; not reception; accusation assistant.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito como um sistema aberto; 3. Da não-recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 do assistente de acusação; 4. Aspectos criminológicos acerca do tema; 6. Da conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Ter a consciência de que o Código de Processo Penal que se encontra em vigor nos dias atuais foi elaborado nos idos de 1941, deve ser a primeira grande preocupação científica do estudioso do Processo Penal do século XXI. Perceber que tal código foi produzido num contexto histórico ditatorial-autoritário, é recomendação indispensável para qualquer estudo que seja feito sobre o mesmo. Afinal, a lei processual penal pátria é marcada quer pela orientação fascista do Código de Rocco, quer pela ideologia autoritária da ditadura Vargas.

Ademais, não se deve olvidar a circunstância histórica de que quando tal código foi confeccionado, o Brasil suportava o horror da ditadura do *Estado Novo* e o Mundo atravessava o auge da Segunda Grande Guerra. Pois bem, diante deste contexto histórico marcado pelo desprezo aos valores democráticos, o Código de Processo Penal é o produto mais evidente deste período sombrio de nossa história.

Nesse sentido, são válidas as palavras de ELIZABETH CANCELLI, ao discorrer sobre a Polícia na Era Vargas:

“Por isso, este Estado procurava se sobrepor à lei, para tornar efetivo o que ela (na Justiça) não previra para a boa ordem comum. O direito, porém, tenderia a se realizar tanto quanto possível através da lei, e o conflito entre a Polícia e a Justiça se operava, porque a Polícia precisava do arbítrio e a Justiça lançava normas. Mas a Justiça é lenta e a Polícia é mobilíssima, daí aquela precisar do auxílio desta”¹.

Como consequência deste cenário, tal código de ritos é impregnado por ideologias ditatoriais. Nesse sentido, é emblemática a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal da lavra do Ministro Francisco Campos², vez que a mesma, em diversas passagens, revela o seu caráter acentuadamente autoritário.

Desta forma, convém transcrever breve passagem da Exposição de Motivos acerca da Reparação do Dano “*Ex Delicto*”, de sorte a evidenciar o seu caráter autoritário e vingativo, a saber:

“O projeto não descuro de evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano... Ficaré, assim, sem fundamento a crítica, segundo a qual, pelo sistema do direito pátrio, a reparação do dano *ex delicto* não passa de uma promessa vã ou platônica da lei”.

Note-se, assim, com espeque na lição de TOBIAS BARRETO³, que o Direito é um produto da *cultura humana*. Por conseguinte, ele não é uma entidade metafísica, superior e anterior ao homem, mas sim produto do desenvolvimento histórico.

¹ CANCELLI, Elizabeth. *O mundo da violência: a polícia da Era Vargas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 23.

² Ministro da Justiça há época em que o código foi promulgado e publicado. Para um aprofundamento maior sobre o tema, consulte-se CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 491-496.

³ BARRETO, Tobias. *Introdução do estudo do direito – política brasileira*. São Paulo: Landy Editora, 2001, pp. 31-36.

O direito é, pois, uma disciplina social, portanto, nenhum instituto jurídico, por mais elevado que seja na escala evolucionária, deixa de carregar consigo um caráter finalístico. Sendo assim, nas palavras de BARRETO,

“o direito é um instituto humano; é um dos modos de vida social, a vida pela coação, até onde não é possível a vida pelo amor; o que fez Savigny dizer que a necessidade e a existência do direito são uma consequência da imperfeição do nosso Estado”⁴.

Pois bem. Tecidas tais considerações, nos dias atuais, em terras tupiniquins, quando respiramos os “ares da Democracia” há pelo menos dezessete anos e quando procuramos dar o máximo de eficiência e aplicabilidade ao texto constitucional, torna-se qualidade necessária de todo e qualquer intérprete do Código de Processo Penal desconfiar das “boas intenções” da lei processual penal pátria. Pode-se dizer, assim, que deve vigor entre os intérpretes do Código de Processo Penal o *princípio da desconfiança*, ou seja, até prova em contrário, deve-se desconfiar da legitimidade do Código de Processo Penal.

Logo, deve o intérprete da lei processual penal pátria ter a devida cautela ao interpretar esta. Tal cautela implica em conferir menor importância à interpretação gramatical e conferir maior relevância à interpretação axiológica-teleológica, valendo-se, para tanto, também, das interpretações sistemática, lógica e histórica.

Mas não apenas isso. O intérprete cauteloso tem como principal preocupação interpretar a lei processual penal à luz da Constituição, bem como compreender o Processo Penal como um Sistema Aberto e marcado pelos valores democráticos. Interpretar o Processo Penal a partir de uma inspiração democrática é submeter este ramo do direito ao “filtro constitucional”, procedendo, assim, a uma Hermenêutica Constitucional do Processo Penal. Mas quando se pensa numa Hermenêutica Constitucional do Processo Penal, pensa-se essa a partir do prisma de uma “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”,

⁴ *Op. cit.*, p. 36.

ou seja, busca-se um Processo Penal Democrático com espeque numa interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição, conforme sustenta PETER HÄBERLE⁵.

É a partir desta perspectiva, ou seja, de uma Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, que deve ser trabalhado o Processo Penal nos dias atuais. Note-se que, desta forma, não se pode falar num monopólio do Poder Judiciário no ato de interpretar a Constituição. Conforme adverte PETER HÄBERLE, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete desta norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”⁶. Logo, outra não pode ser a perspectiva ao se trabalhar com o desgastado e embolorado Código de Processo Penal. Enfatize-se: a Constituição deve constituir a ação do intérprete!

Somente procedendo a uma hermenêutica constitucional do processo penal e compreendendo esse como um Sistema Aberto é que será possível conviver com o Código de Processo Penal e, ao mesmo tempo, produzir um Processo Penal Democrático. Cabe, agora, então, entender a ideia de Sistema Aberto e compreender o Processo Penal como um Sistema Aberto. É o que será esclarecido a seguir.

2. O DIREITO COMO UM SISTEMA ABERTO

Feitas tais considerações introdutórias, importa agora compreendermos o sistema jurídico como um sistema aberto. Nesse sentido, é paradigmático o pensamento do professor da Universidade de Munique, CLAUS-WILHELM CANARIS.

Mesmo ciente de que a obra *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* trata-se de uma produção intelectual voltada, preponderantemente, ao Direito Privado, notadamente, aos Direitos

⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁶ *Op. cit.*, pp. 14 -15.

Civil e Comercial, esta apresenta um grande valor na construção da ideia que pretendemos aqui desenvolver. Tal obra busca tanto fazer uma análise do pensamento sistemático em si quanto elaborar uma proposta pensamento sistemático para a Ciência do Direito.

Nesse sentido, CANARIS sustenta que as qualidades da *ordem* e da *unidade* são características o conceito geral de sistema. Tais qualidades uma vez aplicadas à Ciência do Direito, transformam-se, respectivamente, em *adequação valorativa* e *unidade interior* da ordem jurídica, passando, assim, a serem fundamentos do sistema jurídico (além de serem decorrências do *princípio da isonomia* e da *tendência generalizadora da justiça*). Como fundamentos do sistema jurídico, a adequação e a unidade são, ao mesmo tempo, premissas teórico-científicas e hermenêuticas, bem como emanações e postulados da ideia de Direito⁷.

Com espreque na adequação valorativa e na unidade interior da ordem jurídica, CANARIS, então, propõe um sistema como *ordem axiológica* ou *teleológica* e, simultaneamente, como *ordem de princípios gerais do Direito*. Ou seja, o professor alemão sustenta a ideia de um *pensamento sistemático com aptidão teleológica*.

Estabelecida a ideia de um pensamento sistemático com aptidão teleológica, CANARIS, então, assevera que tal construção produz duas grandes consequências na construção de um conceito de sistema jurídico, são elas: a abertura do sistema e a mobilidade do sistema. Para os limites do presente trabalho, importa apenas desenvolver a ideia de abertura do sistema. Portanto, não será desenvolvida nessa oportunidade a ideia de mobilidade⁸ do sistema⁹.

Quando trata da abertura do sistema, CANARIS sustenta que o sistema é aberto quer quanto sistema científico, quer quanto sistema objetivo. Enquanto sistema científico, o sistema é aberto em razão da *incompletez do conhecimento científico*, ao passo que enquanto sistema objetivo,

⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 9-24.

⁸ *Op. cit.*, pp. 127-148.

⁹ Registre-se, por oportuno, que a abertura do sistema não se confunde com a mobilidade do sistema. Tratam-se de conceitos distintos.

o sistema é aberto em razão da *modificabilidade dos valores fundamentais* da ordem jurídica¹⁰.

Note-se que a abertura do sistema desempenha um importante significado para as possibilidades do pensamento sistemático e para a formação do sistema na Ciência do Direito. Ademais, convém destacar que há uma relação entre as modificações do sistema objetivo e as modificações do sistema científico. A modificação do sistema objetivo implica em modificação no sistema científico, mas a recíproca não é verdadeira. Sendo, também, importante salientar que a modificação do sistema científico não é uma característica peculiar do sistema jurídico, ao passo que a modificação do sistema objetivo é uma característica própria desse sistema¹¹.

Pois bem. Feitos tais esclarecimentos acerca da abertura do sistema, convém, agora, salientar que o Processo Penal, como sistema que é, também deve ser compreendido como um sistema aberto, para que não incorra nos mesmos equívocos que outros conceitos de sistema (o sistema externo; o sistema de puros conceitos fundamentais; o sistema lógico-formal; o sistema como conexão de problemas; o sistema como relações da vida e o sistema de decisões de conflitos no sentido de HECK e da Jurisprudência dos Interesses¹²) já incorreram. Isto é, para que não seja um sistema que não se justifica a partir das ideias de adequação valorativa e da unidade interna da ordem jurídica.

Sendo assim, entendido o Processo Penal como um sistema aberto, é necessário compreendê-lo quer como um sistema incompleto cientificamente, enquanto sistema científico, quer como sistema modificável no que tange aos valores fundamentais da ordem jurídica, enquanto sistema objetivo. Por conseguinte, entender o Processo Penal como um sistema aberto é admitir como fundamento essencial para manutenção da sua existência e legitimidade o seu caráter incompleto e modificável.

Quando se passa a entender o Processo Penal como um sistema aberto, começa-se a perceber que este não é um sistema estático e

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 103-108.

¹¹ *Op. cit.*, pp. 109-125.

¹² *Op. cit.*, pp. 25-65.

fechado, mas sim um sistema aberto e móvel, ou seja, um sistema em constante metamorfose, na medida em que tal característica preserva a sua legitimidade. Desta forma, um Processo Penal como um sistema aberto é um Processo Penal que reconhece a sua incompetência científica e a modificabilidade dos seus valores fundamentais.

Diante desse quadro, um Processo Penal como um sistema aberto é um Processo Penal que admite suas imperfeições históricas e busca se (re)legitimar. Nesse sentido, um Processo Penal como um sistema aberto é um Processo Penal que não se harmoniza com a figura do Assistente de Acusação, na medida em que tal figura é resquício de um Processo Penal construído em outro contexto histórico, orientado por uma razão prática burguesa¹³.

No item a seguir, então, iremos discorrer acerca da não-recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 do Assistente de Acusação. A análise que será desenvolvida tem como escopo principal evidenciar o discurso destituído de legitimidade (validade)¹⁴ da dogmática tradicional, bem como tornar claro a inversão de valores desta dogmática, na medida em que insiste em subordinar os valores inscritos na Constituição da República de 1988 aos ditames do Código de Processo Penal de 1941.

3. DA NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

Conforme a ampla maioria da doutrina nacional, a figura do Assistente de Acusação foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Os autores que sustentam tal entendimento, defendem que o

¹³ Sobre a razão prática burguesa são paradigmáticos os pensamentos de Kant (liberalismo) e de Rousseau (republicanismo). Nesse sentido, consulte-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Volume I, 2ª edição, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 113-167.

¹⁴ Com o escopo de aprofundar o tema, torna-se de grande valor, a nosso ver, a leitura das reflexões de Habermas acerca do “desencantamento do direito por obra das ciências sociais”. Sobre o assunto consulte-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Volume I, 2ª edição, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 66-82.

Código de Processo Penal de 1941, nesse aspecto, continua a merecer ampla aplicabilidade, vez que o mesmo se encontra em plena harmonia com os princípios constitucionais vigentes, não ofendendo nem mesmo arranhando quaisquer dos direitos fundamentais expressos e implícitos contidos, ou não, na Constituição da República.

Somente a título de exemplo, sustentam a constitucionalidade do assistente de acusação, por entender que tal instituto foi recepcionado pela Constituição de 1988, os seguintes autores: JULIO FABBRINI MIRABETE¹⁵, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS¹⁶, FERNANDO CAPEZ¹⁷, EDILSON MOUGENOT BONFIM¹⁸, ADA PELLEGRINI GRINOVER¹⁹, SÉRGIO DEMORO HAMILTON²⁰, EUGENIO PACELLI OLIVEIRA²¹, RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA²², GUILHERME DA SOUZA NUCCI²³, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO²⁴, HÉLIO TORNAGHI²⁵, EDGARD MAGALÃES NORONHA²⁶, JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁷, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO²⁸, INOCÊNCIO BORGES DA ROSA²⁹ e VICENTE GRECO FILHO³⁰, dentre outros.

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 692.

¹⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 222-244.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.189

¹⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 358.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance & GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no processo penal*. São Paulo: RT, 1998, pp. 130-133.

²⁰ HAMILTON, Sérgio Demoro. *O recurso do assistente do Ministério Público in processo penal reflexões*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.165.

²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal, 5ª edição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 399.

²² MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 59.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado. 2ª edição*. São Paulo: RT, 2003, p. 471.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. Vol I, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 631.

²⁵ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal, 5ª edição*. São Paulo: Saraiva, 1988, volume I, p.499.

²⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal. 19ª edição*. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 354.

Pois bem. Ousamos divergir dos citados autores. E o fazemos, porque entendemos que o assistente de acusação não foi recepcionado pela Constituição Republicana. As razões de tal entendimento são muitas, mas todas elas têm como premissas quatro circunstâncias básicas, são elas: a) a circunstância histórica que cerca o Código de Processo Penal e a proposição do instituto do assistente de acusação; b) a concepção do Direito como produto da Cultura humana; c) a perspectiva de uma Hermenêutica Constitucional do Processo Penal, a partir de uma “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” d) e a compreensão do Processo Penal como um Sistema Aberto.

Tendo-se em mente tais premissas, os motivos que fundamentam a não recepção do assistente de acusação são muitos, e são esses que passaremos a analisar a seguir.

3.1 DA OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO

O primeiro argumento e, talvez, o mais robusto, que serve de base à tese da não recepção do assistente de acusação é a ofensa ao princípio constitucional do sistema acusatório (CRFB, artigo 129, I)³¹. Contudo, expliquemos, brevemente, o que entendemos por sistema acusatório, antes de desenvolvermos esta primeira razão para sustentarmos a não recepção do assistente.

Compreender o Processo Penal como um sistema acusatório, tal como quer a *Lex Legum*, é perceber que tal compreensão implica em algumas consequências necessárias, colocadas em destaque por LUIGI FERRAJOLI, são elas: a) a *separação* rígida entre o juiz e a acusação; b) a paridade entre acusação e defesa; c) a publicidade e a oralidade do

²⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Atualizador: Victor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I, p. 243.

²⁸ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, vol. III, 1960, p. 292.

²⁹ BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Globo, vol. II, 1942, p. 202.

³⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 343-356.

³¹ Sobre o assunto, é indispensável a consulta de PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais, 2ª edição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

juízo³². Note-se que o sistema acusatório possui outros elementos que, pertencendo historicamente à sua tradição, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico, são eles: a) a discricionariedade da ação penal; b) a elegibilidade do juiz; c) a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo; d) a exclusão da motivação dos julgamentos dos jurados, dentre outros. Perceba-se, assim, ainda segundo FERRAJOLI, que, por outro lado, são tipicamente próprios do sistema inquisitório: a) a iniciativa do juiz em campo probatório; b) a disparidade de poderes entre acusação e defesa; e c) o caráter escrito e secreto da instrução.

Com o escopo de caracterizar mais pormenorizadamente o sistema acusatório, é de grande relevância trazer à tona alguns esclarecimentos de JACINTO NELSON MIRANDA COUTINHO, com apoio em JOSÉ ANTÔNIO BARREIROS³³, sobre o assunto, em função da clareza de suas palavras:

“(…) é possível referir que o órgão julgador é uma Assembleia ou jurados populares (Júri); que há igualdade das partes e o juiz (estatal) é árbitro, sem iniciação de investigação; que a acusação nos delitos públicos é desencadeada por ação popular, ao passo que nos delitos privados a atribuição é do ofendido, mas nunca é pública; que o processo é, por excelência e obviamente, oral, público e contraditório; que a prova é avaliada dentro da livre convicção; que a sentença passa em julgado e, por fim, que a liberdade do acusado é a regra, antes da condenação, até para poder dar conta da prova a ser produzida”³⁴.

³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouck, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, pp. 450-459.

³³ BARREIROS, José Antônio. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal in Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 37.

Releva notar, por conseguinte, que no sistema acusatório, o indivíduo autônomo, dotado de direitos naturais e originários e inalienáveis está no centro gravitacional do sistema. Logo, neste sistema o indivíduo não é abandonado ao poder do Estado, antes é um sujeito do processo, armado com o seu direito de defesa e com suas garantias individuais. Destarte, um processo penal acusatório é uma ordenação limitadora do poder do Estado em favor do indivíduo acusado, isto é, nas palavras de JORGE FIGUEIREDO DIAS, é uma “Magna Charta dos direitos e garantias individuais do cidadão”³⁵, pois o Estado, protegendo o indivíduo, protege-se a si próprio contra hipertrofia do poder e os abusos no seu exercício.

Consigna, ainda, FIGUEIREDO DIAS, que o sistema acusatório é marcado de forma indelével pelos princípios “dispositivo, do juiz passivo, da verdade formal, da autorresponsabilidade probatória das partes (com a conseqüente repartição do ônus da prova) e da presunção de inocência do acusado”³⁶. Note-se, ainda com o professor da Universidade de Coimbra, que o sistema acusatório produz, dentre outras, as seguintes conseqüências estruturais no processo penal: “a) ilegitimidade da prisão preventiva e, em geral, de quaisquer meios coercitivos contra o suspeito; b) asseguramento ao acusado de um direito de defesa tão amplo como o direito de acusação, bem como de uma posição processual e pré-processual equiparada à do acusador; c) a estruturação do processo penal como um autêntico processo de partes; d) total observância do princípio do contraditório; e) criação de um sistema estrito de legalidade da prova, na sua produção e na sua valoração; f) reconhecimento de uma certa disponibilidade pelas partes do objeto do processo (*thema decidendum*) como na extensão da cognição (*thema probandum*), como nos limites da decisão (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*)”³⁷.

Convém, ainda, ao cabo dessas breves considerações sobre o sistema acusatório, consignar que esse sistema não permite que o juiz desenvolva aquilo que CORDERO denomina como “quadro mental

³⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. 1ª edição 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 64.

³⁶ *Op. Cit.* p. 65.

³⁷ *Op. Cit.* p. 65.

paranoico”³⁸, em face de não ser, como assevera MIRANDA COUTINHO, “o *gestor da prova* pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão”³⁹, em outras palavras, o *sistema legítima a possibilidade da crença no imaginário*, ou seja, forma-se um pré-conceito para que, durante a instrução, produza-se um conceito, com o escopo de que o julgamento seja um *reflexo do pré-conceito*.

Dessa forma, identifica-se uma conexão entre sistema acusatório e modelo *garantista*⁴⁰ e sistema inquisitório e modelo autoritário (de eficiência repressiva). Em síntese, pode se entender com sistema acusatório, um sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo, rigidamente separado das partes, que tem o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz com base em sua livre convicção.

Feitos tais esclarecimentos acerca do sistema acusatório, convém agora explicitar os motivos pelos quais entendemos que este serve de fundamento à tese da não recepção pela Constituição do assistente acusação. A nosso ver, a flagrante violação ao princípio do sistema acusatório fica escancarada quando o Código de Processo Penal atribui ao Juiz o poder para decidir acerca da admissão ou não do assistente de acusação.

Apesar do mesmo código determinar que deva ser ouvido previamente o Ministério Público acerca da admissão do assistente, tal

³⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51: “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa *quadri mentali paranoici*. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fati’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi. Sappiamo sui quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l’esito dove vuole.” -gno-.

³⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal in Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 32.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouck, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, pp. 450-459.

dispositivo revela que a manifestação do Ministério Público, segundo o *codex*, tem natureza de mera *sugestão ou aconselhamento*, vez que, no momento seguinte, estabelece de forma clara que a decisão acerca da admissão fica a cargo do magistrado e, mais que isso, que essa decisão é, em tese, irrecorrível, o que acentua, mais ainda, a intenção do embolorado código, em restringir o alcance e o poder da manifestação do Ministério Público, afrontando, assim, claramente, o princípio do sistema acusatório. *Ora, como é possível tolerar a figura do assistente de acusação perante o princípio constitucional do sistema acusatório, se é o juiz que decide se o assistente de acusação poderá ingressar no pólo ativo da demanda ao lado do Ministério Público. Não se pode falar em princípio do sistema acusatório se ao Ministério Público, mesmo sendo titular privativo da ação penal, não é dado decidir acerca da admissão do assistente de acusação.*

Nesse sentido, cumpre destacar, com apoio em MARCELLUS POLASTRI LIMA, que a Constituição Republicana estabeleceu em seu artigo 129, I (promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei), que cabe ao Ministério Público a atribuição privativa de promover a ação penal, sendo, dessa forma, alçado à qualidade de *dominus litis*, ficando, *ipso facto*, inviabilizados, na atualidade, institutos jurídicos, como, por exemplo, o “promotor ad hoc” e a ação penal pública *ex officio*⁴¹, bem como o assistente de acusação.

Não se diga que tal argumento fica comprometido em razão da expressão *na forma da lei* mencionada na parte final do dispositivo. Se, é certo que tal expressão poderia autorizar ao intérprete mais desavisado que o assistente de acusação está em harmonia com o artigo 129, I, vez que o Código de Processo Penal seria a lei infraconstitucional incumbida de regulamentar a ação penal pública, também é certo, segundo MAZZILLI, que o entendimento correto de tal expressão é que “a legitimidade ativa do Ministério Público, na ação penal pública... é função institucional privativa do Ministério Público, e o que será feito na forma da lei é o como promover”⁴².

Enfrentado o primeiro argumento, passemos ao segundo.

⁴¹ LIMA, Marcellus Polastri. *Temas controvertidos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 156-157.

⁴² MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 101-102.

3.2 DA QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL

Outro aspecto a destacar é que admitir o assistente de acusação como auxiliar do Ministério Público, é, a nosso ver, violar frontalmente o princípio constitucional da isonomia⁴³. Não é preciso um grande esforço intelectual para se constatar que com o ingresso do assistente de acusação no *caso penal*, há uma flagrante ofensa ao equilíbrio da relação jurídica processual, para uns, ou da situação jurídica, para outros. Não se trata de um argumento numérico, mas sim de uma constatação fática. Negar que o desequilíbrio entre as partes, é ofender a mais comezinha das inteligências.

A ofensa à isonomia⁴⁴ processual resta vislumbrada quer na maior facilidade que o pólo ativo terá para conferir credibilidade e verossimilhança a sua versão sobre os fatos, seja arrolando testemunhas, seja produzindo provas documentais, quer na maior capacidade que o pólo ativo terá para contrariar a versão apresentada pelo pólo passivo sobre esses. Note-se, assim, que comprometida a isonomia processual, resta também violado outro princípio de igual repercussão: o do devido processo legal⁴⁵.

Ademais, ainda que desconsideremos tudo quanto dito, a existência do assistente de acusação, ofende, ainda, o princípio da isonomia, vez que se o fator de *discrimen* é a lesão aos interesses disponíveis da vítima

⁴³ Tal princípio foi concebido e analisado por Aristóteles em sua obra "*A Política*". Portanto, é de Aristóteles a definição clássica do princípio, qual seja, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente.

⁴⁴ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os critérios para identificação do desrespeito à isonomia são: a) determinação do fator de *discrimen*; b) correlação lógica entre fator de *discrimen* e a desequiparação procedida e c) a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição. Ainda segundo o professor da PUC/SP, o tempo não pode ser utilizado como fator de *discrimen*. Sobre o assunto consultar BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição. 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 21-44.

⁴⁵ No que concerne ao princípio do devido processo legal, cabe pontuar, desde já, que, mais recentemente, este vem sendo entendido pela doutrina sob dois aspectos, a saber: processual (*procedural due process*) e material (*substantive due process*). Nesse passo, então, fala-se em devido processo legal em sentido processual e devido processo legal em sentido material. Naquele sentido, o devido processo legal é compreendido como o direito que todo cidadão tem de ter o prévio conhecimento do procedimento ao qual será submetido

decorrente da prática do delito, qual é a correlação lógica entre essa circunstância e o fato de se admitir o assistente de acusação no processo penal? A nosso ver, nenhuma. Vejamos. Se o processo penal é ramo do direito destinado a lidar com os interesses indisponíveis os quais foram afetados em razão da prática do delito, se o Ministério Público é o órgão incumbido da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CRFB, artigo 127, *caput*) e se os interesses disponíveis devem ser discutidos na seara do processo civil, não há, portanto, qualquer razão a fundamentar a permanência do assistente de acusação no âmbito do processo penal.

Não fosse a falta de correlação lógica suficiente, a existência do assistente de acusação ainda ofende, por mais uma vez, o princípio em questão, vez que não há, a nosso ver, qualquer consonância da discriminação com os interesses de valores protegidos na Constituição. A discriminação procedida em razão da existência do assistente de acusação não encontra consonância com valores protegidos pela Constituição. Valores, como, por exemplo, o sistema acusatório (CRFB, artigo 129, I).

Tecidas tais considerações, passemos ao argumento seguinte, qual seja, o alusivo a privatização do processo.

3.3 DO VESTÍGIO EVIDENTE DO FENÔMENO DA PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Cumprе destacar que a existência do assistente de acusação no Código de Processo Penal em vigor, é um vestígio evidente do

quando vier a ser processado, ou seja, o direito a conhecer com antecedência os atos processuais a que será submetido pelo Estado, em outras palavras, o direito a não ser surpreendido. Tomado no seu sentido material, este princípio tem seus limites territoriais expandidos, passando a conter dentro de si outros princípios, como, por exemplo, o princípio da isonomia entre as partes. Nessa perspectiva, o princípio do devido processo legal deve ser compreendido como a garantia a um processo justo. A propósito, consulte-se NERY, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal. 5ª edição*. São Paulo: RT, 1999, pp. 30-40 e 41-63. Cumprе assinalar, ainda, que o devido processo legal possui caráter constitutivo na seara processual penal, vez que não há crime nem pena, sem que haja processo. Logo, não se deve compreender tal princípio sob os mesmos moldes que esse é estudado pela doutrina processual civil.

fenômeno de privatização do processo penal⁴⁶. Pela expressão “privatização do processo penal”, entende-se o movimento político criminal que tem por finalidade conferir um papel de destaque à vítima no processo penal, ou seja, tornar a vítima um sujeito do processo, possibilitando à vítima o exercício da vingança⁴⁷.

Sob o argumento de que, por muito tempo, a vítima foi colocada de lado pelo direito processual penal, busca-se, mais recentemente, reverter a todo custo esse quadro, atribuindo, desta forma, à vítima um papel de importância dentro deste ramo do direito. Contudo, ao se proceder, desta forma, macula-se o caráter de direito público do processo penal, desconsidera-se a natureza indisponível dos direitos com os quais lida processo e se sobreleva, em excesso, a busca da satisfação dos interesses da vítima⁴⁸. Aliás, é esse o entendimento de SALO DE CARVALHO, ao asseverar que “a assistência ao Ministério Público é um resquício de privatização do processo penal – apesar da falácia sempre invocada de que o interesse não é penal, mas sim dos efeitos civis da condenação...”⁴⁹.

Nesse passo, convém transcrever uma importante afirmação de BETTIOL sobre o assunto:

“...um alargamento das possibilidades e faculdades da vítima viria, na verdade, a subordinar todo processo penal a uma exigência de vantagens individuais, quando o indivíduo lesado dispõe de outras vias destinadas a obter o reconhecimento de suas pretensões. Não se pode ver na parte civil o titular de uma acusação privada, de modo a reconhecer-se-lhe a legitimidade de se substituir ao Ministério Público em matéria de recursos. Isto

⁴⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *Temas controvertidos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 154.

⁴⁷ CATENA, Victor Moreno. *Derecho procesal penal*. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 250.

⁴⁸ JORGE, Alline Pedra. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 80.

⁴⁹ CARVALHO, Salo. *Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo in crítica à execução penal – doutrina, jurisprudência e projetos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 23.

implicaria um alargamento inconcebível de faculdades e uma degradação do processo, de portador da justiça a simples instrumento de tutela de interesses privados⁵⁰.

Se, é certo, no que toca ao papel da vítima no processo penal, que o Estado toma como seu direito de outrem⁵¹, também é certo, que não se deve devolver à vítima o direito que foi expropriado. O que caracteriza um Estado civilizado e democraticamente orientado é, dentre outros fatores, a criminalização do exercício arbitrário das próprias razões (CP, artigo 345); é a construção do conceito de jurisdição, como atividade substitutiva dos interesses das partes⁵²; é a incapacidade de sublimação das pessoas envolvidas no conflito, ou seja, de “sair do próprio conflito e, ao observá-lo de fora, verificar imparcialmente a resposta adequada ao caso”⁵³. Portanto, não se deve acreditar tanto nos bons sentimentos humanos⁵⁴.

Mais do que obter reparação pelos danos sofridos, o que a vítima realmente deseja ver saciado é o seu desejo de vingança⁵⁵(vindita)⁵⁶, ou por que não dizer, é aplicar o máximo de pena que a lei prevê e admite

⁵⁰ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal*, tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 322.

⁵¹ AROCA, Juan Montero. *Princípios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, p.22.

⁵² Consigna Afrânio Silva Jardim que “o Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de maneira justa, independentemente da vontade ou interesse da parte privada... Na verdade, conseguiu-se este grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público, que pode ser considerado o verdadeiro ‘ovo de colombo’ para o processo penal que surgiu modernamente”, vide JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 23.

⁵³ CARVALHO, Salo. *Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo in grática à execução penal – doutrina, jurisprudência e projetos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20.

⁵⁴ “Grande preocupação foi imposta a todos os homens, e um pesado jugo carrega sobre os filhos de Adão, desde o dia em que eles saem do ventre de sua mãe, até o dia da sua sepultura.” “Isso acontece a todos os viventes, desde os homens até os animais, mas para os pecadores é sete vezes pior”. Eclesiástico, Capítulo 40, versículos 1 e 8.

⁵⁵ LIMA, Marcellus Polastri. *Temas controvertidos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 155.

⁵⁶ É indispensável a leitura de STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do júri – símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 158-160. Entre nós, sustentam, também, a inconstitucionalidade do assistente de acusação no processo: STRECK e POLASTRI.

para o réu, já que o Estado de Direito não lhe dá o direito de matar esse. Lembremos novamente as palavras de CARVALHO, “o processo penal é revestido de uma instrumentalidade garantista, direcionada à defesa do imputado/réu contra os poderes públicos e/ou privados desregulados, e não da vítima”⁵⁷.

Não fossem tais considerações por si só suficientes, convém advertir que trazer a vítima ao processo é “deflagrar um *processo de revitimização*, potencializando novamente os efeitos da lesão sofrida anteriormente, pois se o escopo do processo é a reconstrução de um fato pretérito não mais passível de experimentação para solucionar o caso penal, ao proporcionar tal experiência à vítima, estaríamos fazendo com que ela revivesse aquele momento de dor e de angústia”⁵⁸.

Por tudo quanto dito, constata-se que a proposta de revitalização da vítima na seara penal, além de ser um vestígio evidente da privatização (comercialização) do processo penal, é também uma compreensão ingênua do “bicho homem”, como sendo capaz de dirimir um dissenso em momentos de crise. Trata-se de uma visão cínica do homem que tem como escopo encobrir suas perversões.

Com efeito, adverte FIGUEIREDO DIAS:

“...na generalidade dos países europeus continentais só muito excepcionalmente se admite a intervenção dos particulares no processo penal, ao lado do MP ou mesmo a ele subordinados; tal intervenção, quando admitida, é-o quase sempre só na função de parte civil, isto é, limitada ao exercício de acções civis resultantes da infração penal”⁵⁹.

Feitas tais explanações, analisemos, agora, o próximo argumento.

3.4 DO ATENDIMENTO DOS FINS ECONÔMICOS E FINANCEIROS DA VÍTIMA (*AN DEBEATUR*)

⁵⁷ *Op. cit.* p. 21.

⁵⁸ *Op. cit.* p. 22.

⁵⁹ *Op. cit.* p. 508.

No nosso sentir, a existência do assistente acusação no Código de Processo Penal em vigor é, antes mais nada, um claro sinal dado pelo legislador de 1941 no sentido de atender os objetivos econômicos da vítima (*an debeatur*). Este sinal, a um só tempo, incorre em duas grandes falhas, quais sejam, deturpa a finalidade primacial a que se destina o processo penal (reconstituição do fato pretérito supostamente delituoso) e revela a intenção de não discutir o caso, no que tange aos seus aspectos financeiros, com a necessária profundidade na seara do processo civil. Note-se que a celeridade na reparação do dano da vítima, pode significar o prejuízo de difícil reparação ao imputado.

Sobre o assunto consigna POLASTRI:

“...não convence, vez que terá o ofendido a oportunidade de executar a ação penal condenatória, podendo, se preferir discutir o mérito de sua pretensão, ingressar no juízo cível, inclusive com maior amplitude, sabido que a culpa cível é mais abrangente do que a penal”⁶⁰.

Repita-se, mais uma vez, o processo penal como ramo do direito público e como palco de conflitos acerca de direitos indisponíveis, não pode se prestar a atender os fins econômicos da vítima, o que seria um claro desvirtuamento deste. Não desconhecemos a recente discussão acerca da inexistência de direitos indisponíveis, sob o argumento, em síntese apertada, de que todo direito no momento que é exercitado por meio da ação é disponibilizado pelo autor⁶¹. Contudo, julgamos que tal tese é equivocada, tanto porque confunde direito material com direito processual, quanto porque não é adequada ao processo penal (podendo ter alguma prestabilidade ao processo civil), vez que, aqui, o autor da ação é o Ministério Público, e não um particular.

Com efeito, o processo civil e o processo penal devem ser compreendidos como *diferentes tipos de processo*, determinados pela especificidade dos valores cuja ponderação cabe ao respectivo ramo

⁶⁰ *Op. cit.* p. 159.

⁶¹ CALMON, Petrónio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp.31-67.

do direito material. Esta diferenciação é produto de uma exigência teleológica e funcional de adequação à especificidade das normas substantivas que aqueles tipos processuais têm de realizar na vida concreta do Direito. Logo, é intolerável a prática da importação de institutos do processo civil para o processo penal, pelo contrário, deve-se reconhecer a profunda diversidade e autonomia, mesmo científica, do direito processual penal. Desta forma, é indispensável um estudo do processo penal que seja colocado e conduzido de modo completamente autônomo. Enfim, ao processo civil cabe uma natureza *privatística*, e ao processo penal, pelo contrário, uma natureza e uma estrutura *publicísticas*⁶².

Analisemos, então, o próximo argumento.

3.5 DA ADMISSIBILIDADE CONTRADITÓRIA DE QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO NECESSITA DE AUXÍLIO

Outro aspecto que, a nosso ver, reforça a tese da não recepção pela Constituição do assistente de acusação, é a admissibilidade contraditória de que o Ministério Público, órgão do Estado, necessita de auxílio. Em outras palavras, admitir a existência do assistente de acusação significa que o Estado antecipadamente, mesmo antes do ingresso do assistente na ação penal pública, admite, em tese, só pelo fato de prevê legalmente este sujeito processual, que não tem capacidade de promover, de forma privativa, a ação por meio do Ministério Público, vez que reconhece a necessidade de ser auxiliado pelo assistente.

Nesse sentido, também é o entendimento de POLASTRI, ao afirmar que é “ilógico tal ‘auxílio’, pois o Estado não poderia admitir deficiências em seu próprio instrumento, deixando o Ministério Público sob a desconfiança de um precário desempenho na realização da pretensão punitiva, considerando-se que somente ao Estado pode interessar a aplicação da pena”⁶³.

⁶² *Op. cit.* pp. 52-57.

⁶³ *Op. cit.* p. 159.

Em outras palavras, aquele que precisa de auxílio e estampa essa necessidade, antecipadamente, de forma genérica e abstrata, na norma processual penal, reconhece, também, a precariedade a sua capacidade em promover a ação penal. Mas não apenas isto. A nosso ver, admitir que o Ministério Público precisa de auxílio é, também, ofender outro princípio constitucional, qual seja, o da autonomia funcional. Ou seja, a necessidade de auxílio é, a um só tempo, o atestado da incapacidade de promover de forma privativa a ação penal e o certificado da violação à autonomia funcional⁶⁴. Note-se que, a nosso ver, a autonomia funcional implica em três pressupostos, são eles: a) a existência de uma lei orgânica; b) a capacidade de elaborar a sua proposta orçamentária; e c) a titularidade de uma função que lhe seja específica⁶⁵. Diante do exposto, conclui ARAMIS NASSIF, ao tratar sobre o tema:

“Certamente, a jurisprudência nacional, ainda relutante, saberá expurgar do sistema jurídico brasileiro a figura do assistente de acusação, eis que seu malefício destaca-se no Tribunal do Júri, onde, até mesmo, em constrangedora colisão com o pensamento do Ministério Público, sua atuação, patrocinada pela família da vítima, obriga-o a acusar, numa estranha e triste similitude com o princípio da obrigatoriedade defensiva, gerando lamentável perplexidade no Conselho de Defesa”⁶⁶.

Enfrentemos o próximo argumento.

3.6 O ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO COMO UMA DERIVAÇÃO DE UM ESTADO DE DIREITO LIBERAL (DIREITO LIBERAL-INDIVIDUALISTA), EM CONTRAPOSIÇÃO AO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL INSTITUÍDO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

⁶⁴ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *Ministério Público: por uma verdadeira autonomia funcional* in Revista Forense. Rio de Janeiro: v. 376, p. 35-43, 2004.

⁶⁵ *Op. cit.* pp. 35-39.

⁶⁶ NASSIF, Aramis. *Júri – instrumento de soberania popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.101.

Releva notar, ainda, que o assistente de acusação é derivação de um Estado de Direito Liberal (Direito Liberal-Individualista), em contraposição ao Estado de Bem-Estar Social instituído pela Constituição da República. Isto é, um Estado de Direito Liberal, marcado por direitos de primeira geração (*liberdade*), é um Estado no qual o indivíduo desconfia do Estado e, por conseguinte, tem como principal finalidade proteger seus direitos dos abusos ou descaso do Estado. Nesse sentido, o assistente de acusação, pode ser entendido como um sintoma de desconfiança da vítima e perda de credibilidade do Estado, na medida em que aquela quer ver reconhecido o seu direito de indenização.

Se, é certo que a Constituição de 1988 relacionou um extenso rol de garantias individuais no seu artigo 5º, o que poderia ser considerado como uma evidência clara de um Estado Liberal, também é certo, que esta mesma Constituição, em muitas oportunidades, como, por exemplo, ao tratar da ordem econômica, em seu artigo 170 (e seguintes), exige do Estado uma postura ativa dentro da sociedade brasileira contemporânea, seja como agente normativo e regulador da atividade econômica, seja exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (CRFB, art.174, *caput*)⁶⁷.

Sendo assim, podemos concluir que a Constituição de 1988, não é um estatuto que traz consigo apenas uma modalidade e/ou geração de direitos, mas sim apresenta, ao mesmo tempo, diversas gerações de direito (direitos de primeira, segunda e terceira geração – *liberdade, igualdade e fraternidade*)⁶⁸. Contudo, apesar de tal afirmação, é forçoso reconhecer, por outro lado, que o Estado Brasileiro, no momento histórico atual, caminha em direção ao Estado de Bem-Estar Social, isto é, há uma *tendência* ao Direito Público. Nesse contexto, para nós, o assistente de acusação é um resquício de um Estado Liberal-

⁶⁷ Nesse sentido é o entendimento de GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988, 11ª edição*. São Paulo: Malheiros, pp. 257-386.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional. Desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002 e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília, Ed. da UnB, 1998, pp. 133-134.

Individualista, marcado por direitos de primeira geração, ou seja, de um Estado retraído, passivo e meramente observador.

Nesse sentido, são elucidativas as palavras de LÊNIO LUIZ STRECK, ao versar sobre argumentos sociopolíticos:

“...não se pode admitir, no momento em que se caminha mais e mais em direção ao Direito Público, um retrocesso que sustente aspectos privados no processo penal. A figura do assistente de acusação é condizente com um direito liberal-individualista, de cunho ordenador, instituído em dado momento histórico”⁶⁹.

Tecidas tais considerações, vejamos o próximo argumento.

3.7 DO REFORÇO À TESE DO DIREITO PENAL DO AUTOR (CULPABILIDADE DO AUTOR)

Não fosse suficiente tudo quanto até aqui dito, convém salientar que a figura do assistente de acusação é, a nosso ver, um reforço à tese do Direito Penal do Autor (Culpabilidade do Autor). Aliás, este também é o entendimento de LÊNIO LUIZ STRECK, ao afirmar que “é de frisar que a manutenção da figura do assistente de acusação reforça a tese do *direito penal do autor*, que deve ser combatida”⁷⁰.

Conceber o Direito Penal como um Direito Penal de Autor é entender o delito como um signo ou sintoma de inferioridade moral, biológica ou psicológica, é compreender o ato apenas como uma lente que permite ver alguma coisa daquilo que onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor, ou seja, a essência do delito reside em uma característica do autor que explica a pena⁷¹.

⁶⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do júri – Símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 159.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 159.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume. Teoria geral do direito penal*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 131.

Destarte, o direito penal do autor sustenta que o delito é um sintoma de um estado do autor, o qual é inferior às demais pessoas ditas normais. Esta inferioridade é, para uns, de *natureza moral*, sendo, nesse sentido, *uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico*, enquanto que, para outros, é de *natureza mecânica*, tratando-se, assim, de um *estado perigoso*. No sentido de natureza moral, o delito tem uma *função de divindade pessoal*; enquanto natureza mecânica, o delito é uma *divindade impessoal e mecânica*⁷².

Diante deste quadro, o Estado é uma escola autoritária, na qual o valor fundamental é a disciplina, marcada por pautas, as quais devem ser introjetadas (não apenas cumpridas) por todos os organismos sociais. Logo, não se censura o ato, mas a própria existência daquele infringe a norma, tendo-se, assim, um *estado de periculosidade*⁷³.

Neste Estado, tanto os criminalizados quanto os operadores judiciais não são pessoas, mas sim coisas complexas, que travam, entre si, uma batalha, como aquela que se dá entre parasitas e leucócitos, dentro do organismo social, e que tem por escopo preservar a saúde social, não deixando de possuir, é claro, características estigmatizantes e moralizantes. Nega-se, desta forma, a própria qualidade de pessoa, percebendo-se, por conseguinte, que o direito penal do autor é produto de um crítico desequilíbrio deteriorante da dignidade da pessoa humana (CRFB, artigo 1º)⁷⁴, daqueles que o sofrem e o praticam⁷⁵.

Ainda acerca do Direito Penal do autor ZAFFARONI e NILO BATISTA, dentre outros, esclarecem:

“...encontra-se o novo direito penal do autor que, sob a forma de direito penal de risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas

⁷² ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 131.

⁷³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 132.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª edição, 2004.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 133.

a conduta mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento. Em algum sentido, tal direito tende a incorporar uma matriz de intervenção moral, análoga à legislação penal das origens da pena pública, com o acrescido inconveniente de presumir dados subjetivos, a partir da afirmação de que a responsabilidade provém de processos de imputação objetiva baseados em expectativas normativas, e não em reais disposições intelectivas internas do sujeito que atua. Esta orientação culmina com o retorno à presunção do dolo, através da chamada normativização, que prescinde da vontade real^{76 77}.

Pois bem. Ante o exposto, pensamos que o assistente de acusação é um sinal translúcido de um Direito Penal do Autor, seja porque o réu não é entendido como um sujeito de direitos, mas sim como uma “coisa pecaminosa”, seja porque o assistente de acusação é expressão de um estado de periculosidade.

Analisemos, então, o argumento seguinte.

3.8 DA DESCONSIDERAÇÃO DE QUE A VÍTIMA, POR VEZES, CONTRIBUI PARA OCORRÊNCIA DO DELITO

Cumpre, neste momento, destacar que a vítima não desempenha exclusivamente o papel de sujeito passivo no momento da prática do delito⁷⁸. Note-se que a vítima pode desempenhar um papel de grande

⁷⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 133.

⁷⁷ Sobre o Direito Penal de Risco e os Processos de Imputação Objetiva, consulte-se ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, tomo I, bem como JAKOBS, Gunther. *Derecho penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons Libero Editor, 1997, 2ª edição. No Brasil, consulte-se TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal. 3ª edição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003 e GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva. 2ª edição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

⁷⁸ Convém destacar a importância dos estudos acerca da Vitimologia, ciência que estuda a vítima. Sobre o assunto, consulte-se KOSOVSKI, Ester & SÉGUIN, Elida. *Temas de vitimologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

relevância para a prática do delito⁷⁹, ou seja, para que o delito aconteça⁸⁰. Nesse sentido, em algumas oportunidades, o comportamento da vítima servirá como uma causa de diminuição de pena especial, como, por exemplo, no denominado homicídio “privilegiado”, quando o agente age sob violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima (CP, artigo 121, parágrafo primeiro).

Em outro momento, no que toca ao crime de injúria, a vítima pode ter seu comportamento caracterizado como provocação reprovável, autorizando, nesse caso, o juiz a conceder o perdão judicial (CP, artigo 140, parágrafo primeiro, inciso I), ou seja, o comportamento da vítima servirá como causa de extinção da punibilidade do delito em questão (CP, artigo 107, inciso IX). E, em outras ocasiões, quando da aplicação da pena, no momento do aferimento da *pena base*, em obediência ao artigo 59, *caput*, do Código Penal Brasileiro, o comportamento da vítima deve ser tomado como uma das *circunstâncias judiciais*.

Por isso, avaliar o instituto processual do assistente de acusação passa também por avaliar o papel da vítima no momento da prática do delito, na medida em que o processo penal é a reconstituição deste fato pretérito⁸¹ que deve ser compreendido como um *caso penal*. Desconsiderar a contribuição da vítima, em certos casos, para a prática do delito, é desconsiderar o vínculo indissolúvel entre o direito material e o direito processual. Em outras palavras, ao se entender a vítima como parte integrante do fenômeno que enseja a prática do delito, entende-se que, nessas ocasiões (em que o comportamento da vítima for decisivo para a consumação do delito), esta, a nosso ver, em hipótese alguma, poderá constituir assistente de acusação, vez que sua ação foi determinante para o desencadeamento da ação delituosa.

⁷⁹ OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal: O crime precipitado ou programado pela vítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁸⁰ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal – Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: RT, 1999.

⁸¹ Convém salientar, ainda, que, a nosso ver, a figura do assistente de acusação só se justifica num processo penal crente no mito da verdade real. Para uma análise crítica desse dogma em franca decadência, leia-se BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Note-se que tal argumento não tem por finalidade inviabilizar a assistência apenas nessas situações. Pensamos tal argumento como um complemento aos demais até aqui apresentados, mas que, inegavelmente, tem seu âmbito de aplicabilidade mais reduzido, quando comparado aos outros.

Passemos, então, ao argumento seguinte.

3.9 DA SUPERVALORIZAÇÃO DO FIM RETRIBUTIVO DA PENA, CONDUZINDO O PROCESSO PENAL A UM PERIGOSO E EXCESSIVO FIM DE RETRIBUIÇÃO DA PENA

Inicialmente, convém consignar que o *retribucionismo* ou o *neorretribucionismo* (uma espécie de “nostalgia” de KANT e de HEGEL) é, em certa medida, uma decorrência do fracasso da prevenção especial positiva e de apelos emocionais e demagógicos. O emprego do vocábulo tornou-se tão vulgar que combater o seu uso não é apenas divergir de uma “teoria” funcional da pena, mas, principalmente, de despertar para um elemento autoritário para o encerramento de um discurso⁸².

Não é errado afirmar que uma das grandes razões para a rápida disseminação da ideia de que a retribuição é a essência da pena, reside no seu múltiplo sentido. Tal circunstância é, sem dúvida, um ótimo argumento retórico para qualquer problema sem solução, vez que permite que, diante de uma objeção a um dos significados da expressão, lance-se mão de um dos outros⁸³.

O primeiro sentido que se pode atribuir à expressão é o *sentido kantiano de retribuição*. Tal sentido decorre de uma teoria extremamente radicalizada da defesa social e elaborada de modo dedutivo, que não tolera qualquer contaminação com dados empíricos. Embora não se possa negar que tal teoria seja o maior esforço do racionalismo acerca da pena, não se pode admitir a sua utilização mesclada a dados empíricos falsos com o escopo de encobrir prévias decisões arbitrárias sob o argumento de reintegrar o direito violentado pelo agente ou

⁸² ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 141.

⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 142.

restabelecer a ordem jurídica ofendida pelo delito. Sendo assim, tal sentido não colhe convencimento⁸⁴.

Um outro sentido que se pode conferir à expressão, quando se assevera que a pena é retribuição, é a de ser um *juízo fático*. Entrementes, a pena não é, em verdade, uma retribuição derivada do delito, já que, como demonstram as cifras negras, um número expressivo de pessoas o pratica, mas o poder punitivo só seleciona os inábeis, de modo que se alguma coisa está retribuída é a inabilidade, e não o delito. Se, por outro lado, se desejar afirmar que a *pena deve ser retribuição (juízo normativo)*, vários inconvenientes existirão, são eles: a) a estrutura do poder punitivo (sistema punitivo) não o permite, ou seja, se quer que alguma coisa seja o que jamais poderá ser; b) não há qualquer explicação razoável para o motivo que fundamenta a necessidade dessa retribuição; c) não se justifica que a vítima sofra o mal e o Estado confisque para si a retribuição. Note-se que os dois últimos inconvenientes só podem ser solucionados à luz de uma “teoria” preventiva positiva da pena, reduzindo-se, com isso, o espaço do retribucionismo. Portanto, também aqui, a expressão tomada nesse sentido deve ser desprezada⁸⁵.

Um terceiro sentido para expressão reside na afirmação de que a *pena tem função retributiva*. Tal sentido é ainda mais inadmissível, pois não há como entender uma função retributiva desvinculada do propósito de reparação, vez que a retribuição não é um fim em si mesmo, nem mesmo para KANT, mas sim um meio que só se justifica quando associado aos objetivos de reparação ou de vingança. Todavia, quaisquer dessas duas finalidades estão vinculadas ao ofendido, ao contrário da pena, portanto, também, esse sentido é imprestável.

Para outros, a retribuição é um *limite da pena* ou sua *medida*. Neste sentido, a retribuição não é uma “teoria” da pena, mas sim um critério de limite ou de quantificação, o qual é formalmente obscuro e politicamente irracional. Tal ideia demonstra sua irracionalidade quando se pergunta pelo ente ao qual se retribui, isto é, se é o resultado, se é a vontade, se é a lesão, se é o caráter... Ademais, em tal sentido, a retribuição é reduzida ou, a critério quantificador dos defensores da prevenção geral, ou a limite máximo dos adeptos da prevenção especial. Logo, novamente, a expressão não se justifica⁸⁶.

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 142.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 142.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 143.

Talvez o único sentido prestável da expressão seja o de entendê-la como um *princípio regulador*. Aliás, esse é o pensamento de ZAFFARONI e NILO BATISTA, dentre outros, que assim consignam:

“(...) se com a criminalização primária o estado confisca um conflito, sua intervenção – por excluir a vítima, bem como por ser de altíssima seletividade e de grande violência – não pode ser apresentada como racional, mas sua irracionalidade reconhece graus, e chegaria ao limite intolerável quando não houvesse equivalência a magnitude da lesão (ou com esta mantivesse certa relação) que o conflito provoca, pois, neste caso, o conflito seria apenas o pretexto para que o poder atuasse na medida de sua vontade omnímota”⁸⁷.

Em outros termos, entendida a retribuição como *princípio regulador* (ou *princípio da mínima proporcionalidade da intervenção punitiva*) afirmar-se os limites mínimos aos quais deve se subordinar o exercício do poder punitivo, não como uma consequência racional de uma suposta “teoria retributiva da pena”, mas sim como uma exigência de contenção da irracionalidade do poder⁸⁸.

Pois bem. Tecidas tais considerações preliminares acerca do caráter retributivo da pena, faz-se necessário perceber que a admissão do assistente de acusação é em grande medida uma supervalorização do fim retributivo da pena. Ou seja, é a via mais curta para que a vítima busque, a um só tempo, a sua reparação (o ressarcimento introduzido no exercício do poder desloca para a coerção reparadora a seletividade deste, o que, unido à *seleção vitimizante*, só reproduziria o modelo discriminatório punitivo)⁸⁹ e a sua vingança, com o respaldo da coisa julgada. Em outras palavras, viabiliza-se ao ofendido a possibilidade de legitimar com a bênção do Estado os seus desejos de reparação e de vingança, e o pior, com amparo da coisa julgada.

⁸⁷ *Op. cit.* p. 143.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 143.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 357.

Conduzir o processo penal por esse caminho, qual seja, o da retribuição, é conviver com um processo penal perigoso, destituído de qualquer instrumentalidade garantista. Repita-se: a existência do assistente de acusação no processo penal contemporâneo é a viabilização de forma mascarada do caráter retributivo da pena. Nesse passo, ousamos dizer mais, o assistente de acusação é uma reaproximação do Estado com a vítima, que após confiscar o conflito originário desta, parece proceder uma *juízo de compensação* para com essa, de sorte a que ambos alcancem, no que toca ao acusado previamente selecionado, os objetivos que perseguem.

Passemos, então, ao estudo do próximo argumento.

3.10 A PREVISÃO DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA NO ROL DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS DE NATUREZA FUNDAMENTAL

No que tange à ação penal privada subsidiária da pública, o primeiro aspecto que se deve destacar acerca desta é que esta foi guindada na Constituição de 1988 à qualidade de direito e garantia individual fundamental, tendo sido prevista no artigo 5º, inciso LIX. Antes de analisarmos tal espécie de ação sob o espectro do assistente de acusação, é conveniente afirmar, desde já, que este tipo de ação só tem razão de ser diante da inércia do Ministério Público, não perdendo este órgão a titularidade da ação, funcionando, como adverte AFRÂNIO SILVA JARDIM, como verdadeira *fiscalização anômala do princípio da obrigatoriedade da ação pública*⁹⁰.

Sendo assim, em nosso sentir, a previsão constitucional da ação penal privada subsidiária da pública reforça a tese da não recepção pela Constituição do assistente de acusação⁹¹. A uma, porque tal previsão revoga qualquer disposição da legislação infraconstitucional que autorize outra e qualquer limitação à promoção privativa da ação penal pública

⁹⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública – Princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 113.

⁹¹ LIMA, Marcellus Polastri. *Temas controvertidos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 160-161.

pelo Ministério Público. A duas, porque tal previsão é a única exceção contemplada pelo constituinte originário à regra geral de que o Ministério Público é o *dominus litis*. A três, porque tal exceção não pode ser ampliada sequer por emenda constitucional, vez que a ação penal privada subsidiária da pública é *cláusula pétrea*⁹². E a quatro, porque somente a Constituição pode excepcionar regra geral por ela contemplada.

Não se diga, por outro lado, que a ação penal privada subsidiária da pública legitima o assistente de acusação, na medida em que amplia os poderes do ofendido dentro do processo penal, ou como querem outros, se a Constituição autoriza ao ofendido o mais, oferecer a ação penal, autoriza o menos, admitir o assistente de acusação. Tal argumento é falacioso, vez que, simultaneamente, incorre em dois sérios equívocos, são eles: a) negligência a circunstância de que, mesmo na ação penal privada subsidiária da pública, o Ministério Público continua sendo o titular da ação penal; e b) omite o importante detalhe de que a vítima somente poderá exercer a ação penal na qualidade de autora, se, e somente nesse caso, houver inércia do membro do Ministério Público.

Portanto, a nosso ver, a previsão da ação penal privada subsidiária da pública no rol das garantias individuais de natureza fundamental é a demonstração evidente da autorização que o constituinte originário pretendeu conferir a vítima no processo penal moderno, qual seja, limitar a atuação desta no processo penal, no caso, não admitir o assistente de acusação.

3.11 DA OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, UMA VEZ QUE A DECISÃO QUE ADMITE, OU NÃO, O INGRESSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO NO PROCESSO, NÃO TEM COMO PRESSUPOSTO O OFERECIMENTO DE OPORTUNIDADE AO RÉU PARA PODER SE MANIFESTAR SOBRE A MESMA, APESAR DE SOFRER AS CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DESSA

⁹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10ª edição, Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 481-485.

Tem, ainda mais, poder de convencimento a tese da não recepção do assistente de acusação, quando se verifica, em sede da legislação infraconstitucional, que o ato que admite ou não o assistente de acusação ofende claramente o princípio constitucional do contraditório, uma vez que não se oportuniza ao réu ou ao seu defensor, em momento algum, a possibilidade de se manifestar sobre a admissão do assistente de acusação. A decisão que admite ou não o assistente de acusação, ao contrário do que pontua o código, não tem natureza de despacho, mas sim de decisão interlocutória simples. Ora, se assim o é, como toda e qualquer decisão, deve ser fundamentada e deve ter como pressuposto necessário, para que seja legítima, o respeito ao contraditório. Sendo assim, mister se faz que façamos algumas considerações acerca de tal princípio.

Note-se que o princípio do contraditório é a tradução moderna das velhas máximas *audiatur et altera pars* e *nemo potest inauditum damnari*. Logo, toda a prossecução processual deve cumprir-se de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação, mas também as da defesa. Por conseguinte, o princípio do contraditório repudia uma estrutura de processo penal baseada no sistema inquisitório⁹³.

Com razão, é possível afirmar que o princípio do contraditório aponta para uma concepção de processo como “diálogo” da acusação, da defesa e do juiz; fundamenta a exigência de que o réu se arme com um efetivo e consistente direito de defesa; oportuniza a possibilidade de oposição e contestação ou manifestação sobre os atos do processo. Com o intuito de atribuir maior fixidez e concretização a este princípio, o processo penal moderno lhe conferiu autonomia substancial tanto do decadente dogma da verdade material quanto do direito de defesa, concebendo-o, então, como *princípio ou direito de audiência*. Em outras palavras, *oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através de sua audição pelo tribunal, no decurso do processo*. Com este conteúdo, então, o princípio do contraditório foi elevado à qualidade de princípio constitucional⁹⁴.

⁹³ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 149-152.

⁹⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 152-153.

Note-se que o princípio do contraditório é um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB, artigo 1º), na medida em que o réu não é transformado em *objeto* de decisões judiciais, mas sim continua como *sujeito*, participando de modo ativo e eficaz do processo. Ademais, mister se faz perceber que o princípio da audiência é expressão do *direito à concessão de justiça* (ou *pretensão à concessão de tutela jurídica*), ou seja, é o outro verso da moeda do *monopólio estatal da função jurisdicional*⁹⁵. Nesse sentido, se pode afirmar, então, que o princípio da audiência exige que os sujeitos processuais sejam co-participantes da elaboração da decisão judicial, enquanto que o monopólio estatal da jurisdição implica tanto na proteção de situações jurídicas substantivas quanto na *posição processual* daqueles que sejam afetados pela decisão⁹⁶.

Somente se respeitando o princípio do contraditório, será possível declarar o direito do *caso penal concreto* e se perceber, em toda a sua amplitude, o caráter *criador* do processo. O respeito ao contraditório, assim, tem como consequência, na medida em que este é reconhecido pelo Estado de Direito Social, a tutela da *livre realização da personalidade ética* de cada membro da sociedade. Destarte, a declaração do direito do caso penal concreto não é apenas tarefa do juiz (concepção carismática do processo), mas, principalmente, tarefa de todos que participam do processo⁹⁷ (*concepção democrática do processo*).

Releva notar que com o princípio do contraditório está em jogo a relação entre *Pessoa* e o “seu” *Direito*. Enfatize-se, uma vez mais, o contraditório é co-participação de todos os interessados na criação da decisão. Sendo assim, o princípio da audiência tem *dupla natureza*, pois é *direito subjetivo* da parte, isto é, *direito subjetivo público* contra o Estado, bem como *norma objetiva* que assegura as partes o seu exercício. Desta

⁹⁵ Em outras palavras, o princípio do contraditório é a moeda de compensação que o Poder Constituinte concedeu ao cidadão como uma contrapartida ao monopólio e o caráter substitutivo do Poder Jurisdicional, bem como é elemento de legitimação da decisão judicial, enquanto exigência de democratização (aquele que será afetado pela decisão deve ter a oportunidade de influir na sua elaboração) desta.

⁹⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. 1ª edição 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 154-157.

⁹⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. 1ª edição 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 158-159

forma, o titular do direito de audiência é todo aquele participante no processo relativamente ao qual deva o juiz tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete⁹⁸.

Veja-se, assim, que quanto à sua abrangência, o princípio do contraditório se dirige a *toda e qualquer decisão*, qualquer que seja a fase do processo, desde que aquele que o exerça possa ser afetado pela decisão judicial. Note-se, assim, que a *possibilidade de ser afetado pela decisão* é *requisito* indispensável para aplicabilidade do princípio. Mas não é apenas isto. Quando se diz que o contraditório exige que se garanta a devida *oportunidade processual* ao sujeito, se quer dizer com isso que tal oportunidade deve reunir as seguintes características, são elas: a) conhecimento tempestivo do lugar, tempo e objeto do debate; b) concreta possibilidade de se preparar para intervenção; e c) efetiva possibilidade de intervir. Por conseguinte, não interessa ao princípio o uso que o seu titular faça da oportunidade, inclusive o seu não-uso, isto já não integra o contraditório. Em síntese: a surpresa não convive com o contraditório⁹⁹!

Ao cabo dessas breves considerações sobre o princípio do contraditório, insta salientar que a presença física constante do sujeito na audiência de discussão e julgamento é um postulado fundamental do contraditório e da audiência, disto decorrendo tanto o *direito de presença* quanto o co-respectivo *dever de comparecimento*¹⁰⁰.

Ex posit, quando não se oportuniza ao réu ou ao seu defensor a possibilidade de se manifestar sobre a admissão do assistente de acusação, fere-se, por duas vezes, o contraditório, quer pela falta de oportunidade, quer pelas consequências nocivas que o réu é obrigado a suportar sem ter se manifestado. Afirmar que o ingresso do assistente de acusação no feito não atinge a esfera jurídica do réu, é, a um só tempo, subordinar a Constituição ao Código de Processo Penal, ocultar

⁹⁸ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 160-161

⁹⁹ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 161.

¹⁰⁰ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 2006, pp. 83-95.

a orientação seletiva da criminalização secundária¹⁰¹, encobrir a seleção vitimizante secundária¹⁰² e mascarar o poder do jurista¹⁰³.

Enfrentemos o último argumento por nós sustentado.

3.12 DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE (MONOPÓLIO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO; INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS)

Cumpra por em relevo, inicialmente, que o *princípio da oficialidade* tem por conteúdo a questão referente a quem compete a iniciativa (o impulso) de investigar a prática de uma infração e a decisão de submetê-la ou não a julgamento, bem como a de dar impulso aos demais atos durante curso do processo. Se, é certo que o Direito Penal é o direito de proteção de bens jurídicos fundamentais da comunidade e, se, é certo que o Processo Penal é, acima de tudo, um *assunto da comunidade jurídica*, forçoso é concluir que o princípio da oficialidade reputa ser a promoção processual das infrações uma tarefa estatal, por conseguinte, em *completa independência da vontade e da atuação de quaisquer particulares*.

Ademais, destaque-se que o princípio da oficialidade é uma *criação dos tempos modernos* e que, com ele, a instrução preparatória do processo penal é tarefa exclusiva de entidades oficiais não jurisdicionais. Releva notar, ainda, que tal princípio acentua o caráter público da ação penal e estabelece que o Estado é o titular *exclusivo* da acusação penal. Mais que isso, o princípio da oficialidade é um *corolário do princípio da separação dos poderes*, na medida em que a atribuição da iniciativa privativa da ação penal ao Ministério Público preserva o equilíbrio entre os Poderes da República¹⁰⁴.

Diante disso, ao epílogo da exposição destes argumentos, sustentamos, ainda, que a existência do assistente de acusação no cenário do processo penal contemporâneo democrático acaba por se constituir

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, pp. 44-45.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, pp.53-55.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, pp. 63-64.

¹⁰⁴ Sobre a natureza jurídica do Ministério Público, consulte-se AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *Ministério Público: por uma verdadeira autonomia funcional in* Revista Forense. Rio de Janeiro: v. 376, p. 35-43, 2004.

numa violação do princípio da oficialidade, tanto porque evidencia uma ofensa ao monopólio do poder punitivo do Estado, quanto porque caracteriza um sinal de desrespeito à indisponibilidade dos direitos. Pode-se dizer, assim, que, nesse sentido, o Código de Processo Penal de 1941 é esquizofrênico, vez que, a um só tempo, reivindica para si um caráter essencialmente público, seja na investigação dos fatos, seja na *persecutio in iudicio*, e apresenta nítidos vestígios de institutos vinculados umbilicalmente a interesses privados, nomeadamente, *in casu*, a existência do assistente de acusação. Aliás, nessa linha de pensamento, entendemos, também, que, em caráter de *lex legum*, deve o legislador infraconstitucional descriminalizar os delitos de ação penal privada, bem como as contravenções e preservar os delitos de ação penal pública, desde que associados a uma política de despenalização (utilização mais intensa de outras espécies de pena, que não a de privativa de liberdade) e redução significativa das penas privativas de liberdade.

Feitas tais explicações sobre os argumentos acima relacionados, analisaremos, agora, os aspectos político-criminais e criminológicos relativos à não-recepção do assistente de acusação.

4. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS ACERCA DO TEMA

Inicialmente, no que tange à Criminologia, convém assinalar que, na atualidade, não há um discurso hegemônico, já que não há poder social com capacidade para assumi-lo. O Poder Econômico Globalizado se impõe frente aos poderes políticos nacionais sem que exista um poder acima das nações capaz de barrá-lo. É inegável que os Estados, tomados em seu sentido tradicional, experimentaram uma drástica perda de atributos da *soberania*. O diminuto poder político dos países se vê impossibilitado de solucionar a demanda crescente de conflitos decorrentes das características excludentes do poder econômico globalizado. Na era da revolução tecnológica, o Estado é um mero *expectador*, que deixa viver e deixa morrer, não porque permite, mas porque é impotente diante do poder econômico globalizado. Nesse contexto, se assiste o aumento do poder autônomo das Polícias, as quais, ao contrário do discurso tradicional demagógico, monopolizam os mercados ilícitos (de drogas, armas etc.) e, diante de qualquer ensaio de controle, ameaçam os enfraquecidos poderes políticos nacionais

que, por sua vez, se encontram imersos na hipocrisia dos operadores políticos *extrassistema*. Uma vez coagidos, os políticos utilizam-se de medidas de comunicação comprobatórias de sua supostamente firme decisão de combater a demanda de conflitos, cedendo poder às agências policiais¹⁰⁵.

Vê-se, deste modo, há um processo de decadência do poder político. Convém lembrar que nenhum discurso sociológico é funcional, vez que desmascara a incoerência dos poderes políticos, impotentes para regular o poder econômico e controlar a crescente autonomização das corporações. Não é demais advertir que o poder político não possui força para atribuir hegemonia a algum discurso coerente; de outro lado, o poder econômico parece zombar do poder político, porque, pela primeira vez ao longo da história, pode exercer sua força sem qualquer mediação do poder político. Se há algo de certo, é que, na era da revolução tecnológica, o determinante é produzir discursos para a comunicação midiática, com efeito tranqüilizador (simbólico), pouco importando seus efeitos reais. Tal poder político degenerado precisa mais do que um discurso, porque ele mesmo e o próprio Estado têm, agora, como principal escopo promover um *espetáculo*. Essa dramaturgia política e criminológica se exacerbam em razão da crescente importância das *agências de comunicação social*. O poder político inferiorizado implora para elas, porque sem ter soluções reais, prefere comunicar falsas soluções, abdicando, assim, de seu próprio poder. Desta forma, como não há uma verdade, cria-se uma, ou seja, na seara da comunicação, cria-se uma realidade virtual, gradativamente distanciada dos fatos, apesar de possuir sérios efeitos reais. Não há como elaborar um discurso funcional para essa renúncia ao poder, vez que a própria razão de ser dos discursos é exercer uma função para o exercício do poder. Todo este cenário ilustra o momento atual da história cuja transição é imprevisível, vez que é instável em demasia¹⁰⁶.

Face à tormenta punitiva da revolução tecnológica, diante da qual é tarefa imprescindível do direito penal reafirmar seu caráter de saber redutor e limitador do poder punitivo para proteger o Estado de

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 286.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 287

Direito durante esse momento de risco, é de fundamental importância uma integração por interdisciplinariedade. Em outras palavras, confeccionar uma teoria jurídico-penal que tome por espeque uma teoria agnóstica ou negativa do poder punitivo, que seja sensível para se aproveitar dos elementos e dados produzidos pela sociologia e a criminologia, principalmente no que toca à operatividade real dos sistemas penais. Sem essa integração, o discurso jurídico-penal perde seu destino e sua razão de ser, vez que ninguém contera aquilo que ignora. Suas propostas não podem ignorar as informações proporcionadas pela criminologia no que toca à realidade social do exercício do poder punitivo, à sua violência e seletividade, seus efeitos deteriorantes e de incremento dos conflitos. Portanto, diante deste quadro, no sentir de ZAFFARONI e NILO BATISTA, dentre outros, “a criminologia é o conjunto de conhecimentos, de diversas áreas do saber, aplicados à análise e crítica do exercício do poder punitivo, para explicar sua operatividade social e individual e viabilizar uma redução em seus níveis de produção e reprodução de violência social”¹⁰⁷.

Feitas tais considerações introdutórias acerca da criminologia, é imperioso descobrir o *vên das reais intenções* do legislador, bem como chamar atenção do operador do direito processual penal para as consequências de ordem criminológica que a opção pela existência e manutenção do assistente de acusação pode implicar. Pontuemos, então, algumas delas: a) a maior estigmatização¹⁰⁸ do réu em razão da atuação do assistente de acusação; b) a criminalização secundária¹⁰⁹ que a admissão do assistente de acusação e o processo penal, como um todo, podem ocasionar; c) o caráter simbólico do ingresso do assistente de acusação no feito; d) o aspecto preventivo-retributivo do ato de admissão do assistente de acusação e do processo penal; e) os prejuízos experimentados pela pessoa equivocadamente acusada pelo assistente

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 288.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge & ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

¹⁰⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal - Introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999; ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*, Trad. E. Kosowski, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

de acusação, ou pelo réu que respondeu ao processo e, ao final, foi julgado inocente; f) a maior seletividade e vulnerabilidade a que fica exposto o réu diante da admissão do assistente de acusação. Estas são algumas das repercussões criminológicas que, a nosso ver, podem ser destacadas.

Não seria demais afirmar que, quando o Estado-Juiz admite o assistente de acusação, este está, inegavelmente, comprometendo a sua *imparcialidade*, pois se inclina em favor do pólo ativo da ação e reconhece que esse precisa de auxílio para que sua tese saia vencedora, vinculando-se a uma dos sujeitos do processo, tomando, assim, parte na causa. Se, é certo que o sistema adotado pelo CPP é o inquisitorial, também é certo que o juiz poderia produzir prova de ofício. Logo, nesse contexto, alguns poderiam perguntar: qual a necessidade do juiz admitir o assistente de acusação no feito, se ele mesmo pode produzir prova no processo? E a tal pergunta, julgamos que a melhor resposta seja a seguinte: a necessidade do juiz em admitir o assistente consiste nos seguintes fatos: a) tentar ampliar a quantidade e qualidade de argumentos contra o réu; b) tentar aumentar o leque de possibilidades de provas que deseje produzir de ofício a partir de declarações do assistente e do ofendido; c) além de satisfazer os organismos midiáticos manipuladores de opinião¹¹⁰, na medida em que sua decisão se coadune com o pretendido pelo assistente de acusação, que, por sua vez, está em harmonia com os *desejos ocultos*¹¹¹ de determinados setores da mídia.

De outro lado, quando o Ministério Público concorda com a admissão do assistente de acusação é possível retirar a partir de tal ato algumas ilações: a) o Ministério Público, realmente, precisa da ajuda do assistente de acusação, e, ao admitir isso, atesta-se, claramente, a incapacidade do Estado em promover a persecução criminal; b) o Ministério Público não necessita do auxílio do assistente, mas concorda com a sua admissão no feito, seja em razão da pressão exercida pelos organismos midiáticos, seja como forma de dar uma satisfação à vítima, com o que põe em destaque o caráter autoritário e retribucionista da

¹¹⁰ PASUKANIS, Eugeni B. *Teoría general del derecho y marxismo*, trad. Virgílio Zapatero, Barcelona: Labor, 1976.

¹¹¹ GARCIA PABLOS, Antônio & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2003.

pena e do processo penal, seja como forma de se autoprotger de uma eventual derrota, caso sua tese saia vencida, já que neste caso terá a sua eventual incapacidade técnica minorada em razão da presença do assistente de acusação.

Dito isso, passemos as nossas conclusões.

5. DA CONCLUSÃO

Em síntese, entendemos que a Constituição Republicana de 1988 desassistiu o assistente de acusação, ou seja, não recepcionou tal figura processual. Esta não recepção, a nosso ver, se deve em razão dos seguintes argumentos: a) ofensa ao princípio do sistema acusatório (CRFB, artigo 129, I); b) quebra do princípio da isonomia processual; c) vestígio evidente do fenômeno da privatização do processo penal; d) resquício de vingança privada (*vindita*), ou seja, da privatização do processo penal; e) atendimento dos fins econômicos e financeiros da vítima (*an debeatur*); f) admissibilidade contraditória de que o Ministério Público, órgão do Estado, necessita de auxílio; g) marca de um Estado de Direito Liberal (Direito Liberal-Individualista), em contraposição ao Estado de Bem Estar Social instituído pela Constituição da República; h) reforço à tese do Direito Penal do Autor (Culpabilidade do Autor); i) desconsideração de que a vítima, por vezes, contribui para ocorrência do delito (note-se que o comportamento da vítima é uma das circunstâncias judiciais que devem ser ponderadas quando da fixação da pena base – artigo 59 do CP); j) supervalorização do fim retributivo da pena, conduzindo o processo penal a um perigoso e excessivo fim de retribuição da pena; l) a previsão da ação penal privada subsidiária da pública no rol das garantias individuais de natureza fundamental é a demonstração evidente da autorização que Constituinte Originário pretendeu conferir a vítima no processo penal moderno, limitando a atuação desta no processo penal (forma de fiscalização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública); m) só se justifica a existência do assistente de acusação num processo penal crente no princípio da verdade real; n) ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que a decisão que admite, ou não, o ingresso do Assistente de Acusação no processo, não tem como pressuposto o oferecimento de oportunidade ao réu para poder se manifestar sobre a mesma, apesar

de sofrer as consequências decorrentes dessa; e o) violação do princípio da oficialidade (monopólio do poder punitivo do Estado; indisponibilidade dos direitos).

Certo de que o tempo é o elemento da transformação, semeio a presente ideia no fértil húmus do pensamento jurídico, sem a pretensão de convencer, mas com o desejo de incomodar...!

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA RELACIONADOS AO INCISO I DO ARTIGO 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Dayse Coelho de Almeida, Doutoranda em Direito pela Universidad de Buenos Aires (UBA - Argentina), mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, especialista em Direito Público pela PUC/MG, especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UCAM/RJ, advogada, docente Adjunta I do curso de Direito da Faculdade de Sergipe – FaSe.

RESUMO: Este artigo analisa os aspectos centrais da reforma trabalhista oriunda da Emenda Constitucional nº 45, visando demonstrar a necessidade de uma interpretação condizente com os princípios da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, ambos albergados na Constituição Federal. Visa ainda, realçar o papel democrático e social da Justiça do Trabalho, demonstrando que só através de efetiva proteção ao trabalho, única forma bem-sucedida de distribuição de renda no sistema capitalista, será possível concretizar a sociedade justa e igualitária prometida no texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Competência trabalhista; princípio do valor social do trabalho; princípio da dignidade da pessoa humana; democracia; proteção ao trabalho.

ABSTRACT: This essay analyses the central aspects of the labor law reform generated from the Constitutional Amendment nº45, seeking to demonstrate the necessity of an interpretation that corresponds to the principles of human dignity and the social work value, both sheltered by the Federal Constitution. It aims still to enhance the democratic and social role of Labor Law, demonstrating that through the effective protection of work, the only well succeeded way of wealth distribution

in the capitalist system, will be possible to make true an equal and fair society as promised by the constitutional text.

KEYWORDS: Labor competence; principle of the social work value; principle of human dignity; democracy; protection of work.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O conflito entre capital e trabalho nunca esteve tão em voga. Ao passo que o capital avança na sua meta de produzir cada vez mais, reduzindo a utilização de mão-de-obra, o esfacelamento do Direito do Trabalho emerge como um milagroso corolário da globalização com matizes neoliberais. Nesta sociedade extremamente complexa, os valores estão perdidos num emaranhado de leis. Estas, quase sempre, feitas sob encomenda, com interesses muitas vezes desconhecidos e sobre um ideário nem sempre condizente com a verdadeira vontade popular. Desta realidade as normas trabalhistas também fazem parte, e existe uma grande articulação para precarizar as condições de trabalho do brasileiro. Por isto, diagnósticos como o de Viviane Forrester são de primordial importância para revelar a desestruturação do valor do trabalho na sociedade contemporânea:

Não é ele que, em princípio, rege toda distribuição e, portanto, toda sobrevivência? Os emaranhados de intercâmbios que daí decorrem parecem-nos tão indiscutivelmente vitais quanto a circulação do sangue. Ora, esse trabalho, tido como nosso motor natural, como a regra do jogo que serve à nossa passagem para esses lugares estranhos, de onde cada um de nós tem vocação a desaparecer, não passa hoje de uma entidade desprovida de substância.¹

Eric Hobsbawm aduz que o neoliberalismo:

¹ FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: Unesp, 1997, p. 07.

baseia-se no pressuposto de que a liberalização do mercado otimiza o crescimento e a riqueza do mundo e leva à melhor distribuição deste incremento. Toda tentativa de controlar e regulamentar o mercado deve, portanto, apresentar resultados negativos, pois restringe a acumulação de lucros sobre o capital, e, portanto impede a maximização da taxa de crescimento.²

Com base nesta assertiva supracitada, observamos que a globalização é fenômeno que torna possível a materialização do neoliberalismo e seus resultados excludentes. A globalização econômica é um dos aspectos marcantes desta sociedade contemporânea complexa, marcada pela volatilidade de informações e pela instabilidade dos países na economia global. Os teóricos têm muita dificuldade em conceituar a globalização, Otávio Augusto Reis de Souza nos fornece uma visão do que venha a ser o fenômeno chamado globalização e o porquê da dificuldade conceitual:

A globalização tão referida é muito antes descrita do que conceituada. A dificuldade reside, talvez, na proximidade dos cientistas sociais com o fenômeno, o que transforma em tarefa penosa sua clara percepção e mais difícil ainda a elaboração de um conceito. Ainda, assim, é vista mais das vezes como um processo que, passando pela fase inicial de formação de blocos regionais (MERCOSUL) dirige-se à inserção da humanidade em uma sociedade única mundial, diluindo as ideias de soberania e fronteira geográfica. Eis por que denominada também mundialização³.

No Brasil a informalidade coloca milhares à margem do Direito do Trabalho, laborando sem nenhuma garantia ou proteção jurídica,

² HOBBSAWM, Eric. *O novo século*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 78.

³ SOUZA, Otávio Augusto Reis de. *Nova teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 41.

submetendo-se a condições de semi-escravidão, quando não de escravidão propriamente dita. Calcula-se que 60% (sessenta por cento) da população economicamente ativa encontra-se no trabalho informal⁴. É sabido que as normas trabalhistas alcançam um número ínfimo de trabalhadores, o que força a conclusão de que não é, na verdade, o Direito do Trabalho o responsável pela estagnação econômica. Desta sorte, devemos rechaçar a visão simplista e descomprometida de que o Direito do Trabalho é o responsável pela estagnação econômica.

Lia Tiriba fez excelente pesquisa abordando a economia informal. Explicita que, dentro deste universo, a maioria das pessoas já realizou, algum dia, um trabalho assalariado. Esclarece que, mesmo assim, ficavam à margem dos direitos laborais, uma vez que realizavam as atividades sem nenhum registro formal. Assim, os estimados 40% (quarenta por cento) dos trabalhadores formais pode ser um número falso, eis que a diferença entre formalidade e informalidade é fronteiriça, carteira assinada não significa, em todos os casos, respeito às normas trabalhistas.⁵

A valorização dos resultados econômicos sobre os humanísticos pode levar a sociedade ao caos, fomentando o aumento indiscriminado do rol dos excluídos, juntamente com a violência urbana, podendo levar até à ruptura social. Neste sentido encontra-se Rodrigo Deon que alerta para a necessidade de reconhecimento e efetivação do princípio da valorização do trabalho:

Entretanto, a globalização da economia, por meio de seus instrumentos, como a revolução tecnológica, inferiorizou o homem à condição de mero instrumento de trabalho, substituindo-o pela máquina e priorizando o capital sobre o valor da dignidade humana. É claro que se deve buscar o progresso econômico do país, no entanto o desenvolvimento político, o econômico e o social

⁴ TIRIBA, Lia. *Educação e mundos do trabalho*: retratos da economia popular em Angra dos Reis. Universidade Federal Fluminense - UFF, 2003 (CNPq/Faperj), p. 36-42.

⁵ TIRIBA, Lia. *Educação e mundos do trabalho*: retratos da economia popular em Angra dos Reis. Universidade Federal Fluminense - UFF, 2003 (CNPq/Faperj), p. 36-42.

devem estar harmonizados com o ordenamento jurídico, para que os direitos fundamentais não sejam ignorados na relação de trabalho.⁶

Luiz Otávio Linhares Renault acentua bem o perigo de entender o trabalho como bem material:

Note-se, acima de tudo, que ainda é necessária a erradicação por completo da mentalidade de que o trabalho, qualquer que seja o sistema de produção, é um simples bem material, que só interessa ao indivíduo e não a toda a sociedade; é indispensável o convencimento por parte de alguns setores produtivos de que a organização do trabalho alheio “deslizou” definitiva e irremediavelmente, há mais de um século, do plano puramente contratual para uma necessária e indispensável dimensão de tutela, pouco importando se o sistema da produção é rígido ou flexível, fordista ou toyotista.⁷

O conteúdo axiológico do trabalho não tem sido devidamente observado, uma vez que até a economia o considera como apenas um elemento do sistema econômico de um país, reduzindo-o a um aspecto desumanizado da sociedade. É um lamentável equívoco porque retira do labor seu mais importante significado: a dignidade que confere ao ser humano. Kátia Magalhães Arruda enfatiza a respeito, descortinando alguns dos efeitos do processo de globalização em nossa sociedade:

A globalização intensifica a abertura de mercados e a migração de empresas para países e localidades

⁶ DEON, Rodrigo. *Os impactos sociais diante do ressurgimento das ideias liberais, e a dignidade da pessoa humana, como limite à flexibilização do direito do trabalho*. DireitoNet, São Paulo, 04 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/14/52/1452/>>. Acesso em: 06 abr. 2005.

⁷ RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Que é isto – o direito do trabalho*. In: PIMENTA, José Roberto Freire Pimenta & outros (coord.). *Direito do trabalho: evolução, crise e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p. 75.

que sejam mais lucrativas, ou seja, onde existe a mão-de-obra mais barata e a menor fiscalização e respeito aos direitos internacionalmente conhecidos como fundamentais para a classe trabalhadora. Além disso, o neoliberalismo privilegia a lógica exclusiva do mercado em detrimento do homem, desviando o avanço tecnológico para o fator lucro, em vez de ter como destinatário a valorização da vida humana.⁸

A globalização não pode ser entendida como a salvação econômica do nosso país, porque o fator que pode ser capaz de auferir o desenvolvimento é a qualidade de vida de um povo. Este entendimento é abalizado por Amauri Mascaro Nascimento quando afirma que “*os reflexos da globalização não caracterizam o desenvolvimento do país, visto que, para isso, seria necessária a melhoria de qualidade de vida dos homens*”⁹. Esta premissa de forma nenhuma pode ser ignorada, sob pena de subvertermos o conceito da finalidade do Estado que consiste na promoção do bem comum.

Fica claro que o abandono dos princípios constitucionais referentes à dignidade do trabalhador constitui-se numa tentativa ignóbil de dismantelo da Justiça do Trabalho, uma vez que a atenuação daqueles leva indiscutivelmente ao esfacelamento do aparato jurisdicional trabalhista.

A especialidade do ramo justralhista reside nas suas peculiaridades, nos seus princípios próprios e marcantes. A garantia mínima de dignidade a que se remetem todos os princípios trabalhistas é que garante a dignidade do trabalho humano. Desfocando a especialidade, os princípios serão atingidos diretamente. A doutrina trabalhista começa a perceber a tentativa de manipulação da finalidade do Direito do Trabalho. Magda Biavashi e Ricardo Carvalho Fraga alertam para a

⁸ ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998, p. 84.

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 44.

nova “teoria” sobre a finalidade do Direito do Trabalho que vem surgindo, maléfica para a sociedade como um todo, vez que despreza o conteúdo ético e valorativo do trabalho humano, reduzindo-o a uma pseudo-ciência:

Nesta nova visão, a finalidade do Direito do Trabalho passaria a ser a da busca de maior produtividade, com o que se transformaria numa pseudociência auxiliar- dependente dos conhecimentos da área de Administração Empresarial. Abandonar-se-ia a preocupação central com a proteção do homem trabalhador. Nesta visão, ainda não explicitada por inteiro, porque pouco atraente, o princípio da tutela seria menos relevante, ou até mesmo um obstáculo.¹⁰

Xisto Tiago de Medeiros Neto adverte que “*estão se confirmando as previsões de que apenas 20% da força de trabalho humano disponível serão suficientes para atender às necessidades da produção do mercado consumidor mundial*”¹¹. Se houver confirmação desta perspectiva, verdadeira calamidade social irá instalar-se.

Nesta miscelânea de acontecimentos, a precarização do trabalho se faz presente sob vários aspectos. Podemos destacar os seguintes: as formas mutantes e aberrantes das cooperativas e da terceirização, significando a verdadeira absorção ilegítima do trabalho, tudo sob uma suposta manta de legalidade. A miséria da população compele o trabalhador ao aceite de quaisquer condições de trabalho, favorecendo e alimentando o ciclo vicioso do desrespeito às normas trabalhistas.

O único caminho que pode despontar para a satisfação de uma sociedade justa e igualitária é garantir, por força e proteção de lei, a

¹⁰ BIAVASHI, Magda & FRAGA, Ricardo. *Relações de trabalho em tempo de cólera*. In: VARGAS, Luiz Alberto de (Coord) *Democracia e direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995, p. 49.

¹¹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *O direito do trabalho digno*. Site do Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub07.html>> Acesso em 26 de março de 2005.

dignidade do trabalho. E não só isto, propiciar formas de que estas normas sejam efetivamente cumpridas.

Este capítulo destina-se, prioritariamente, a propor uma revitalização do trabalho no tocante ao seu cunho ético-social. Ressaltamos que o princípio da valorização do trabalho humano, gravado textualmente no art. 170 da Carta Magna de 1988, deve se constituir em verdadeira garantia. Caso contrário, existe o risco real de que a proteção estatal e a dignidade do trabalhador desapareçam por completo.

Magda Biavashi alerta-nos para que o “*mito de que inexistem alternativas outras para a inserção num mundo globalizado que não as subsumidas no ideário neoliberal*”¹² seja combatido. De forma que a falácia neoliberal não prospere e coloque-nos numa posição de exploração do trabalho análoga à que vivemos no período da escravatura.

José Martins Catharino completa com propriedade que existem outras formas de participar do mundo globalizado, preservando o ser humano como epicentro e objeto principal da proteção jurídica e não como a teoria neoliberal apregoa.¹³

A intervenção estatal é o único óbice à exploração desumana do trabalhador e a ciência jurídica, enquanto ciência social aplicada, tem um papel preponderante, pois reflete, também, a política adotada com relação ao trabalho. Luiz Fernando Coelho defende este papel social do direito como um todo, de modo que seja necessário um “*direito efetivamente engajado na construção de um mundo mais humano*”¹⁴.

Elimar Pinheiro do Nascimento reforça a ideia de que é preciso uma posição firme do Estado, marcando uma postura ativa e decisões políticas no sentido de proteger o trabalho enquanto valor preponderante de uma sociedade democrática:

Enquanto a modernidade ganha novas qualificações e novas dimensões, com a crescente

¹² BIAVASHI, Magda. *As reformas do estado em tramitação: breves considerações*. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (orgs.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: Edibej, 1998, p. 210.

¹³ CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e sequela*. São Paulo: LTr, 1997, p. 19-20.

¹⁴ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 340.

mundialização da economia, agudizando tendências que se encontravam em seu interior, desde os seus primórdios, a exclusão constitui uma ameaça real e direta à modernidade, destruindo um de seus espaços essenciais, o da igualdade. Na superação das tendências de exclusão reside, portanto, a possibilidade de redefinição de modernidade, o que demanda, paradoxalmente, uma maior efetivação do Estado-nação. Sem ética nacional e sem Estado de Direito, intervindo nos processos econômicos, a modernidade tende a desaparecer. E aí é que se revela a influência indireta do processo de mundialização sobre o esgotamento da modernidade, pois ele retira poderes do Estado, esgarça-o simultaneamente para fora (internacionalização da produção) e para baixo (controle do crescimento da desigualdade).¹⁵

II. O TRABALHADOR COMO CIDADÃO INSERIDO NUMA SOCIEDADE JUSTA E IGUALITÁRIA: PRINCÍPIO DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal é um marco instrumental de mudança de paradigma social porque adota valores que norteiam toda a interpretação das leis e imprime ao aplicador do direito uma nova tônica. Esta tônica é voltada para a satisfação dos interesses garantidos nos preceitos constitucionais, conferindo-lhes o valor axiológico e pragmático concretos, de modo a favorecer que os direitos se efetivem.

O preâmbulo da Constituição de 1988 tem sido entendido, pela maioria da doutrina, como parte integrante do conteúdo normativo da Constituição. Segundo Clèmerson Merlin Clève¹⁶ é possível

¹⁵ NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. *Globalização e exclusão social: fenômenos de uma nova crise da modernidade?* In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: Edibej, 1998, p. 241.

¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

identificar claramente no preâmbulo que o legislador originário quis favorecer a preponderância da dignidade do ser humano, elencando-a como um valor social. E não só a Constituição assim o fez, os tratados e convenções também tratam da dignidade da pessoa humana, na sua acepção mais ampla que contém a dignidade do trabalhador.

No art. 1º da Constituição de 1988 (CF/88) encontramos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos de construção da sociedade brasileira, concebida inserta no Estado Democrático de Direito. O trabalho é compreendido como instrumento de realização e efetivação da justiça social, porque age distribuindo renda¹⁷.

Ao abraçar a dignidade da pessoa humana, a Constituição abarca duas definições: a de direito individual visando à proteção e a de dever de tratamento igualitário. Portanto, o dever de respeitar a dignidade do outro é um direito fundamental. Até mesmo a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU), datada de 1948, em seu art. 1º trata do princípio da dignidade: *“todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”*.

A dignidade da pessoa humana em sua dimensão sócio-política, conforme Izabel Christina Baptista Queiroz Ramos, *“é aquilo que iguala todos os homens, pois apesar das diferenças existentes em cada um, todos possuem a mesma dignidade que deve ser protegida e respeitada, como um mínimo invulnerável”*¹⁸.

O jurista Ingo Wolfgang Sarlet ocupou-se de conceituar a dignidade da pessoa humana no campo jurídico de forma bastante elucidativa e acolhida neste capítulo, vejamos:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da

¹⁷ PITAS, José Severino da Silva. *Questões práticas relevantes*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Campo Grande, nº 5, 1998, p. 152-153.

¹⁸ RAMOS, Izabel Christina Baptista Queiroz. Igualdade e dignidade da pessoa humana e seu enfoque constitucional e doutrinário. Revista do Ministério Público do Trabalho da 21ª Região. Disponível em: < http://www.prt21.gov.br/revista4/texto_05.html>. Acesso em 28 de março de 2005.

comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁹

Podemos observar que os princípios do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana foram colocados lado a lado no texto constitucional, o que revela que caminham de mãos dadas para a concretização do Estado Democrático de Direito. Ingo Wolfgang Sarlet ao analisar o conteúdo do art. 1º, aduz o seguinte:

Igualmente sem precedentes em nossa evolução constitucional foi o reconhecimento, no âmbito do direito positivo, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), que não foi objeto de previsão no direito anterior. Mesmo fora do âmbito dos princípios fundamentais, o valor da dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão por parte do Constituinte, [...] quando estabeleceu que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*). [...] Assim, ao menos neste final de século, o princípio da dignidade da pessoa humana mereceu a devida atenção na esfera do nosso direito constitucional.²⁰

É bastante emblemática a preocupação com que o legislador constitucional construiu as bases do Estado Democrático de Direito,

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2002, p. 62.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 101.

alçando seus pilares em valores humanísticos e, secundariamente em valores econômicos. Embora não seja intento deste capítulo negar a importância do desenvolvimento econômico e da inserção do país no mercado globalizado, estas se localizam em segundo plano diante do ser humano. No mesmo sentido Marcelo Silva Moreira:

Do princípio da igualdade deriva a imposição, sobretudo dirigida ao legislador, no sentido de criar condições que assegurem uma igual dignidade social em todos os aspectos. Outrossim, do conjunto de princípios referentes à organização econômica deduz-se que a transformação das estruturas econômicas visa, também, a uma igualdade social.²¹

O conceito de trabalho na expressão “valorização do trabalho” deve ser compreendido como trabalho juridicamente protegido, ou seja, emprego. Porque é o emprego o veículo de inserção do trabalhador no sistema capitalista globalizado, e só deste modo é possível garantir-lhe um patamar concreto de afirmação individual, familiar, social, ética e econômica.²²

A correta leitura constitucional do princípio da valorização do trabalho está ligada intrinsecamente com o emprego, porque é a única forma de coerência com os demais imperativos principiológicos constitucionais, como o princípio da justiça social e da busca do pleno emprego (conforme o art. 170, VIII da CF/88).

A finalidade maior de nossa Constituição é garantir o bem comum. Dessa forma, a dignidade dos cidadãos brasileiros é o norte para qualquer interpretação, inclusive das emendas ao texto constitucional. Maurício Antônio Ribeiro Lopes suscita o caráter intangível da dignidade da pessoa humana de qualquer discussão constitucional, afirmando

²¹ MOREIRA, Marcelo Silva. *O direito social ao trabalho e a nova ordem constitucional brasileira*. Jus Navigandi, Teresina, a. 2, nº 26, set. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1140>>. Acesso em: 29 de março de 2005.

²² DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios do direito individual e coletivo do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 36.

como “*ponto de partida e de chegada de todo o ordenamento jurídico num Estado de Direito*”²³.

“É o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”²⁴. Com estes dizeres, Ingo Wolfgang Sarlet torna cristalino que o ser humano é razão de ser do Estado e para ele deve se voltar todas as garantias e proteções. No mesmo sentido, Maximiliano Nagl Garcez, assessor do Partido dos Trabalhadores, expressa que:

Não se pode tratar o trabalhador como uma peça sujeita a preço de mercado, descartável quando não se presta mais à sua finalidade. A luta pelo respeito à integridade do trabalhador visa também lembrar à sociedade os princípios fundamentais de solidariedade e valorização humana, que ela própria fez constar do documento jurídico/político que é a Constituição.²⁵

Quaisquer normas que surjam relacionadas à temática trabalhista devem ater-se a uma interpretação coesa com os princípios constitucionais da valorização do trabalho e do cidadão trabalhador no tocante à sua dignidade. Isto significa utilizar a técnica de interpretação conforme a Constituição. Para Paulo Ricardo Schier esta “*técnica de interpretação consiste em verdadeiro instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito, recurso que não pode ser dispensado no exercício da prestação jurisdicional*”²⁶.

²³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. Projeções contemporâneas. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1, 1994, p. 102. Nesse sentido também NORONHA, João Walge da Silveira. *A valorização do trabalho como condição de dignidade humana*. Direito e Justiça, Porto Alegre, v. 21, 2000, p. 165.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 68.

²⁵ GARCEZ, Maximiliano Nagl. *Trabalho, dignidade e cidadania: a necessidade da adoção de novos paradigmas em contraposição à flexibilização dos direitos trabalhistas adotada por FHC*. Site do Partido dos Trabalhadores. Disponível em: < www.pt.org.br/assessor/TrabalhoDignidade.doc >. Acesso em 27 de março de 2005.

²⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. *A interpretação conforme a constituição*. Boletim Informativo Bonijuris, Curitiba, n. 20, jan. 1999.

Ainda que assim não fosse entendido, não seria possível simplesmente desprezar os princípios do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, mesmo em caso de confronto com outros princípios constitucionais, conforme explica Alexandre de Moraes:

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua.²⁷

Não se trata aqui de orientação hermenêutica, mas de imperativo constitucional intangível. A interpretação idônea e coerente com a Constituição, deste modo, é sempre a que satisfizer o conteúdo jurídico destes princípios. O Estado Democrático de Direito tem como fulcro basilar a realização de sua Constituição, como bem observou Francisco Pedro Jucá “*fazendo com que os objetivos políticos decididos pela Constituição sejam atingidos através da prática da aplicação do ordenamento jurídico por parte da própria sociedade*”²⁸.

III. O NOVO INCISO I DO ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS PRINCÍPIOS DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. Editora Atlas, São Paulo, 2002, p. 169-170.

²⁸ JUCÁ, Francisco Pedro. *A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais*. São Paulo: LTr, 1997, p. 111

Muito embora a reforma tenha sido recebida em clima de festejo, o momento posterior deve ser de profunda reflexão sobre os rumos que o Direito Laboral irá assumir como meta para efetivação de direitos. O reconhecimento de que o Direito do Trabalho tem um importante papel civilizatório implica em agregar um compromisso social. O patamar de civilização alcançado deve ser mantido e ampliado, não numa atitude ou visão paternalista do direito, mas de ação garantidora da dignidade do trabalhador e a sua valorização como parte de uma sociedade justa e igualitária.

Maurício Godinho Delgado, ao comentar o inciso I do art. 114 da CF/88 inserido pela Reforma do Judiciário, trata da questão apontando que:

ao retirar o foco competencial da Justiça do Trabalho da *relação entre trabalhadores e empregadores* (embora esta, obviamente, ali continue incrustrada) para a noção genérica e imprecisa de *relação de trabalho*, incorpora, quase que explicitamente, o estratagema oficial dos anos 90, do fim do emprego e do envelhecimento do Direito do Trabalho. A emenda soa como se o trabalho e o emprego tivessem realmente em extinção, tudo como senha para a derruição do mais sofisticado sistema de garantias e proteções para o indivíduo que labora na dinâmica socioeconômica capitalista, que é o Direito do Trabalho.²⁹

Este comentário é oportuno para não analisarmos com tanta ingenuidade os efeitos futuros da nova redação do art. 114 da Constituição proposta pela Emenda 45. Sabemos que esta modificação de competência não partiu do povo, mas da estrutura de poder, que se funda, no grande capital financiador das milionárias campanhas eleitorais.

O Direito do Trabalho é um núcleo de resistência ao dito “capitalismo selvagem”, onde o lucro justifica tudo, inclusive a exploração sem limites da força de trabalho. Neste aspecto, o Direito

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *As duas faces da nova competência da justiça do trabalho*. Revista LTr, vol. 69, nº 1, Jan. 2005, p. 42.

do Trabalho torna-se um alvo porque, mitigada a sua aplicação, todo o sistema organizado fica enfraquecido.

Muitos anunciam que não há motivos para tanta comemoração, a exemplo de João José Sady que alerta para o fato de que vir a integrar a Justiça Trabalhista não significa auferir o direito material da mesma, ou seja, não existe este benefício todo para o jurisdicionado, vejamos:

Neste primeiro momento de impacto da vigência da EC 45, há um cortejo de aplauso entre tantos intérpretes e uma interpretação corrente no sentido da ampliação da competência na direção do trabalho como prestação autônoma de serviços. Esperemos que a luz se faça e venha a deter-se este cortejo que se anuncia em ritmo de festa, mas que bem poderia desfilas ao toque de marcha fúnebre anunciando que a Emenda em questão, com esta interpretação, pode ser um passo importante na direção do desmonte do Direito do Trabalho. Os bem intencionados defensores desta ampliação, a nosso ver, laboram em equívoco, na medida em que vislumbram a essência da ação tutelar da norma jurídica como sendo um fato do instrumento do Estado que é a Justiça do Trabalho. Esta, contudo, é somente a “longa manus” desta proteção e não, a proteção propriamente dita. Atribuir-lhe a missão de aplicar *direito comum* aos prestadores autônomos de serviços não vai incrementar em nada a proteção da ordem jurídica sobre este contingente de atores.³⁰ (grifo nosso)

Está cristalino que a Reforma do Judiciário, no tocante à Justiça Trabalhista, não pode ter vindo para fortalecer uma estrutura judicial que sempre foi asseguradora dos direitos dos trabalhadores. Haja vista

³⁰ SADY, João José. *Pela culatra*: ampliar competência da Justiça do Trabalho é arriscado. Revista Consultor Jurídico, 9 de Abril de 2005. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>>. Acesso em 18 de abril de 2005.

que a força do capital deseja o dismantelo e aviltamento da Justiça do Trabalho.

O princípio da valorização do trabalho, na sua acepção de dignidade do trabalhador, certamente sofrerá mitigação, caso a interpretação mais ampliativa seja a adotada. O epicentro do Direito do Trabalho será, aos poucos, modificado e sofrerá um processo de mutação natural que significará a flexibilização dos princípios juslaborais por via reflexa.

A imprecisão na redação do inciso, ora objeto de comentário, compromete até mesmo sua interpretação, uma vez que se for entendida de forma extensiva em demasia irá abarcar quase todos os conflitos humanos. A Justiça do Trabalho foi concebida para acatar uma espécie definida de conflitos, razão pela qual é especializada. Como bem salientou Jorge Luiz Souto Maior “há uma impropriedade de ordem lógica na proposição ao se atribuir a uma justiça especializada uma competência baseada em termos genéricos”.³¹

O inciso I do art. 114 oriundo da Emenda Constitucional nº 45 se for entendido de forma ampliativa está em posição diametralmente oposta ao princípio da valorização do trabalho e constitui forma maquiada de mitigação. E mais, significa uma verdadeira inversão de valores e deturpação da Justiça Laboral. Como bem salienta Maurício Godinho Delgado, os princípios justralhistas da dignidade e da valorização do trabalho sofrem lesão se ocorre “uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social”³² [...] “Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego”³³.

Por isto, torna-se indispensável conhecer o Direito do Trabalho profundamente e compreender de forma inequívoca suas funções para que possamos assimilar o inciso I do art. 114 da CF/88 de forma

³¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Justiça do trabalho: a justiça do trabalhador?* In COUTINHO, Grijalbo Fernandes & FAVA, Marcos Neves (coord.). *Nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 180.

³² DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios do direito individual e coletivo do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 43.

³³ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios do direito individual e coletivo do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 43-44.

positiva e constitucionalmente correta, evitando distorções e o dismantelo da estrutura trabalhista. Dorothee Susanne Rüdiger alerta para como deve ser compreendido o Direito do Trabalho na contemporaneidade, fixando seu papel de corrigir as distorções causadas pela lógica perversa do mercado:

Apesar da dialética de sua formação, o direito do trabalho moderno deve ser visto no contexto da sociedade moderna organizada em torno do mercado. Nesta ótica, o direito do trabalho deve ser compreendido como uma das “medidas corretivas do mercado”. Essa correção se dá em dois níveis. De um lado, pela redução do desequilíbrio entre as partes e pelo restabelecimento da autonomia da vontade e da igualdade entre as partes. [...] De outro lado o direito do trabalho propicia aos grupos representativos dos interesses dos trabalhadores um verdadeiro contrapoder.³⁴

Jorge Luiz Souto Maior adverte que se forem aceitos os argumentos neoliberais tendenciosos que pregam a extinção da Justiça do Trabalho, nem será necessário que o fim da mesma seja proclamado formalmente, uma vez que sua essência já terá sido extirpada³⁵. Se a essência de algo lhe é retirada, perde sentido lógico a própria existência da coisa, porque é a essência que anima, dá vida e sentido. Neste diapasão, uma postura cautelosa com relação ao texto constitucional modificado pela Emenda 45 é vital para garantir a sobrevivência do Direito do Trabalho.

³⁴ RÜDIGER, Dorothee Susanne. *Teoria da flexibilização do direito do trabalho: uma tentativa de contextualização histórica*. Revista Eletrônica Prim@ Facie, João Pessoa, ano 3, n. 4, jan. a jul. de 2004. Programa de pós-graduação *strictu sensu* da Universidade Federal da Paraíba. Disponível em: < <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/revista/artigos> > Acesso em: 29 de março de 2005

³⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Justiça do trabalho: a justiça do trabalhador?* In COUTINHO, Grijalbo Fernandes & FAVA, Marcos Neves (coord.). *Nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 190.

Instaura-se um novo paradigma, onde se favorece o oferecimento de trabalho a qualquer custo³⁶. O que nos remete a uma possível realidade futura assombrosa, no qual todos os valores e princípios juslaborais constitucionais serão simplesmente aniquilados e o Direito do Trabalho fatalmente encontrará seu fim.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente artigo foi escrito com o escopo de, essencialmente, chamar a atenção para os avanços na estratégia de dismantelo do Direito do Trabalho, atacando-o em sua essência e promovendo um processo de flexibilização paulatino e constante. Processo este que avança a passos largos e ameaça a democracia brasileira.

A ameaça à democracia se dá no instante em que a cidadania do trabalhador e o valor do trabalho, entendido como valor social do emprego constitucionalmente protegido, é aviltado e desrespeitado diuturnamente. Um Estado só é democrático na medida em que assegura aos seus cidadãos um arcabouço protetivo eficaz.

Ainda que possa parecer utópico desejar uma sociedade justa e igualitária, onde os ditames constitucionais sejam plenamente respeitados, é imprescindível acreditar na real possibilidade de uma democracia paupável, concreta. Porque “*Se as coisas são inatingíveis... ora! Não é motivo para não querê-las... Que triste os caminhos, se não fora a presença distante das estrelas!*”³⁷

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998.
- BLAVASHI, Magda. *As reformas do estado em tramitação: breves considerações*. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (orgs.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: Edibej, 1998.

³⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 261.

³⁷ QUINTANA, Mário. *Espelho mágico*. Porto Alegre: Globo, 1948, p. 15.

- _____. & FRAGA, Ricardo. *Relações de trabalho em tempo de cólera*. In: VARGAS, Luiz Alberto de (Coord). *Democracia e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e sequela*. São Paulo: LTr, 1997.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DELGADO, Maurício Godinho. *As duas faces da nova competência da Justiça do trabalho*. Revista LTr, vol. 69, nº 1, Jan. 2005, p. 40-45.
- _____. *Princípios do direito individual e coletivo do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004.
- DEON, Rodrigo. *Os impactos sociais diante do ressurgimento das ideias liberais, e a dignidade da pessoa humana, como limite à flexibilização do direito do trabalho*. DireitoNet, São Paulo, 04 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/14/52/1452/>>. Acesso em: 06 abr. 2005.
- FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: Unesp, 1997.
- GARCEZ, Maximiliano Nagl. *Trabalho, dignidade e cidadania: a necessidade da adoção de novos paradigmas em contraposição à flexibilização dos direitos trabalhistas adotada por FHC*. Site do Partido dos Trabalhadores. Disponível em: <www.pt.org.br/assessor/TrabalhoDignidade.doc>. Acesso em 27 de março de 2005.
- HOBSBAWM, Eric. *O novo século*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- JUCÁ, Francisco Pedro. *A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais*. São Paulo: LTr, 1997.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. Projeções contemporâneas. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1, 1994.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *O direito do trabalho digno*. Site do Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub07.html>> Acesso em 26 de março de 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. Editora Atlas, São Paulo: 2002.

- MOREIRA, Marcelo Silva. *O direito social ao trabalho e a nova ordem constitucional brasileira*. Jus Navigandi, Teresina, a. 2, n. 26, set. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1140>>. Acesso em: 29 de março de 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. *Globalização e exclusão social: fenômenos de uma nova crise da modernidade?* In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: Edibej, 1998.
- NORONHA, João Walge da Silveira. *A valorização do trabalho como condição de dignidade humana*. Direito e Justiça, Porto Alegre, v. 21, 2000.
- PITAS, José Severino da Silva. *Questões práticas relevantes*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª. Região, Campo Grande, n. 5, 1998, p. 152-153.
- QUINTANA, Mário. *Espelbo mágico*. Porto Alegre: Globo, 1948.
- RAMOS, Izabel Christina Baptista Queiroz. *Igualdade e dignidade da pessoa humana e seu enfoque constitucional e doutrinário*. Revista do Ministério Público do Trabalho da 21ª Região. Disponível em: <http://www.prt21.gov.br/revista4/texto_05.html>. Acesso em 28 de março de 2005.
- RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Que é isto – o direito do trabalho*. In: PIMENTA, José Roberto Freire Pimenta & outros (coord.). *Direito do trabalho: evolução, crise e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.
- RÜDIGER, Dorothee Susanne. *Teoria da flexibilização do direito do trabalho: uma tentativa de contextualização histórica*. Revista Eletrônica Prim@Facie, João Pessoa, ano 3, n. 4, jan. a jul. de 2004. Programa de pós-graduação *stritu sensu* da Universidade Federal da Paraíba. Disponível em: <<http://www.cj.ufpb.br/primafacie/revista/artigos>> Acesso em: 29 de março de 2005.
- SADY, João José. *Pela culatra: ampliar competência da Justiça do Trabalho é arriscado*. Revista Consultor Jurídico, 9 de Abril de 2005. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>>. Acesso em 18 de abril de 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. *A interpretação conforme a Constituição*. Boletim Informativo Bonijuris, Curitiba, nº 20, jan. de 1999.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Justiça do trabalho: a justiça do trabalhador*. In COUTINHO, Grijalbo Fernandes & FAVA, Marcos Neves (coord.). *Nova Competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. (P. 179-190)

_____. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA, Otávio Augusto Reis de. *Nova teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

TIRIBA, Lia. *Educação e mundos do trabalho: retratos da economia popular em Angra dos Reis*. Universidade Federal Fluminense - UFF, 2003 (CNPq/Faperj).

CONTRIBUIÇÕES DAS ESCOLAS PENAIS AO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Olivia Fernandes Leal de Mello,
Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, advogada. Síntese da monografia apresentada ao curso de Pósgraduação da Faculdade de Sergipe.

RESUMO: Esta monografia trata das contribuições das Escolas Penais ao Direito Penal contemporâneo. O primeiro capítulo começa falando sobre a Ciência Penal em cada momento histórico da humanidade. Inicia-se por Roma e estende-se até a França na época do iluminismo. Separadamente, fala-se da história do Direito Penal Brasileiro. O segundo capítulo, por sua vez, trata especificamente das Escolas Penais e a importância de cada uma para a dogmática penal. Ainda, dentro deste tópico, são feitos comentários sobre os autores que se destacaram, seja pela inovação de conceitos à sua época ou pelo seu modo atual de tratar o Direito Penal. Por último, é desenvolvido um conceito do Direito Penal Contemporâneo e traçado um paralelo entre as contribuições das Escolas que ainda permanecem em vigor.

PALAVRAS-CHAVE: Escolas penais; direito penal; dogmática penal; contribuições.

ABSTRACT: This monograph deals with the contributions of the Criminal Law Schools to Criminal Modern concept. The first chapter starts talking about the Criminal Science in each historical moment of humanity. Starts by Rome and goes to France at the time of enlightenment. Separately, I'm going to speak of the history of Brazilian criminal law. The second chapter, in turn, deals specifically with the Criminal Schools and the importance of each one for the criminal dogmatic. This chapter still comments on the authors that stood out and it's innovation of concepts. Innovations that goes from it's time or our current mode of dealing with criminal law. Finally, I defin the modern criminal law and trace a parallel between the contributions of the schools that still remain in force.

KEYWORDS: Schools criminal; civil law; criminal dogmática; contributions.

SUMÁRIO: 1. História do direito penal; 2. Doutrina e escolas penais; 3. O direito penal na contemporaneidade.

INTRODUÇÃO

É incontestável que, o crime existe desde que o homem passou a viver em sociedade. No início, o delito tinha conotação mística. Evoluiu e chegou ao conceito atual. Portanto, o estudo feito aqui apenas analisa as épocas que, de fato, interessaram para a construção da Ciência Penal.

A importância de tal tema reside no fato deste ser essencial à exegese jurídica. Ou seja, o desenvolvimento de uma dogmática Jurídico-Penal é elemento importante para uma perfeita interpretação das leis vigentes. Impossível analisar o Código Penal sem entender o momento histórico em que foi criado.

Ao observar a história e as escolas do Direito Penal tem-se mais facilidade para entender como essa ciência é vista da forma que ela é. Ao explicar os acontecimentos anteriores ao surgimento da Escola Clássica, por exemplo, fica claro que seus seguidores representaram uma reação ao modelo de Estado despótico e autoritário. Dessa maneira, profissionais compreenderão a contribuição do movimento iluminista para o Direito Penal e o surgimento do atual modelo de Estado.

Este texto é subdividido em três capítulos. O primeiro discorre sobre a história desse ramo do Direito, e, também, qual era o seu significado para cada época. Depois há uma abordagem específica sobre as Escolas Penais, dizendo qual a importância e novidades trazidas por cada uma. Inclusive, há uma abordagem sobre os métodos aplicados à essa Ciência. Em um primeiro momento, com a Escola Clássica, foi usado o Método Dedutivo. Já os Positivistas, influenciados pelas Ciências Sociais, introduziram o Método Indutivo. Hoje, a Ciência Penal aplica o Método Dogmático. Por último, conclui-se dizendo como é conceituado, contemporaneamente, o Direito Penal.

1. HISTÓRIA DO DIREITO PENAL

1.1 INTRODUÇÃO

É importante analisar a história do Direito Penal para que se possa entender como essa ciência é vista hoje. Deve-se ter em mente que o delito é inerente ao ser humano e ele é cometido desde que o homem passou a viver em grupo.

Nas exposições da evolução legislativa penal tem prevalecido a adoção da teoria “progressiva”. Assim, uma das distinções mais comuns que têm sido formuladas trata da vingança privada como período primitivo, a vingança pública quando o Estado toma a seu cargo a pena, a humanização da pena a partir do século XVIII, e o período atual, em que cada autor dá como triunfantes suas próprias ideias. (ZAFFARONI, 1999, p. 180)

Nos períodos pré-iluministas havia proposições sobre como o criminoso deveria ser tratado, quais as penas adequadas e quem deveria ser o responsável pela aplicação da punição. No entanto, esse ramo do Direito não era visto como uma Ciência e foi só a partir da Escola Clássica que começaram as discussões sobre quais seriam os propósitos e o método da Ciência Penal.

1.2 DIREITO PENAL ROMANO

Segundo Carrara, os romanos foram gigantes em Direito Civil e pigmeus em Direito Penal. Na verdade, segundo Zaffaroni (1999), eles trataram do Direito Penal, porém não de forma sistêmica como feito no Direito Civil.

Na primitiva organização jurídica da Roma monárquica, o Direito (*jus quiritarium*), prevalentemente consuetudinário, era rígido, formalista e solene. Nessa época, destacava-se a figura do *pater familias*, com poderes quase

ilimitados, inclusive de *ius vitae ac necis*. Na hipótese de morte do patriarca, o grupo familiar (*domus*) dividia-se de acordo com os *fili familias*, sendo que os descendentes formavam a *gens*, que reconhecia, também, um *pater (magister gentis)*. O primeiro código romano escrito (*jus scriptum*) foi a Lei das XII Tábuas (séc. V a.c.), resultante do trabalho dos *decenviri legibus scribendis*. Com ela inicia-se o período de vigência legislativa com a consequente limitação da vingança privada, pelo talião e pela composição. (PRADO, 2000, p. 35-36)

De acordo com Fragoso (1980), foi com a instauração da República que ocorreu a separação entre o Estado e a Religião. Neste momento histórico, havia uma distinção entre os crimes públicos e privados. Os primeiros eram cometidos contra o Estado e este os julgava e, normalmente, punia-se com a pena de morte. Já os crimes privados, como injúria e furto, a própria vítima era a responsável por decidir qual a sanção a ser aplicada. Usava-se muito da composição.

Ao fim da República, ano 80 a.C., foram criadas leis penais que constituíram o núcleo do Direito Penal Romano Clássico. As *leges corneliae e Juliae* contêm verdadeiros tipos penais em toda a sua essência. Reportavam o que deveria ser considerado criminoso ou não. Tais leis tinham o caráter retributivo e ambas fizeram surgir a noção do princípio da reserva legal.

Foi nessa época que vários institutos do Direito Penal Contemporâneo teriam sido teorizados. Bitencourt elenca alguns deles, como “nexo causal, dolo, culpa, caso fortuito, inimputabilidade, menoridade, concurso de pessoas, penas e sua medição” (BITENCOURT, 2000, p.25). Todavia, ele ressalta que os estudiosos, desse período, não operavam a sistematização dos institutos penais.

Entre 30 a.C. e 20 a.C., desapareceu a vingança privada e o Estado passou a ser o detentor do *Ius Puniendi*. Fragoso (1980) complementa dizendo que durante o Principado de Augusto (27 d.C.) apareceram os crimes extraordinários, como furto qualificado, assaltos à mão armada nas estradas, etc, e os crimes contra a religião, tais como a

blasfêmia e a heresia. Percebe-se a absorção dos crimes privados pelos extraordinários.

No império, existia a desigualdade na aplicação da pena. Os privilegiados, como Senadores e Cavaleiros, não eram submetidos à tortura e possuíam uma graduação de pena mais leve, enquanto a plebe não tinha tais benefícios. Percebe-se que as pessoas detentoras do poder, mesmo nesse período, possuem regalias no campo do direito penal.

1.3 DIREITO GERMÂNICO

O direito germânico, no início, não possuía leis escritas e consistia na vingança privada, ou vingança de sangue, como era mais conhecida, e dos crimes religiosos. Quando ocorria um crime público qualquer cidadão poderia aplicar a pena, até mesmo a de morte. Se fosse privado, existiria um conflito entre ofensor e vítima que normalmente resultava na composição.

Como disse Bitencourt, “o direito era concebido como uma ordem de paz e a sua transgressão como ruptura da paz, pública ou privada, segundo a natureza do crime, privado ou público” (BITENCOURT, 2000, p. 25).

Segundo Marques (p. 95, 1997), possuíam a *faida*, que representava a inimizade contra o infrator e sua família nos delitos privados, apresentava dupla função: ressarcia a vítima dos prejuízos sofridos e significava o preço da paz. Ou seja, uma parte iria para a pessoa que sofreu o dano e a outra para o Rei ou Tribunal. Inclusive, existiam leis prefixando os valores das tarifas e qualificando-as de acordo com o tipo da lesão. Quem não podia pagá-las estava sujeito a penas corporais.

Dotti resume esse período da seguinte forma,

A maioria dos delitos era tratada pelo povo germano, como assunto de interesse privado que autorizava e obrigava a família ofendida a exercer a vingança de sangue, em luta coletiva que somente concluía por uma forma de reparação. Excepcionalmente se atribui caráter de ofensa pública a crimes como a traição, a deserção e o falso testemunho, os quais eram punidos com o banimento (perda da paz), permitindo-se que o

delinquente fosse atacado e morto por qualquer um sem o dever de reparação. (DOTTI, 2003, p. 134)

Não se conhecia a lei das XII Tábuas, entretanto, por influência do Direito Romano e do Cristianismo, adotou-se a pena de Talião e enfraqueceu-se a concepção de direito punitivo havendo um fortalecimento do direito público.

Uma importante característica do direito germânico é a utilização da responsabilidade objetiva para se concluir a autoria do crime. Não havia questionamento se a conduta do agente estava imbuída de dolo, caso fortuito ou culpa. Ligava-se o resultado da conduta sem necessariamente analisar qual teria sido a intenção do agente.

1.4 DIREITO CANÔNICO

Segundo Luiz Reges Prado (p. 41, 2000), o direito canônico, de origem disciplinar, foi ampliado quando o Imperador Teodósio I declarou o Cristianismo como a única religião do Estado. Os crimes dividiam-se em três espécies. Os ilícitos de ordem espiritual, que eram julgados pelos tribunais eclesiásticos; os de ordem não espiritual, pelos tribunais leigos; e os que atentavam contra ordem divina e humana, pelo primeiro que deles conhecesse.

O direito natural teológico buscava fundamentação na vontade divina. A punição, em ultima ratio, seria desejo transcendental, não obra humana. Assim, dela estaria afastada a imperfeição e, em contrapartida, sublinhando o esmero divino no castigo, a fazer com que o temor decorrente da fé impedisse contestações e rebeliões aos abusos praticados (PELARIN, 2002, p.32).

Esse período foi bastante importante para influenciar o modelo de punição contemporâneo, pois introduziu a ideia de justa retribuição da pena e possibilidade de arrependimento e a emenda do réu. Conhecida, hoje, como Teoria Retributiva. Nasce, também, a percepção de

reforma do delinquente e a individualização da pena conforme o temperamento, comportamento e caráter do réu.

Não obstante, Roxin, segundo Pelarin (2002), argumenta que essa teoria é inoperante, porque

não impõe limite algum ao poder punitivo. Nem se questiona a existência de impedimento substancial. Aliás, por evidenciar o castigo, ela se deixa dominar pelas concepções morais e religiosas, a criminalizar condutas materialmente inofensivas, a conceder cheque em branco ao legislador (apud PELARIN, 2002, p.35).

Por último, opôs-se à vingança privada, fortaleceu a justiça pública e utilizou a ideia do aspecto subjetivo do crime. Na verdade, o direito canônico sintetizou o conceito público de pena dos Romanos e o privado dos Germanos.

O papel da lei penal da Igreja Católica foi de suma relevância, por duas razões: a primeira, porque fez com que as tradições jurídicas romanas penetrassem em definitivo na vida social do Ocidente; a segunda, porque contribuiu para civilizar as práticas brutais germânicas, adaptando-as à vida pública. (apud PRADO, 2000, p. 41-42)

1.5 DIREITO PENAL COMUM

Com a fragmentação do poder político que surgiu com o término da dinastia carolíngia (911), observou-se um retrocesso no desenvolvimento do Direito Penal, pois ressurgiu o direito consuetudinário da época anterior, deixando de ser observadas as leis escritas da época franca.

Penetramos no regime feudal. Em consequência, reaparece a concepção privada e o pagamento do preço da expiação tomando o posto das penas públicas. É nessa época que se inicia a luta da Igreja, a princípio pela independência e logo pelo domínio do poder espiritual. (FRAGOSO, 1980, p.33)

A idade média trouxe um momento de forte pluralismo jurídico, em que não havia um único centro emanador de poder. O estatuto jurídico do feudalismo centrava-se na legitimação de uma hierarquia social estabelecida nas distinções entre clero, nobreza e campesinato, A ideia de delito confunde-se com pecado e a pena assume uma ideia de expiação dos pecados e purificação da alma”. (DANIELA COSTA, 2005, p. 88)

O Direito Penal comum é resultado da fusão do Direito romano, do Direito germânico, do Direito canônico e dos direitos nacionais, com prevalência do primeiro, especialmente após o século XII, por obra dos práticos. O renascimento dos estudos romanísticos dá lugar ao fenômeno chamado *recepção*. O renascimento dos Estudos do Direito romano teve como efeito principal restaurar na Europa o sentimento do Direito, de sua dignidade, de sua importância para assegurar a ordem e o progresso social. (PRADO, 2000, p. 43)

Nessa época, surgiram importantes diplomas legais por influência dos glosadores e pós-glosadores. Os primeiros estudavam os textos do direito romano e “após a leitura e explicação dos textos, o professor fazia a interpretação através de uma frase, que era a *glosa*, que os alunos anotavam à margem de seus livros, com o nome do mestre a que ela se devia” (Fragoso, 1980, p. 34). Enquanto os outros, chamados de práticos ou praxistas, além desse estudo, incluíram o direito comum, que então vigorava, no seu campo de conhecimento. No entanto, eles não obedeciam a qualquer sistema.

Segundo José Frederico Marques (1997), citando Von Liszt, os glossadores e pós-glossadores

trataram o Direito Penal romano segundo a *generales consuetudo* de seus dias e tal como o costume que se desenvolveu sob a influência das ideias jurídicas germânicas oriundas das fontes lombardas, das necessidades práticas e das generalizações da ciência, da legislação dos papas e dos imperadores e da prática judiciária. (apud MARQUES, 1997, p.97)

Por sua vez, Bitencourt (2000) entende que Aníbal Bruno faz uma interessante análise desse momento. Compreende ter sido uma fase em que o arbítrio do Estado, a desigualdade das penas, a falta de um processo regular e público, a insegurança e a tortura reinavam em absoluto. Não existiam leis que respeitassem a dignidade humana e as penas corporais, como as mutilações, foram amplamente usadas.

Fragoso (p. 34, 1980) diz que, no século XII, volta-se o sentido público de crime e da pena e há a união entre os povos germânicos. Dá-se, a partir deste momento e de forma definitiva, o poder punitivo ao Estado.

Com o término do Feudalismo e o nascimento do mercantilismo nasce o Estado Moderno. Em um primeiro momento como um Estado Absolutista e depois transforma-se em Liberal. O primeiro tem como marca mais forte a ideia da Soberania do Estado. Há uma transferência do poder punitivo da igreja e senhores feudais ao Monarca. Não houve, todavia, uma mudança na concepção de como o crime deveria ser tratado. O Rei punia de acordo com sua vontade e não existia nenhuma garantia para o cidadão.

O Estado Liberal surgiu exatamente nesse contexto, “em que o processo era inquisitório e secreto, com emprego de tortura e sem espécie de qualquer garantia para sua defesa”, como uma reação a desordem penal (Fragoso, 1980, p. 38). Pregou, dessa forma, a reforma do Direito e por consequência a da Justiça Penal.

1.6 ILUMINISMO. MOVIMENTO HUMANITÁRIO

O período anterior ao iluminismo foi marcado pela crueldade, pelo julgamento arbitrário, por penas de morte e pelo uso do poder perante os indivíduos. “O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juizes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social” (BITENCOURT, 2001, p.31).

Canotilho enumera algumas características desse “Estado de Depotismo Esclarecido”, quais sejam:

(1) afirmação da ideia de soberania concentrada no monarca, com o conseqüente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos; (2) extensão do poder soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de “decidir” sobre a religião dos súbditos e de exercer a autoridade eclesiástica; (3) dirigismo económico através da adopção de uma política económica mercantilista; (4) assunção, no plano teórico dos fins do Estado, da promoção da *salus publica* como uma das missões fundamentais do soberano, que assim deslocava para um lugar menos relevante a célebre “razão de Estado”, apontada como a dimensão teleológica básica do chamado “absolutismo empírico”. Estas dimensões estruturaram “tipo de Estado-Providência” ou “Estado Administrativo” caracterizado por uma administração extensa e insensa tendencialmente desvinculada do direito tradicional dos estamentos e da lei superior (constituição) agitada pelo constitucionalismo moderno. (CANOTILHO, 1997, p.91)

O movimento humanitário, também conhecido como era da ilustração, surgiu para instaurar uma nova ordem social contrária a esta. A burguesia começava a emergir e não satisfeita com os acontecimentos lutou por uma diferente distribuição do poder. O domínio da razão e o homem, como centro do mundo, marcaram esse momento histórico.

A ilustração, mais que uma corrente de ideias, vem a ser uma atitude cultural e espiritual de grande parte da sociedade da época, cujo objetivo é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os seus aspectos. É por assim dizer produto de embate de duas linhas bem distintas: o racionalismo cartesiano e o empirismo inglês. Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva. (PRADO, 2000, p. 46)

Segundo Thomas Greenwood, “o iluminismo significa a autoemancipação do homem da simples autoridade, preconceito, convenção e tradição, com insistência no livre pensamento sobre os problemas que tais instâncias consideravam incriticáveis” (apud FRAGOSO, 1980, p. 39).

O Direito aparece agora como uma reunião de normas imersas na natureza humana e a sua origem deixa de ser teológica e passa ao campo da antropologia, sempre em torno do homem. Pelarin (2002) faz uma interessante apanhado sobre o tema. Vê-se:

A contrariedade às visões anteriores do direito natural reside na desvalorização do mundo, da nação, da cidade, como lugar natural, passando a ser ambiente hostil, capaz de gerar problemas ao homem. Nesse contexto, surge a necessidade do estabelecimento de normas, fundadas no próprio homem, enquanto razão ordenadora, dotada de inteligência, desvinculado de posição passiva, capazes de garantir a ele uma espécie de adaptação ou evolução social. Assim, o conjunto das normas está inscrito na razão humana, não na natureza ou na transcendência, pois o homem é capaz de estabelecer sistemas éticos, ao se colocar, por exemplo, no lugar de seu semelhante e entender suas carências e aflições. (PELARIN, 2002, p. 36)

O *Século das Luzes*, que atingiu seu ponto máximo com a Revolução Francesa, produziu o Estado de Direito que mais tarde transformaria-se no Estado Democrático de Direito.

Na origem, como é sabido, o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativos, Executivo, e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. (SILVA, 2001, p.117)

É possível citar grandes iluministas como Voltaire, Montesquieu e Rousseau e todos criticavam os abusos e excessos reinantes na forma de governo e na legislação penal. Introduziram a ideia da proporcionalidade da pena em relação ao crime cometido, as circunstâncias pessoais do criminoso, o seu grau de malícia e, ainda, que a sanção deveria ser menos cruel e mais eficaz.

De acordo com Bitencourt (2000), Rousseau pregava que o homem se despoja de sua liberdade em benefício da coletividade através de um contrato social com o Estado. A Nação passa a ser soberana e a única capaz de produzir leis, inclusive, limitando escolhas individuais por existir um bem maior, qual seja, o coletivo.

Pode-se considerar que a teoria clássica do Contrato Social (o utilitarismo) fundamenta-se em três pressupostos fundamentais: 1) Postula um consenso entre homens racionais acerca da moralidade e a imutabilidade da atual distribuição de bens. 2) Todo comportamento ilegal produzido em uma sociedade – produto de um

contrato social – é essencialmente patológico e irracional: comportamento típico de pessoas que, por seus defeitos pessoais, não podem celebrar contratos. 3) Os teóricos do contrato social tinham um conhecimento especial dos critérios para determinar a racionalidade ou irracionalidade de um ato. Tais critérios iriam definir-se através do conceito de utilidade. (BITENCOURT, 2001, p. 34)

Montesquieu, por sua vez, “focaliza as leis penais em relação ao ambiente histórico e as várias formas de Estado, e sustenta que nos regimes livres, à diferença do que sucede naqueles despóticos, educar vale mais que punir e as sanções penais devem ser moderadas” (apud MARQUES, 1997, p. 100).

Ainda segundo a doutrina de Marques (1997), Voltaire destacou-se pela defesa de um casal francês que foi condenado a pena de morte e eram inocentes. O comerciante Juan Calas e sua esposa Ana Rosa foram mortos de forma cruel e convencido da inocência, de ambos, abriu uma revisão *post mortem* desse processo. Inocentados, fez-se uma coluna expiatória em homenagem a eles.

Além das liberdades e garantias públicas (como a igualdade em direitos, a liberdade de opinião e a resistência à opressão), os membros da Assembleia Nacional estabeleceram princípios fundamentais em matéria penal e processual penal, tais como: a) legalidade dos crimes e das penas; b) juiz natural; c) a intervenção mínima do Direito Penal (‘a lei deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias’); d) a presunção da inocência; e) a punição do abuso do poder. (DOTTI, 2003, p. 147)

Os ideais reformistas contribuíram para o desenvolvimento de uma ampla mudança legislativa – movimento codificador -, que começa ainda no século XVIII. A codificação, além de dar certeza ao Direito, exprime uma necessidade lógica,

por meio da qual são sistematizados princípios esparsos, facilitando a pesquisa, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas. (PRADO, 2000, p. 47)

Esses autores iluministas contribuíram para o aprimoramento do Estado e a introdução de novos conceitos e princípios jurídicos. Graças a eles que pessoas como Beccaria, Howard e Bentham puderam desenvolver seus ideais. Floresce, então, a Escola Clássica e sua tentativa de delimitar a Ciência do Direito Penal.

2 DOCTRINAS E ESCOLAS PENAIS

2.1 ESCOLA CLÁSSICA

Com os ideais iluministas e a vontade de delimitar a Ciência do Direito Penal nasceu a Escola Clássica. Pela primeira vez na história surgem correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática para saber qual o campo de atuação do Estado frente à pena, qual o intuito da pena e até onde iria esse ramo do Direito, ou seja, qual seria o seu fundamento. Luta-se por um Direito Penal mais humano e diferente do regime arbitrário e desigual anterior.

Somente a partir do período liberal e humanitário, ultrapassada a fase do absolutismo, do arbítrio e da prepotência, é que surgiu, com a Escola Clássica, o início de uma verdadeira ciência do Direito Penal, estruturada em princípios e institutos logicamente encadeados em um ordenamento global e sistemático de cunho valorativo e finalístico. (COELHO, 1998, p.28)

Característico da escola penal clássica é, antes de mais nada, *o método de trabalho*. O que hoje pode parecer uma verdade apodítica, ou seja, que o jurista deva tomar como ponto de partida de toda construção o direito de punir *vigente*, foi para os cultores da escola clássica, premissa metodológica

quase desconhecida. Trabalhavam baseados em *critérios de razão*, e não sobre dados de uma experiência jurídica. Somente para sufragar conclusões a que chegavam racionalmente, invocavam, às vezes, o direito positivo. Tal posição encontra explicação através de duas ordens de considerações: pela desconfiança, antes de tudo do direito penal então vigente, não aderente às concepções filosóficas e jurídicas professadas pelos estudiosos, em virtude do que subsistia uma verdadeira solução de continuidade entre norma jurídica e elaboração doutrinária; depois, pelas premissas jusnaturalistas ou contratualistas das quais partiam e em virtude das quais o direito verdadeiramente digno de considerações era apenas, o que decorria por dedução lógica da natureza racional do homem ou do hipotético contrato social. (BETTIOL, 1966, p. 13)

Eis os ensinamentos dessa escola, segundo Luiz Regis Prado (p. 49, 2000) citando Carrara. O delito como um ente jurídico, ou seja, a infração penal é cometida no momento em que o fato humano vai contra a lei. A responsabilidade penal lastreia-se na imputabilidade moral e no livre-arbítrio. O homem é livre para decidir se comete ou não o crime, e, no entanto, escolhe o seu cometimento. O método de estudo é o dedutivo, de lógica abstrata, tendo por objeto o delito como entidade jurídica. A pena passa a ser vista como meio de defesa social, retirando seu fundamento na utilidade e o crime é tido como uma ofensa a direitos naturais ou civis.

Nesta atmosfera política que se preocupava em fixar claramente os limites da intervenção estatal, neste ambiente especulativo que descurava o dado de fato para acentuar a supremacia, as possibilidades e as exigências da razão humana, o crime acabava por ser considerado um “ente de razão” e, portanto, um “ente jurídico”, dada a fonte racionalista de toda norma de direito. Mas este

atributo de juridicidade era atribuído ao crime não porque fosse considerado como violação de uma norma de determinado ordenamento jurídico positivo, mas do “*direito*” compreendido como categoria lógica abstrata, como elaboração apriorística de uma noção postulada por uma exigência da razão, em virtude do que deve ser reduzido que o fundamento gnoseológico da escola clássica deve, em última análise, ser procurado na crítica Kantiana, naquele sistema filosófico que, contra o empirismo dominante desde os albores do século dezoito, reivindicou a autonomia e as formas apriorísticas da razão humana. (BETTIOL, 1966, p. 14)

A Escola Clássica pode ser dividida em dois períodos. Em um primeiro momento, com o período teórico-filosófico iniciado por Beccaria fazendo com que apareça o utilitarismo, em oposição à teoria retributiva, “sob o prisma de que o direito penal tem por finalidade a proteção da sociedade, o que faz da categoria psicológica da pena, a prevenção geral, o instrumento adequado” (PELARIN, 2002, p. 45). Depois, com a fase ético-jurídico dando destaque para Carrara sendo “o período em que a metafísica jusnaturalista passa a dominar o Direito Penal, acentua-se a exigência ética de retribuição, representada pela sanção penal” (BITENCOURT, 2000, p. 49).

Entre os ditames dessa Escola está aquele que assinala ser a pena destinada a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito e tem o caráter de um mal, equivalente ao que o delinquente causou, limitada pela equidade, atendendo às necessidades, razão pela qual deve ser proporcional ao crime, certa e definida, segura e justa. Pena adequada ao crime e não ao seu autor. (PIMENTEL, 1973, p. 13)

Duas correntes se destacaram. Os Jusnaturalistas, de Grócio,

com sua ideia de direito natural, superior e resultante da própria natureza humana, imutável

e eterno; de outro lado, o contratualismo, de Rousseau, sistematizado por Fichte, e sua concepção que o Estado, e por sua extensão a ordem jurídica, resulta de um grande e livre acordo entre os homens, que cedem parte de seus direitos no interesse da ordem e segurança comuns. Representavam, na verdade, doutrinas opostas, uma vez que para a primeira - jusnaturalistas - o Direito ocorria da eterna razão e, para a segunda - contratualista -, tinha como fundamento o acordo de vontades. No entanto, coincidiam no fundamental: na existência de um sistema de normas jurídicas anterior e superior ao Estado, contestando, dessa forma, a legitimidade da tirania Estatal. Pugnavam pela restauração da dignidade humana e o direito do cidadão perante o Estado, fundamentando ambas, dessa forma, o individualismo, que acabaria inspirando o surgimento da Escola Clássica. (BITENCOURT, 2000, p. 47)

Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, é o precursor da Escola Clássica e publicou em 1764 o seu livro *Dos Delitos e das Penas*, no qual propõe uma reforma ao Direito Penal até então vigente. Um de seus grandes méritos foi expressar suas ideias de maneira clara para que assim atingisse um número maior de pessoas. Conseguiu, ainda, teorizar de forma simples e consistente como nunca alguém havia alcançado. Introduziu o sentimento de piedade e compaixão para com aqueles submetidos ao processo penal e carcerário da época. Sabe-se que, nesse momento histórico, as prisões eram desumanas e insalubres.

Aliou as ideias do utilitarismo com a do contratualismo. Esta, oriunda de Rousseau, serviu para fomentar o Estado Liberal e, como isso, dar garantias à burguesia nascente cansada do arbítrio dos Reis. Como ele diz em seu livro, “os homens se reúnem e livremente criam uma sociedade civil, e a função das penas impostas pela lei é precisamente assegurar a sobrevivência dessa sociedade.” (BECCARIA, 2006, p.25)

Para ele, a pena deveria ser útil não como vingança, mas como prevenção a prática de futuros crimes, “é melhor prevenir delitos que castigá-los”. O fundamento da pena e do direito de punir residiria na

parcela de sacrifício individual em nome da segurança e do bem coletivo e “a soma de todas essas parcelas forma a soberania da nação, ficando o governo encarregado do depósito e da observância dos preceitos oriundos do sacrifício coletivo dessas liberdades” (SABINO, 1972, p. 56). Essa era sua visão do princípio da legalidade em matéria penal. Complementa dizendo que o arbítrio, o terror e as punições sem proporcionalidade não levam a eficácia e a certeza de uma punição.

Dotti conclui com precisão a importância da obra deste ilustre autor:

Beccaria desenvolveu as mais variadas frentes de crítica ao sistema criminal daquele tempo, como por exemplo: a) denuncia o uso da lei em favor de minorias autoritárias; b) sustenta a ideia da proporcionalidade entre os delitos e as penas; c) prega a necessidade de clareza das leis e rejeita o pretexto adotado por muitos magistrados de que era preciso ‘consultar o espírito da lei’, visando aplicá-la de forma injusta; d) analisa as origens das penas e do direito de punir, sustentando que a moral política não pode proporcionar nenhuma vantagem durável se não estiver baseada ‘sobre sentimentos indeléveis do coração do homem’; e) advoga a moderação das penas opondo-se vigorosamente à pena de morte e às demais formas de sanções cruéis f) condena a tortura como meio para obter confissões e sustenta a necessidade da lei estabelecer, com precisão, quais seriam os indícios que poderiam justificar a prisão de uma pessoa acusada de um delito; g) reprova o costume de se por a cabeça a prêmio, i.e., de oferecer recompensa para a captura do criminoso; h) reivindica a necessidade de uma classificação de delitos e a discriminação de vários deles. (DOTTI, 2003, p. 144)

Jonh Howard, por sua vez, foi o responsável por avaliar e tentar melhorar o sistema penitenciário da época. Quando assumiu como *Sheriff* de Bedford, encontrou as prisões inglesas em estado deplorável.

Foi então que teorizou a necessidade da construção de estabelecimentos mais dignos e, também, da utilidade de fiscalizar os carcereiros, pois percebeu a prática de abusos desumanos no meio. Segundo Marques (p. 102, 1997), levantou a hipótese de que as mulheres deveriam ficar em cela separada dos homens e que o processado não podia ficar junto com o condenado.

Com Howard, nasce o penitenciário e sua luta pela busca da humanização das prisões aliada à reforma do delinquente. Isso, ainda hoje, sem a resposta devida.

Outro a se destacar foi Jeremias Bentham. Conforme Dotti (2003), ele acreditava que a pena tinha um caráter retributivo e preventivo geral. Dizia que não se podia fazer nada quando o crime já tivesse sido cometido, porém o Estado deveria punir o infrator para mostrar a população que haveria uma sanção caso determinado fato fosse praticado. Punia-se para prevenir futuros crimes.

Também ficou famoso sob o aspecto penológico com a concepção do “panóptico”. Insatisfeito com as penitenciárias, Bentham criou um modelo de prisão ideal. Ainda, mostrou como as penitenciárias são prejudiciais aos presos porque nelas há um ócio combinado com o contato direto com o mundo do crime e é nesse contexto que ocorre a troca de experiências entre os presos. Ele já previa a chamada subcultura carcerária.

Marques interpretou a importância de Bentham da seguinte forma,

Bentham fez aplicação de sua doutrina utilitária ao Direito Penal. O que justifica a pena, no seu entender, é a necessidade dessa sanção, a qual se impõe para prevenir a prática de delitos. Portanto, a prevenção geral é o objetivo da pena. Instrumento vil, por si mesmo, a pena, no entanto, se alça a elevado plano nos serviços públicos, quando se manifesta, não como vingança, mas como caráter de sacrifício indispensável aos interesses gerais. (MARQUES, 1997, p. 103)

Por último, destacou-se Carrara como o mais importante pensador. Em 1859, publicou, na Itália, um *Programa do Curso de Direito Criminal*, no qual separava direito e moral. Neste, desenvolve um sistema de

rigor lógico, com um conceito de crime bipartido entre uma força física e outra moral, hoje mais conhecido como elemento objetivo e subjetivo do crime. Segundo ele, o delito é “a infração da lei do Estado, promulgado para proteger a segurança dos cidadãos, resultando de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso” (apud PRADO, 2000, p. 49-50).

Funda-se Carrara no direito natural, afirmando a existência de uma lei eterna de ordem, formulada por Deus, da qual deriva a sociedade, a autoridade e o direito desta para proibir e castigar. Considerado em abstrato, o direito de punir tem como único fundamento a justiça, mas quando é considerado como ato humano, seu fundamento é a defesa da sociedade. Assim o direito de castigar funda-se no princípio da justiça, mas é limitado pela necessidade da defesa. (FRAGOSO, 1980, p. 44)

Como orientação filosófico-jurídica, a Escola de Carrara sustentou que: a) o método de estudo deveria ser lógico-abstrato; b) que o crime e a pena são entes jurídicos, com abstração da realidade humana que envolve a conduta do delincente; c) o fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade moral, com base no livre-arbítrio, distinguindo entre imputáveis e inimputáveis; d) a pena é a retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível, i.e., o mal justo como contragolpe ao mal-injusto praticado pelo criminoso. (DOTTI, 2003, p. 153)

Para Carrara, a ciência penal serve à liberdade do homem. “O direito é a liberdade. A ciência criminal bem entendida é, pois, o supremo código da liberdade, que tem por objeto subtrair o homem da tirania dos outros e ajudá-lo a livrar-se da tirania de si mesmo e das suas próprias paixões” (apud ZAFFARONI, 1999, p. 276).

Enfim, foram os clássicos, sob o comando de insuperável Carrara, que começaram a construir a elaboração do exame analítico de crime,

distinguindo os seus vários componentes. Esse processo lógico-formal utilizado pelos clássicos foi o ponto de partida para toda a construção dogmática da Teoria Geral do Delito, com grande destaque para a vontade culpável. (BITENCOURT, 2000, p. 51)

2.2 ESCOLA POSITIVA

A escola clássica caracterizou-se pelo individualismo atrelado ao livre-arbítrio para o cometimento ou não do crime. Entretanto, com o passar dos anos, tal entendimento não satisfazia mais os novos juristas.

Nos meados da seguinte centuária, porém, começa a ocorrer súbita e sempre mais acelerada transformação, que se alastra pelos vários domínios científicos. As ciências deixam as especulações, a primazia da experiência se impõe, aperfeiçoam-se as técnicas. Firma-se a ligação entre o laboratório e a fábrica, para alimentar-se imensa expansão industrial. Desenvolvem-se os transportes, a comunicação material e espiritual entre os povos, favorecendo as trocas e levando a crer num futuro de maior compreensão e, conseqüentemente, de paz. O conforto, as mercadorias, que eram privilégio de poucos, prometem chegar ao povo. A terapêutica sofre repentino esvaziamento, porque não mais se acredita no empirismo do passado; mas logo a adoção do método científico suscita otimistas perspectivas, e verifica-se que o médico começa a ajudar poderosamente a reduzir o sofrimento e aumentar a esperança de vida. (GONZAGA, 1974, p.371)

Segundo Dotti,

na medida em que a História, a Filosofia, e a economia deixavam de constituir as fontes centrais e muitas vezes exclusivas para o conhecimento do

homem e sua circunstância, uma notável transformação de métodos se operou no estudo dos problemas jurídicos. (DOTTI, 2003, p. 153)

E assim, no século XIX, surgiu a Escola Positiva juntamente com o desenvolvimento das ciências sociais como a psicologia, a biologia e a sociologia. Elas introduziram a concepção naturalista em oposição ao racionalismo anterior. Houve uma difusão da Antropologia Criminal, que consistia, na época, na observação, na coleta de dados e na conclusão do que seria o criminoso. Por isso, o método da Ciência Penal passa a ser o indutivo experimental com a observação dos fatos sendo o delinquente considerado uma pessoa que se revela mais ou menos perigosa, socialmente, por causa do delito cometido. O crime começou a ser examinado sob o ângulo sociológico, e o infrator também passou a ser estudado, se tornando o centro das investigações biopsicológicas.

As teorias evolucionistas de Darwin, Lamarck e Haeckel eram típica expressão das ideias dominantes, que se opunham ao racionalismo do período anterior, introduzindo uma concepção naturalística, que se volta para os fatos da vida individual e social, para explicá-los cientificamente, segundo o princípio da causalidade.

O movimento positivista no campo do Direito Penal resulta desse clima cultural. Seu programa de reforma tem por base a ineficácia do sistema penal clássico, como meio de repressão à criminalidade, defendendo a substituição do princípio da retribuição (fundado no livre-arbítrio), por um sistema de prevenção especial, com base no estudo antropológico do homem delinquente e do crime como fato social, retornando à ideia de defesa social acentuada à época do Iluminismo. (FRAGOSO, 1980, p. 46)

O crime e o criminoso eram, para essa corrente de pensamento, uma realidade social e biológica. Ambos passam a ser vistos sob a perspectiva do coletivo e não mais do individual. Os autores negaram a existência do livre-arbítrio dizendo que o meio no qual aquele delinquente estava inserido e a genética eram os únicos capazes de

influenciá-lo na prática criminosa. Ou seja, o crime é visto como um fenômeno social e natural oriundo de causas biológicas, físicas e sociais.

Pela concepção positivista, não há vontade humana; o pensamento, o querer não são mais que manifestações físicas de um processo físico-psicológico que se desenvolve por meio de condutores no sistema nervoso (determinismo positivo), sendo, portanto, o homem um irresponsável. O homem, afirma Ferri, age como sente e não como pensa. Adotando uma postura mais realista, entende ele que as ações humanas 'são sempre o produto de seu organismo fisiológico e psíquico e da atmosfera física e social onde nasceu e na qual vive'- fatores antropológicos (constituição orgânica do criminoso), psíquicos (anomalias de inteligência), físicos (ambiente natural, clima, solo) e sociais (meio social-densidade diferente da população, estado da opinião pública e da religião, constituição familiar etc). (PRADO, 2000, p. 51)

A responsabilidade criminal é social e a pena não poderia ser retributiva, uma vez que o homem age sem liberdade, o que leva ao desaparecimento da culpa voluntária. Para eles, a punição servia para proteger o corpo social e, por isso, foram criados mecanismos de defesa como resposta aos fatores sociais do crime. Isso funcionou como meio preventivo ao delito e, como consequência, a ideia de ressocialização fica em segundo plano.

A aplicação da pena passou a ser concebida como uma reação natural do organismo social contra a atividade anormal dos seus componentes. O fundamento do direito de punir assume uma posição secundária, e o problema da responsabilidade perde importância, sendo indiferente a liberdade de ação e de decisão no cometimento do fato punível. A pena perde seu tradicional caráter vindicativo-retributivo,

reduzindo-se a um provimento utilitarista; seus fundamentos são a natureza e a gravidade do crime, mas a personalidade do réu, sua capacidade de adaptação e especialmente sua periculosidade. (BITENCOURT, 2000, p. 52-53)

O primeiro escritor a se destacar foi Cesare Lombroso com o seu livro *L'umo delinquente* em 1876. Ele desenvolveu a ideia de que existiria um “criminoso nato” e este possuía características físicas de fácil percepção, inclusive as enumerou. No decorrer de seus trabalhos, evoluiu dizendo que para a ocorrência do crime existem vários fatores a serem somados ou que de forma independente contribuem para o cometimento da infração penal.

Ele foi o responsável por “fundar a antropologia criminal, iniciando o estudo antropológico do homem criminoso, visando a uma explicação causal de seu comportamento antissocial” (FRAGOSO, 1980, p. 47).

Os estudos de Lombroso sobre as causas biopsíquicas do crime contribuíram decisivamente no desenvolvimento da sociologia criminal, destacando os fatores antropológicos. Com isso, iniciaram-se estudos diferentes sobre as causas do delito, transformando, inclusive, os conceitos tradicionais sobre a pena privativa de liberdade. Uma das contribuições mais importantes dos estudos de Lombroso - além da teoria do criminoso nato - foi trazer para as ciências criminais a observação do delinquente através do estudo indutivo-experimental. (BITENCOURT, 2000, p. 55)

Outro grande expoente foi Raffaele Garofalo que publicou em 1885 o seu livro *Criminologia*. É tido como o primeiro a propor as ideias da Escola Positivista, quais sejam, pena como prevenção para a defesa do corpo social, o temor à periculosidade do criminoso e, por isso, a repressão criminal. “Sua preocupação fundamental não era a correção (recuperação), mas a incapacitação do delinquente (prevenção

especial, sem objetivo ressocializador), pois sempre enfatizou a necessidade de eliminação do criminoso” (BITENCOURT, 2000, p. 56).

Na verdade, Garofalo não acreditava na readaptação do criminoso. Para ele, existia o “criminoso nato” incapaz de adaptar-se à sociedade e, por isso, deveria ser morto. Pregava, dessa forma, a pena de morte. No entanto, segundo Dotti (2003), ele acreditava que o Estado deveria agir da seguinte forma: reparar o dano em decorrência de erro judiciário, bem como aplicar a substituição da pena privativa de liberdade para as infrações leves e reduzir a pena para os casos comprovadamente necessários.

Muito não tardou, entretanto, para que se evidenciasse um primeiro erro. Com sua visão científica, a Escola Positiva pretendeu arrebatar a criminalidade do campo jurídico. Mas, expulso pela porta, o Direito Penal logo teve de voltar pela janela. É que, por mais que se queira equiparar o tratamento do delinquente aos tratamentos médicos comuns, existe entre ambos a diferença essencial de que estes últimos são voluntários, enquanto o primeiro não pode deixar de ser compulsório. Ora, desde o momento em que o Estado tem de impor à coletividade seu plano de providências preventivas e de reação contra o crime, só poderá fazer através de um conjunto de normas imperativas, a lei penal. Lei inevitavelmente complexa, porque infinitas são as hipóteses de que deve cogitar, e que precisa ser estruturada e estudada com o método jurídico: interpretação dos textos, fixação dos princípios que os regem, sistematização dos vários institutos. Daí porque, rendendo-se à evidência, ingressou a Escola na sua fase jurídica, com o próprio Ferri, com Florian, Grispigni, etc. (GONZAGA, 1974, p. 378)

Com Enrico Ferri (1856-1929) houve a consolidação definitiva da Sociologia Criminal. Sustentou a inexistência do livre arbítrio e que o

crime ocorria pelo fato de o delinquente ser membro de uma sociedade. Para ele, existe a Defesa Social através da intimidação geral. E se diferenciava dos outros porque acreditava na recuperação do criminoso.

Outra contribuição, de acordo com Dotti (p. 155, 2003), é a de que Ferri classificou os criminosos em cinco categorias, quais sejam, o nato, o louco, o habitual, o passional e o ocasional. Ainda, sustentou que o remédio mais eficaz contra o crime seria a pena, não como concebida na Idade Média e na Escola Clássica, e sim uma que reparasse o dano sofrido pelo ofendido e, também, que não haveria necessidade de o preso ficar trancado dia e noite.

Propunha colônias agrícolas para que os presos menos perigosos pudessem ser recuperados. Como dizia ele, “a maior exigência da justiça penal é assegurar uma defesa social mais eficaz contra os criminosos mais perigosos e uma defesa mais humana para os criminosos menos perigosos, que constituem o maior número” (apud DOTTI, 2003, p.156).

Bitencourt enumera as contribuições dadas pela Escola Positiva, quais sejam,

- a) a descoberta de novos fatos e a realização de experiências ampliaram o conteúdo do direito; b) o nascimento de uma nova ciência casual-explicativa: a criminologia; c) a preocupação com o delinquente e com a vítima; d) uma melhor individualização das penas (legal, judicial e executiva); e) o conceito de periculosidade; f) o desenvolvimento de institutos como a medida de segurança, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional; g) o tratamento tutelar ou assistência do menor. (BITENCOURT, 2000, p. 57)

2.3 OUTRAS ESCOLAS

Outras correntes surgiram, porém, não tão bem organizadas e teorizadas como as duas anteriores. Na verdade, as posteriores

construções acrescentam os ensinamentos e conclusões já postas sem afrontá-las. São elas: a Escola Crítica, a Escola Moderna Alemã e o Tecnismo Jurídico-Penal.

A Escola Crítica, também chamada de *Terza Scuola* italiana, tornou-se conhecida através do artigo publicado por Manuel Carnevale *Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia*. Adotou o princípio da responsabilidade moral e a distinção entre inimputável e imputável. Àquele será aplicada a medida de segurança, enquanto a este a pena.

A terceira escola, escola crítica ou eclética, teve posição intermediária em relação às suas antecessoras. As mais importantes características dessas correntes são: a) a responsabilidade penal tem por base a imputabilidade moral, sem o livre arbítrio, que é substituído pelo determinismo psicológico: o homem está determinado pelo motivo mais forte, sendo imputável aquele que é capaz de se deixar levar pelos motivos. Aos que não possuem tal capacidade, deve ser aplicada medida de segurança. A imputabilidade funda-se na dirigibilidade do ato humano e na intimidabilidade; b) o delito é contemplado no seu aspecto real-fenômeno natural e social; c) a pena tem uma função defensiva ou preservadora da sociedade. (PRADO, 2005, p. 89)

A Escola Moderna Alemã, por sua vez, teve como representante mais importante Franz Von Liszt responsável, também, pela reforma penal alemã. Para ele, o Direito Penal deveria ter uma utilidade capaz de ser percebido por estatísticas criminais. “Sustenta a necessidade de uma pesquisa em torno das causas da criminalidade, a fim de que a pena, como medida de combate ao crime, possa ser posta em seu devido lugar” (FRAGOSO, 1980, p. 49).

Em 1882, Von Liszt ofereceu ao mundo jurídico o seu famoso *Programa de Marburgo – A ideia do fim do Direito Penal*, verdadeiro marco na reforma do Direito Penal moderno, trazendo profundas

mudanças de política criminal, fazendo verdadeira revolução nos conceitos do Direito Penal positivo até então vigentes. Como grande dogmático que se revelou, sistematizou o Direito Penal, dando-lhe uma complexa e completa estrutura, admitindo a fusão com outras disciplinas, como a criminologia e a política criminal. (BITENCOURT, 2000, p. 59)

Cumprir notar que Von Liszt deu à ciência do Direito Penal uma nova e mais completa estrutura. Ela vem ser um disciplina completa, resultante da fusão de outras disciplinas jurídicas e criminológicas heterogêneas – dogmática, criminologia, política criminal: a *gesamte Strafrechtswissenschaft* (ciência total do direito penal). Para conhecê-la, faz-se necessário que a formação do penalista seja jurídica e criminalística; a explicação casual do delito e da pena há de ser entendida como criminológica, penalógica, e de pesquisa histórica sobre o desenvolvimento da delinquência e dos sistemas penais; e, finalmente, é necessária a elaboração de uma política criminal, como sistema de princípios, em bases experimentais, para crítica e reforma da legislação penal. (PRADO, 2000, p.54)

Eis algumas características de Liszt, segundo Luiz Regis Prado (p. 54, 2000): o crime como um fenômeno humano-social e como um fato jurídico; a pena passa a ter uma função finalística, ou seja, tinha um caráter defensivo e baseava-se na personalidade do delinquente; a eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração; o método lógico-abstrato para o Direito Penal e o método indutivo-experimental para as ciências criminais; a estruturação da política criminal; e a pena e medida de segurança como meio de lutar contra o delito.

A noção atual de bem jurídico como “dimensão material do conceito de injusto penal” vêm, em parte, do conceito desenvolvido por ele. Liszt, de acordo com Pelarin (2002), dizia que o direito é

posterior ao interesse de ver a liberdade ou a propriedade protegida. É da necessidade de proteção de fatos humanos que nasce a norma. E, a partir do momento em que o fato passa a ser assegurado pelo direito penal, esses são elevados à categoria de bem jurídicos. A norma funciona, então, como instrumento de proteção aos bens jurídicos.

Liszt define bem jurídico da seguinte maneira: Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo, ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio e o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. (apud PELARIM, 2002, p. 57)

E, ainda segundo Pelarin (p. 57, 2002), propôs a redução do limite de atuação da pena aplicando-a somente aos casos em que não há outra possibilidade de proteção aos bens jurídicos. Percebe-se como ele já anteviu a aplicação do princípio da subsidiariedade ao Direito Penal; lei penal como *ultima ratio* à sobrevivência da comunidade. Todavia, quanto a determinação de quais seriam os interesses vitais a serem tutelados pela norma não houve posicionamento de sua parte.

Liszt foi um dos criadores da União Internacional do Direito Penal em 1888, que mais tarde se transformaria na Associação Internacional do Direito Penal. Hoje, a maior entidade do Direito Penal internacional.

O Tecnismo Jurídico-Penal, por último, foi uma reação à Escola Positiva, que pregava a observação e verificação da realidade, tendo o criminoso no centro da Ciência Penal. Isso porque havia uma verdadeira confusão entre Direito Penal, Política Criminal e Criminologia.

Eles propunham uma renovação metodológica, pois, para eles, o Direito era uma ciência normativa e o método de estudo deveria ser técnico-jurídico ou lógico-abstrato. Aníbal Bruno diz que a “chamada

escola do tecnicismo jurídico é mais uma corrente de renovação metodológica do que propriamente uma escola, constituindo um movimento de restauração do critério propriamente jurídico na ciência do direito penal” (apud FRAGOSO, 1980, p. 51).

O Direito Penal, agora, era visto, pela primeira vez, como uma ciência autônoma, com objeto próprio, qual seja, o crime. Não havia mais o estudo do autor do crime, isto ficou reservado para a criminologia. Houve uma cisão entre Direito Penal, Criminologia e outras ciências causalísticas. Segundo Jiménez de Asúa, o Direito Penal foi entendido “como uma exposição sistemática de princípios que regulam os conceitos de delito e da pena e da consequente responsabilidade, desde um ponto de vista puramente jurídico.” (apud BITENCOURT, 2000, p. 62)

Em um primeiro momento, segundo Fragoso (1980), o livre-arbítrio permanece externo a esse ramo do Direito e o positivismo jurídico (não existe direito sem lei) rejeita a possibilidade de um direito natural. Destacaram-se, dentre outros, Rocco, Manzini, Massari, Delitala, etc. Depois, o livre-arbítrio passa a ser aceito juntamente com o direito natural como elementos essenciais para um enquadramento ético do Direito Penal. Tendo, agora, nomes como Bettiol, Maggiore, Petrocelli e Battaglini.

Sintetizam-se os caracteres principais da escola técnico-jurídica da seguinte forma: a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena constitui uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; c) a medida de segurança – preventiva -, aplicável aos inimputáveis; d) a responsabilidade é moral (vontade livre); e) o método utilizado é o técnico-jurídico; f) refuta o emprego da filosofia no campo penal. (PRADO, 2000, p. 56)

3. DIREITO PENAL NA CONTEMPORANEIDADE

3.1 PERSPECTIVAS ATUAIS DO DIREITO PENAL

O Direito Penal se caracteriza por ser o ramo do direito que estuda o crime e suas consequências. É uma ciência do dever ser, normativo, com finalidade preventiva, valorativa, sancionadora, e, por último, com caráter finalista.

Tem como objetivo o estudo de leis, normas, ou seja, o dever ser, e a sanção decorrente da infração ao tipo legal. Para entender isso é preciso ter em mente duas coisas. Primeiro, o Estado deve selecionar quais são os fatos sociais dignos de proteção, chamados de bem jurídico, e os tipificar como crime e faz isso tendo em vista o bem coletivo. Ou seja, fato social versus ordenamento jurídico resulta no ilícito penal.

Ao escolher quais são os bens jurídicos, o legislador buscou mostrar a todos que, na realidade, há uma sanção a ser imposta caso um tipo seja violado. Há uma verdadeira valoração de quais são as condutas mais prejudiciais a uma comunidade e, as mais graves, recebem uma pena maior. Caracterizado o caráter preventivo, educativo e valorativo.

Conforme ensina Muñoz Conde,

O Poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objetos de outro ramos do direito. (apud GRECO, 2000, p.53)

Este princípio, como *ultima ratio*, presta-se, inclusive, a permitir que ocorra a descriminalização dos tipos penais. Da mesma forma que o legislador seleciona os bens jurídicos para ficar sob a guarda do Direito Penal, ele também deve ficar atento às mudanças sociais, “que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado eram da maior relevância, e fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores” (GRECO, 2000, p. 53).

Como consequência do princípio da intervenção mínima tem-se o princípio da fragmentariedade do direito penal. O Direito, de uma forma geral, ampara inúmeros bens e interesses coletivos. Por exemplo, o Direito Civil protege interesses privados, enquanto o Direito Administrativo tutela a Administração Pública. No tocante ao Direito

Penal, cabe a menor fatia no que diz respeito à proteção desses bens. Reside nisso o seu caráter fragmentário, ou seja, somente um pequeno número de bens estão sob a sua guarda, pois nem tudo lhe interessa só os mais importantes e essenciais ao convívio em sociedade. Segundo Nelson Hungria,

Somente quando um a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da energética sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal. (apud DOTTI, 2003, p. 67)

Quanto ao caráter subsidiário do Direito Penal, Roxin leciona:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falharem outros meios de solução social do problema - como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a “*ultima ratio* da política social” e se define sua missão como proteção *subsidiária* de bens jurídicos. (apud GRECO, 2000, p. 54)

Já a sanção, por sua vez, é a resposta do Estado ao cometimento da infração e pode ocorrer de várias maneiras, tais como a pena privativa de liberdade, a restritiva de direito ou a multa. A ideia é a de que, ao cometer um crime, o condenado deveria ser posto numa instituição e, assim, o Estado o recuperaria. As prisões deveriam servir a esse ideal,

além de punir o criminoso pela prática delituosa. Tirar do convívio social o delinquente e tentar ressocializá-lo para que não pratique tal conduta novamente.

Não obstante, o que temos observado nas últimas décadas é a falha desse sistema. Isso porque privar alguém de sua liberdade não é psicologicamente um modo saudável de “curar” o indivíduo e, ainda, a cadeia acaba sendo uma “nova escola” criminal para as suas vidas. O ócio propiciado pelas prisões permite e estimula isso.

De nada adiantaria ter um Direito Penal imposto pelo Legislativo à população, mas sem alguém para controlá-lo. O Estado é o único capaz de resolver conflitos penais. Mesmo quando há, unicamente, interesses privados no litígio, porque o bem protegido por ele transcende o mero interesse das partes envolvidas na querela.

Assim, pelo respeito à dignidade humana e à liberdade individual é que o Estado fixa a manifestação do seu poder repressivo não só em pressupostos jurídico-penais materiais (*nullum crimen nulla poena sine lege*), como também assegura a aplicação da lei penal ao caso concreto, de acordo com as formalidades prescritas previamente em lei, e sempre por meios dos órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudice, nulla poena sine iudicio*). (TOURINHO, 2001, p.6)

Em suma, o Estado, como consequência do seu poder de império, é o responsável pela tipificação normativa, *jus puniendi* num plano abstrato, e a partir do momento em que a norma é violada, o *jus puniendi* sai desse plano para o concreto, ele tem a obrigação de impor a pena individualizada ao autor da conduta proibida. O Estado, de um poder genérico, abstrato e impessoal, tem, nesse momento, uma pretensão concreta de punir determinada pessoa.

Surge, então, um conflito de interesses, no qual o Estado tem a pretensão de punir o infrator, enquanto este, por imperativo constitucional, oferecerá resistência a essa pretensão, exercitando suas defesas técnica e pessoal. Esse conflito

caracteriza a lide penal, que será solucionada por meio da atuação jurisdicional. Tal atuação, é a tarefa por que o Estado, substituindo as partes em litígio, através de seus órgãos jurisdicionais, põe fim ao conflito de interesses, declarando a vontade do ordenamento jurídico ao caso concreto. Assim, o Estado-Juiz, no caso da lide penal, deverá dizer se o direito de punir procede ou não, e, no primeiro caso, em que intensidade pode ser satisfeito. Trata-se, pois, de jurisdição necessária, já que o ordenamento jurídico não confere aos titulares dos interesses em conflito a possibilidade, outorgada pelo direito privado, de aplicar espontaneamente o direito material nas controvérsias oriundas das relações da vida. (CAPEZ, 2004, p. 2)

Assim, ajudando o Direito Penal, entra o Processo Penal. A jurisdição só atua e resolve o conflito através do processo, que é a garantia de sua legítima atuação, como meio instrumento indispensável ao seu exercício. “Sem o processo, não haveria como o Estado satisfazer sua pretensão de punir, nem como o Estado Jurisdição aplicá-la ou negá-la” (CAPEZ, 2004, p. 2).

Corroborando com essa ideia, o artigo 5, XXXIX, XXXV e LIV, da Constituição Federal contém as seguintes regras: “não há crime sem lei anterior que o defina”; “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e, por último, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Diante de tudo exposto, conceitua-se o Direito Penal como sendo o conjunto de normas jurídicas destinadas a fixar os limites do poder punitivo do Estado, definindo quais são as infrações penais e as suas sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação.

O direito penal é o ramo do ordenamento jurídico que se ocupa dos mais graves conflitos existentes, devendo ser utilizado como a última opção do legislador para fazer valer as regras legalmente impostas a toda comunidade, utilizando-se da pena como meio de sanção, bem como servindo

igualmente para dar contorno ao direito punitivo estatal, evitando abusos e intromissões indevidas na esfera de liberdade individual. (NUCCI, 2006, p. 55)

3.2 CONTRIBUIÇÕES DAS ESCOLAS AO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO E SUAS CRÍTICAS

Diante de tudo analisado no tópico antecedente, há suporte para observar quais as contribuições das Escolas à Ciência Penal.

O período anterior ao iluminismo foi marcado pelo Estado despótico, arbitrário e sem leis predeterminadas. Acontece que a nascente burguesia, nova detentora do poder econômico, sentiu-se prejudicada com esse quadro e, assim, nasceu a Revolução Francesa. É de inegável valia esse movimento, inclusive para os dias atuais. Todavia, o que percebemos é que o que motivou a mudança, o nascimento do Estado Moderno, não foi a necessidade do povo e sim os interesses de uma minoria dona do capital.

De qualquer forma, o Estado Liberal propiciou o nascimento do Estado de Direito. Este consiste em um acordo da sociedade com o Estado, em que as pessoas abrem mão da sua individualidade plena em benefício do bem coletivo e o governante só pode atuar caso existam leis prévias, autorizando-o. As leis penais e princípios importantes, como o da reserva legal, nascem dessa ideia.

A ideia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores. A fixação desse ponto de partida é um dado de fundamental importância, pois as grandes transformações do Estado e os grandes debates sobre ele, nos dois últimos séculos, têm sido determinados pela crença naqueles postulados, podendo-se concluir que os sistemas políticos do século XIX e da primeira metade do século XX não foram mais

do que tentativas de realizar as aspirações do século XVIII. (DALLARI, 1998, p. 145)

Com o passar do tempo e a superação do liberalismo, a sociedade evolui e o conceito de Estado de Direito não satisfaz mais. Surge, então, no artigo 1º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, a adoção do Estado Democrático de Direito como conceito-chave do regime adotado. A democracia, como efetivação de valores como a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa, é conceito mais amplo do que aquele adotado à época do liberalismo.

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação de *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do artigo 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a constituição já o está proclamando e fundando. (SILVA, 2001, p. 123)

As principais características do Estado Democrático de Direito, segundo a Constituição Brasileira, são: democracia como um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito dele, diretamente ou por representantes eleitos. José Afonso da Silva complementa essa ideia dizendo ser a democracia também:

participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e

pressopõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de conveniência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especificamente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2001, p.123)

Luiz Regis Prado (2000), citando Bettiol, diz que a Escola Clássica considerou, também, o princípio da reserva legal, hodiernamente, aceito como base do direito penal. Vê-se:

Os sistemas contratual e natural estão acordes na necessidade de considerar o Direito Penal não tanto em função do Estado, quanto em função do indivíduo, que deve ser garantido contra toda intervenção estatal não predisposta pela lei e, conseqüentemente, contra toda limitação arbitrária da liberdade, exigência que hoje dispensa maiores comentários e explicações, mas que se apresentava como uma conquista capital em relação ao Estado absoluto até então dominante. (apud PRADO, 2000, p. 48)

Além de definir a ideia de que a norma deve ser anterior à conduta delituosa para que esta possa ser punida, o conceito de crime como ente jurídico é desenvolvido por Carrara. “O crime não é um ente de fato, é um ente jurídico; não é uma ação, é uma infração. É um ente jurídico, porque sua essência deve constituir necessariamente na violação de um direito” (apud BITENCOURT, 2000, p. 49).

No entanto, esta Escola não conseguiu evoluir no conceito de pena. Para eles, a pena ainda estava imersa na concepção medieval de punição e exclusão da ressocialização. Ela funcionava como meio de tutela jurídica e de retribuição da culpa moral. “O primeiro objetivo da pena

é a restauração da ordem externa da sociedade, que foi violada pelo crime, produto de uma vontade livre e consciente”. (BITENCOURT, 2000, p.50)

A pena era conceituada como “*controspinta alla spinta criminosa*”. Punia-se o erro cometido *quia peccavit*, e o castigo era sempre o mesmo, para cada crime, sem considerações relativas à individualização. Entre os ditames dessa Escola está aquele que assinala ser a pena destinada a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito e tem o caráter de um mal, equivalente ao que o delinquente causou, limitada pela equidade, atendendo às necessidades, razão pela qual deve ser proporcionada ao crime, certa e definida, segura e justa. Pena adequada ao crime cometido e não ao seu autor. (PIMENTEL, 1973, p.13)

Os pensadores da Escola Clássica ficaram presos à ideia do libere-arbítrio, negando a possibilidade do social influenciar a prática criminosa. Atualmente, sabe-se que ambos estão presentes no crime. Não há como negar que o homem é livre para fazer suas escolhas, mas também, o meio no qual está inserido ajuda a moldar o caráter do ser humano.

O que construíram, em poucas décadas, nunca será demasiado exaltar. Formaram o Direito Penal como verdadeira ciência jurídica, sistematicamente organizado, lógico e justo, impregnado de liberalismo. Escreveram os primeiros códigos. Assentaram os princípios da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade entre crime e pena. Com equilíbrio, aboliram o antigo rigor, sem olvidar a segurança social. Preocuparam-se com as garantias da defesa, asseguraram a publicidade dos processos e da condenação. Encarando o Direito Penal como instrumento de tutela da ordem jurídica, a ser elaborado com método filosófico-jurídico, os clássicos ficaram perdidos em excessiva preocupação racionalista, que acabou por se tornar

um fim em si própria. E, então, o Direito Penal foi submergindo em complexa trama de raciocínios lógicos, abstratos, distanciados da subjacente realidade humana. (GONZAGA, 1974 p. 373)

Já a Escola Positiva, corrente de pensamento que quer interpretar o mundo só com base na experiência, trouxe inúmeras contribuições ao Direito, como a Criminologia. No campo do Direito Penal, destacou-se, principalmente, quanto à aplicação da pena privativa de liberdade uma noção, mesmo que superficial, da possibilidade de ressocialização do preso.

Seus autores “querem saber porque o homem pratica delitos, cumpre pinçar o germe que se esconde na sua personalidade e, identificando-o, num segundo passo extirpar a tendência malfazeja, com remédios que também a pesquisa irá proporcionar” (GONZAGA, 1974, p. 374).

Num primeiro momento, com Lombroso, exclui a possibilidade do livre arbítrio para o cometimento do crime e introduz a noção do criminoso nato. Na contemporaneidade, sabe-se que há uma junção dos dois fatores. O social influencia muito a prática criminosa, mas ela não é o único capaz de determinar a infração. O poder de agir de forma livre e consciente quanto ‘à finalidade perquirida pelo agente é fundamental para caracterizar uma conduta delituosa. As ideias Positivas e Clássicas se complementam de forma perfeita.

Depois, com Ferri, temos a possibilidade de individualizar a pena de acordo com a periculosidade do agente. Coloca-se o criminoso mais perigoso nas prisões, enquanto o menos suscetível a criminalidade prestando serviços à comunidade. Quanto à periculosidade do delinquente, hoje, os autores repudiam essa ideia. Todavia, as medidas criminais substitutivas, como a multa e as restritivas de direito, são incentivadas. Outras possibilidades, para que se evite o encarceramento, também foi discutido por essa Escola. Vê-se:

O trabalho, conclui a nova Escola, deverá ser principalmente preventivo, através de um conjunto de medidas saneadoras do ambiente social, receitadas pela Sociologia. A seguir, ocorrido um

crime seu autor será apreciado enquanto um ser bio-psicológico, para que se lhe possa prescrever o conveniente tratamento. Nega-se eficácia à pena tradicional. Inútil será pensar, dizem os positivistas que a simples promessa de sofrimento que ela encerra tenha eficácia dissuasória, porque é insuficiente para conter os impulsos da generalidade dos indivíduos propensos ao crime. E, quando, imposta a alguém, se revela incapaz de levar à regeneração. (GONZAGA, 1974, p. 376)

Há, inclusive, uma maior preocupação com a vítima e com o delincente. Podemos citar, atualmente, como uma das causas de diminuição de pena o ressarcimento integral do dano à vítima. Além do mais, alguns institutos legais, de larga escala no código penal, foram criados pelo Positivismo. Tais como suspensão condicional da pena, assistência do menor, livramento condicional, medida de segurança e o tratamento tutelar. Também estabeleceu bases mais racionais para a individualização das penas, desdobrando-as em três fases: legal, judicial e executiva.

Não obstante as contribuições dadas pelos positivistas, Jiménez de Asúa faz uma crítica dizendo que “o positivismo paralisou o Direito Penal porque ao mesclar uma ciência casual-explicativa, como a Criminologia, com uma ciência cultural e normativa, que é o Direito, produziu um resultado híbrido e, por isso infecundo” (apud PRADO, 2000, p.53).

Segundo João Bernardo Gonzaga (2002), verifica-se que o infrator “não costuma ser uma pessoa distinta do restante da humanidade. O que fizeram foi dar demasiada importância aos casos em que a etiologia do crime deita raízes em sérios desequilíbrios da personalidade. Perderam de vista a verdadeira alma do homem” (GONZAGA, 1974, p. 380).

Também se repele atualmente esta consequência a que se arriscava levar o pensamento positivista: transferir o conceito de crime para a ideia de estado pessoal, em vez de fenômeno de fato. Ou seja, sancionar-se o indivíduo pelo que ele

supostamente é, não por algo que fez. O homem só pode responder por certo comportamento seu, que viole a norma penal. Conserva-se, assim, a norma moral de falta, que o positivismo quis eliminar. (GONZAGA, 1974, p. 381)

E, por último, segundo Zaffaroni (1999), o poder do capitalismo urbano já consolidara-se à época da Escola Positiva e por isso o organicismo social havia se tornado mais radical e escondia sua natureza idealista sob um disfarce realista supostamente evidente.

O homem era a coisa entre as coisas, e existiam os de melhor e de pior qualidade. Os de pior qualidade, os “degenerados” e biologicamente deficientes caíam na escala social, por um processo de decantação “natural”, e deviam ser controlados pelos que se mantinham no poder, pois se convertiam em uma “classe social perigosa”. O crime era uma manifestação de uma inferioridade, que nem sempre podia ser corrigida (em tal caso impunha-se eliminar ou segregar definitivamente o portador). O grupo de poder era quase invulnerável a tais “sanções”, pois sua “superioridade genética” ou “biológica” a preservava. Somente por acidente algum de seus integrantes podia ficar vulnerado.

A pena, que agora está destinada unicamente aos setores marginalizados, à mão-de-obra barata, já não tem outra medida além daquela requerida pelo “perigo” que o sujeito representa para a “sociedade” (setor hegemônico). (ZAFFARONI, 1999, p. 296)

Já a Escola Moderna Alemã, através de Von Liszt, define o conceito de bem jurídico. “O contributo também vem do estabelecimento de uma distinção frutífera entre bem jurídico e objeto de ataque, além de permitir a primeira visualização do bem jurídico como critério de fundamentação de uma teoria geral do direito penal” (apud PELARIN, 2002, p. 58).

Liszt reduziu o limite de atuação da pena, circunscrevendo-a aos casos onde não há outra forma de proteção suficiente dos bens jurídicos. Tal redução conferiu-lhe o mérito de tentar encontrar o conceito de bem jurídico apto a colocar limites na atividade legiferante criminalizadora. No entanto, a questão da determinação de quais sejam os interesses vitais a serem tutelados pelas normas penais não foi por ele solucionada. (PELARIN, 2002, p. 60)

Esse limite desenvolvido por Liszt traduz uma ideia inicial do que vem a ser o princípio da subsidiariedade no Direito Penal. Perceba. O princípio da intervenção mínima estabelece que o Direito Penal

só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. (PRADO, 2000 p.84)

A Escola Tecno-jurídica, por sua vez, trouxe o atual conceito do Direito Penal. Vejamos o discurso de Arturo Rocco, citado por Prado (2000), em 1910,

Afirma-se que a ciência do Direito Penal tem por tarefa o estudo da disciplina jurídica do fato humano e social chamado delito e do fato social e político chamado pena, quer dizer, o estudo das normas jurídicas que proíbem ações humanas imputáveis, injustas e nocivas, indiretamente geradoras e reveladoras de um perigo para a

existência de uma sociedade juridicamente organizada. (apud PRADO, 2005, p. 92)

De acordo com Bitencourt (2000), introduziu não só o conceito, mas também o status de ciência autônoma, com objeto, método e fins próprios, não podendo ser confundida com outras ciências causal-explicativas ou políticas.

CONCLUSÃO

Analisar a fundo qual a importância e contribuição de cada Escola Penal é essencial à compreensão do Direito Penal.

Perceber como e por que o Estado Moderno foi criado leva a entender melhor a razão do princípio da reserva legal. É importante ter leis prévias e bem definidas para que assim a sociedade sintam-se segura de que não haverá abusos por parte dos governantes. O iluminismo mostrou que essa realidade é possível. Graças a tal movimento revolucionário, chegou-se a idéia do Estado de Direito que mais tarde seria ampliado para o Estado Democrático de Direito.

Os pensadores das Escolas buscaram definir qual o campo de atuação do Direito Penal. E, até mesmo, estabelecê-lo como uma Ciência autônoma. Lograram com êxito nesse quesito. Os autores contemporâneos não questionam mais se há ou não Ciência do Direito Penal (isso já é um fato) e sim como ela deve atuar. Como, por exemplo, se o crime deve ser visto sob uma perspectiva finalista ou se a pena ressocializa o preso ou não. Inclusive, muitos dos antigos questionamentos ainda são estudados hoje.

Beccaria escreveu seu livro *Dos delitos e das penas* em 1764 e muitas das suas pontuações continuam sem respostas. É bem certo que o Estado, como ele preconizou, já existe, porém, as soluções que ele acreditava vir com o mesmo ainda não chegaram. Leis prévias e coercitivas existem, no entanto, continua sendo a população pobre a única suscetível às leis penais. Naquela época, só os nobres não eram punidos e, atualmente, no Brasil, quando analisa-se quais as condutas socialmente relevantes, percebe-se que há uma seleção proposital. As leis induzem os grupos mais humildes e marginalizados como os mais hábeis e suscetíveis às infrações penais. De fato, quanto a este ponto,

não há muita diferença entre o período em que foi escrito o livro e hoje.

Howard desejava humanizar as prisões, torná-las mais salubres havendo a separação entre homens e mulheres nas penitenciárias. Infelizmente, salubridade não existe nas penitenciárias, as celas estão sempre superlotadas e o poder público não investe adequadamente para melhorar esse quadro. No entanto, quanto à divisão dos presídios pelo sexo, a medida é adotada pelo Brasil.

Ferri aparece com a sua proposta de ressocialização do presidiário. Aqui, existe uma tentativa do Estado na sua efetivação. A lei prevê diversos institutos, como a remição da pena, serviços comunitários e a progressão de regime baseado no comportamento do condenado. Um verdadeiro avanço em termos de política criminal. Todavia, alguns deles, como a prestação de serviços comunitários, precisam de um maior suporte do Poder Executivo, pois, na prática, são poucos os locais que os oferecem e o seu controle é muito pequeno.

Casos, como os das penitenciárias no Paraná, provam que Ferri estava certo. Lá, existe um trabalho intenso de reintegração do condenado à sociedade e o índice de reincidência entre esses réus é de 8%. Atribuiu-se o baixo índice de reincidência, segundo o site do governo do Paraná, graças ao trabalho intenso de ressocialização dos presos através do restabelecimento dos laços familiares, da busca da espiritualidade e da prática religiosa dentro dos presídios aliados ao fornecimento de trabalho remunerado. A intenção é fazer um trabalho de readaptação do presidiário para que ele se reintegre à sociedade.

Soluções existem, como previram tais autores, todavia, não há planejamento, por parte Estado, e muito menos cobrança da sociedade para com seus governantes no intuito de resolver os problemas da área penal.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Vol. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

- BITENCOUT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal*. Vol.1 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Vol. I 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. *O fenômeno da globalização e seus reflexos nas ciências criminais*. Tese apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito a Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 20ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GONZAGA, João Bernadino. *Ciência penal 3: considerações sobre o pensamento da Escola Positiva*. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- GRECO, Rogério. *Direito penal: lições*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*. Vol 1. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- JESUS, Damásio de. *Direito penal*. Vol. 1 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Vol. I Campinas: Bookseller, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PARANÁ: AEN - Agência Nacional de Notícias, 10/12/2003. Disponível em: <http://www.agenciadenoticias.pr.gov.br/modules/news/article.php?storyid=6648>
- PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Estudos e pareceres de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol I 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- SABINO, Vicente Jr. *Cesare Beccaria e o seu livro dos delitos e das penas*. São Paulo: Juriscédi Ltda, 1972.
- SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de direito penal*. 5ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SANTOS, Gérson Pereira dos. *Do passado ao futuro em direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOURINHO, Fernando da Costa Filho. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Jose Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ALTERAÇÃO DO PRENOME E SUAS POSSIBILIDADES NO MUNDO JURÍDICO

Luciana Barreto Melo, bacharela em Secretariado Executivo Bilíngue, Bacharela em Direito, ambos pela Universidade Tiradentes, Pós-Graduada em Administração de Empresa pela Universidade Tiradentes, Pós-Graduada do Curso de Especialização em Direito Processual Civil – JUSPODVUM, Oficial Titular do Cartório de Ofício Único de São Domingos

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar, sucintamente, as possibilidades de alteração do prenome sob o prisma legal, jurisprudencial e doutrinário, posto que a imutabilidade da nomenclatura vem sendo cada vez mais relativizada por circunstâncias biológicas, psicológicas ou sociais ocorridas ao longo do tempo.

PALAVRAS-CHAVE: Prenome; relativização; alteração; possibilidades.

ABSTRACT: This study aims to examine, briefly, the scope for changes in the light of first_name legal, jurisprudential and doctrinal, since once the immutability of the nomenclature is being increasingly relativised by circumstances biological, psychological or social occurred over time.

KEYWORDS: First_name; relativization; amendment; possibilities.

A notícia do nascimento de uma criança traz sempre uma indagação inevitável: qual o nome dela ou dele? E a escolha do nome é feita pelos pais que buscam motivação no sentimentalismo, como é o caso de homenagem aos antepassados, a ídolos, devoção religiosa ou, ainda, deixam aflorar a criatividade para tornar a nomenclatura do rebento bastante diferenciada.

Antigamente, pelo fato da sociedade ter adotado a forma patriarcal, o pai tinha uma autonomia suprema perante sua família sendo dele a última palavra inclusive a respeito da escolha do nome do infante. Porém, com o decurso do tempo, esse patriarcalismo deu lugar à igualdade entre homem e mulher passando a escolha do nome da prole a ser feita, em regra, de comum acordo pelos pais, lembrando que ainda existem aqueles pais que fazem questão de por o nome deles em seus filhos, sob o argumento de eternizar o próprio nome.

Conforme definição contida no dicionário de língua portuguesa, “nome” é a palavra com que se designa ou se distingue uma pessoa, um animal ou uma coisa. Quando se fala em determinada pessoa, associa-se a sua figura física ao seu nome, ou vice-versa, tornando-se este nome parte integrante da personalidade e também do patrimônio daquela pessoa, razão pela qual o nome deve ser resguardado e conservado não só durante toda a vida, como também depois da morte de quem o possui. Por isso, se houver ameaça ou lesão a direito da personalidade, seja contra pessoa viva ou morta, será possível àquele(a) que tiver legitimidade propor judicialmente ação de perdas e danos, conforme determina o art. 12 do Código Civil/2002, a seguir:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Alguns doutrinadores, como Carlos Roberto Gonçalves¹, não comungam com o entendimento de que o nome faz parte do patrimônio de quem o possui, sob o argumento de que “a propriedade é alienável e tem características que não se compatibilizam com o nome”.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: parte geral*. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 51.

De certa forma, o renomado autor tem razão se considerarmos que o nome não é objeto de permuta ou venda ao bel-prazer de quem o carrega, mas o direito de propriedade a que se referem outros doutrinadores é no sentido de que a pessoa pode usar e gozar o seu próprio nome como parte integrante de sua personalidade, bem diferente do sentido de propriedade física em que o proprietário possa dispor de determinado objeto.

O direito ao nome é, ao mesmo tempo, um direito e um dever tendo em vista que o nome tem duas dimensões, a pública e a privada. Na dimensão pública o nome é um dever, pois toda pessoa precisa ser identificada, enquanto que na dimensão privada, o nome é um direito subjetivo da personalidade.

Hodiernamente, a lei brasileira, com a nova sistemática civilista, consagrou o direito da personalidade, que já era implicitamente consagrado na Carta de Outubro de 1988, mas com o advento do Código Civil de 2002, foi dada uma ênfase maior à matéria relativa aos direitos que englobam a personalidade e tudo o que dela deriva e, entre eles, o nome.

O direito da personalidade é aquele direito subjetivo que concede à pessoa humana a mais ampla proteção para a defesa de seus valores essenciais. Tal direito tem por objeto os bens da personalidade, os quais dizem respeito à integridade física, moral e psíquica de cada pessoa e por ser o nome um elemento não apenas identificador da pessoa, mas também integrante de sua personalidade, é certo que recai sobre ele todo bônus que por ventura esse direito possa oferecer àquele que o carrega. Ressalte-se que a pessoa não é objeto da personalidade e sim titular do direito da personalidade.

Por ser o prenome um elemento identificador da pessoa, devem os pais ter cautela no momento de sacramentar sua escolha pois, após a efetivação do registro civil de nascimento, o prenome, em regra, não pode mais ser alterado, de acordo com o art. 58 da Lei dos Registros Públicos – LRP que dispõe:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

O estudo do direito é tão fascinante que permite aos seus estudiosos filosofar sobre o entrelaçamento dos diversos ramos do direito. Nesse diapasão, buscando o pensamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que essa Egrégia Corte é adepta da teoria subjetiva de Gabba a qual defende a proteção do ato jurídico perfeito, isto é, quando duas pessoas realizam um ato jurídico perfeito elas subjetivamente vinculam suas vontades ao contrato celebrado entre as partes, e se elas vinculam suas vontades a esse contrato a autonomia privada deve prevalecer até o final do contrato. *Mutatis mutandis*, trazendo esse entendimento para o tema em análise, pode-se dizer que estando a certidão de nascimento perfeita e acabada, ou seja, não contendo nenhum vício, ela é um ato jurídico perfeito, sendo cumprida a vontade dos pais, razão pela qual essa autonomia privada – vontade dos pais – deve prevalecer até o final da vida dos filhos, daí a sapiência do legislador ao determinar que o prenome deve ser inalterado, exceto em casos especialíssimos.

Analisando a alteração do prenome pelo lado legalista, cabe razão ao legislador ao entender que deveria ser inalterado, em regra, não só porque foi uma escolha livre e consciente dos pais, mas, principalmente, para resguardar o princípio da segurança jurídica, caso contrário, estaria-se relativizando a Lei dos Registros Públicos e dando azo a um descontrole não só nos cartórios de registro civil das pessoas naturais como também nas relações interpessoais. Todavia, o entendimento doutrinário atual compreende que o princípio da dignidade da pessoa humana deve se sobrepor ao princípio da segurança jurídica. *Data vênia*, importante lembrar que a proteção da dignidade da pessoa humana não sobrevive sem o respaldo da segurança jurídica, razão pela qual a visão do legislador na década de 70 foi mais sábia ao defender que a alteração do prenome só ocorresse em casos excepcionais. É claro que a lei deve dispor sobre os fatos sociais que necessitam de regulamentação adaptando-se à realidade social, porém

não deve minimizar um princípio em detrimento de outro desde quando ambos têm igual importância na pirâmide jurídica, pois tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto o princípio da segurança jurídica estão dispostos na Constituição Federal. É preciso buscar um equilíbrio entre a real necessidade de alteração do prenome e a coerência do órgão julgador em conceder tal alteração a fim de que não transforme a exceção em regra.

Em que pese o direito ao nome se inserir no conceito de dignidade da pessoa humana e traduzir a identidade pessoal de cada indivíduo, ele é protegido pela legislação e deriva da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Nesse sentido, torna-se premente ressaltar o entendimento do Des. José Carlos Teixeira Giorgis, do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao aduzir que:

Ele não se põe, no entanto, fundamental apenas na esfera de interesses individuais da pessoa que o porta; extrapolando tal esfera individual, ele se mostra relevante também em esferas de interesse público (v.g. eleitoral, administrativa, criminal, processual, etc), no sentido de permitir, a qualquer momento, a perfeita e incontestada identificação da pessoa. Daí o interesse social e público em que ele, no decorrer da existência da pessoa, não experimente significativas alterações, capazes de dificultar uma perfeita identificação ou tumultuar os registros importantes de sua vida².

Mas, como nada é tão absoluto a ponto de não poder ser relativizado, até mesmo a lei é passível de sofrer exceções, afinal o mundo é dinâmico e as normas têm que acompanhar a evolução social e as necessidades daqueles que são regidos por determinada *Lex* pois, caso contrário, esta se tornaria obsoleta e logo cairia em desuso. Então, o próprio art. 58 da LRP não poderia fugir à regra e admite duas

² Apelação Cível nº 597202647, Terceira Câmara Cível, TJRS, Rel.: José Carlos Teixeira Giorgis, j. 12/03/1998

exceções - substituição por apelidos públicos notórios e em razão em fundada coação ou ameaça decorrente com a colaboração com a apuração de crime. Quanto à primeira exceção alhures mencionada, o ilustre Professor Sílvio de Salvo Venosa falou com propriedade que:

A possibilidade de substituição do prenome por apelido público notório atende à tendência social brasileira, abrindo importante brecha na regra que impunha a imutabilidade do prenome, que doravante passa a ser relativa³.

Porém, a cada passo dado pela humanidade surgem novas circunstâncias que gerem o direito à alteração do prenome, como é o caso da existência de erro exclusivamente gráfico, exposição da pessoa ao ridículo, transexual, tradução da língua estrangeira para o idioma português nos casos de difícil pronúncia, adoção e homonímia. Nas hipóteses elencadas, as alterações são obrigatoriamente efetuadas mediante procedimento judicial e, sendo acolhido o pedido pelo Estado-Juiz, só após o trânsito em julgado da sentença é que o oficial do registro civil pode fazer a devida averbação no assento de nascimento, ressaltando-se que não há prazo pré-estabelecido em lei para tais alterações. Todavia, se o interessado deseja modificar o nome para acrescentar mais um prenome, patronímico materno ou sobrenome dos avós, sem prejudicar os apelidos de família que já possui, o requerimento judicial deve ocorrer até um ano após o interessado completar a maioridade, pois o art. 56 da Lei nº 6.015/1973 é cristalino ao falar apenas em alteração do *nome* e não do prenome, conforme pode-se ler a seguir:

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – parte geral*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 216.

Infelizmente, nem todas as pessoas têm conhecimento desse dispositivo legal e terminam os seus dias de vida carregando o fardo de um nome indesejado quando, na verdade, poderiam alterar o seu nome, seja acrescentando outro prenome ou mesmo outro apelido de família, amenizando, assim, a sua insatisfação.

No que pertine ao erro gráfico, a simples demonstração do erro pelo interessado junto ao órgão judicial competente é suficiente para o deferimento do pedido de alteração do prenome ou sobrenome. Quanto à exposição da pessoa ao ridículo, por se tratar de questão de foro íntimo, a parte interessada deve demonstrar que seu prenome o submete a situações vexatórias, devendo explicar suas razões, de forma subjetiva, e comprovar que seu prenome o expõe ao ridículo, não bastando a simples alegação de desconforto que sente ao carregar o seu prenome, pois assim dispõe o caput do art. 57 da LRP. Cabe aqui lembrar que a lei, expressamente, determina no parágrafo único do art. 55 da LRP que o oficial do registro civil não registrará prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores podendo submeter o caso, por escrito, ao juiz competente, se os pais insistirem em manter o prenome vexatório. Falando sobre o tema, o douto Walter Ceneviva aduz que o vexame ou ridículo *“É noção variável de pessoa a pessoa, subjetiva. O delegado agirá com moderação, respeitando tais convicções, só tolhendo a escolha quando aberrante da normalidade.”*⁴

Todavia, a jurisprudência mais atual tem trilhado o entendimento de que basta haver o desconforto ou constrangimento por parte da pessoa que carrega o prenome para o Estado-Juiz conceder a sua alteração. Foi esse o pensamento do vanguardista Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao decidir da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. **ALTERAÇÃO DE PRENOME**, SOB ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO. POSSIBILIDADE. O mero desconforto ou

⁴ CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 137.

constrangimento que sente o requerente com o seu prenome autoriza a alteração, quando inexistente prejuízo a terceiros, impondo-se propiciar a felicidade do cidadão com o seu nome. Recurso provido. (Apelação Cível N° 70025117227, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 30/12/2008)

Além de todas as modalidades de alteração do prenome declinadas acima, há também aquela situação em que a pessoa é conhecida socialmente por nome diverso do contido na certidão de nascimento. O uso de identificação pessoal diferente daquela existente no assento de nascimento gera para o interessado o direito de alterar o prenome desde que comprove, através de, no mínimo, três testemunhas, que não utiliza o verdadeiro nome no convívio social. Se uma pessoa é conhecida por seu apelido ela pode requerer judicialmente que esse apelido seja incluído no seu prenome. Para rechaçar o posicionamento declinado, vale transcrever a jurisprudência emanada do eminente Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: REGISTRO CIVIL - INCLUSÃO DE **PRENOME** - REQUERENTE CONHECIDO NO MEIO EM QUE VIVE PELO NOME QUE PRETENDE INCLUIR - PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 58, DA LEI 6.015/73. Uma vez que o princípio da identificação se sobrepõe ao da imutabilidade, é de se admitir o acréscimo de **PRENOME** pelo qual é conhecida a pessoa nos meios social e familiar, de molde a permitir sua real individualização." (TJMG: Apel. Cível nº 297651-2, 6ª Câm. Cível, rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, v.u., DJ de 01/07/2003).

Em se tratando de vítimas ou testemunhas de crimes que estiverem sendo ameaçadas, o nome delas deve ser substituído completamente e não apenas o prenome, eis que a lei prevê normas especiais de proteção àqueles que estiverem passando por tal situação, consoante dispõe a

Lei nº 9.807/99, em seu art. 9º, podendo essa *benesse* ser estendida a outras pessoas da família, conforme o parágrafo primeiro do art. 2º da mencionada lei, *in verbis*:

Art. 2º [...]

...

Parágrafo primeiro. A proteção poderá ser dirigida ou estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme o especificamente necessário em cada caso.

Outro caso de alteração de prenome é o do indivíduo hermafrodita. Comprovando-se a anomalia física, em que o indivíduo nasce com órgãos sexuais dos dois sexos, torna-se difícil a escolha do nome pelos pais, pois só depois da cirurgia para retirada de um dos órgãos sexuais é que se pode realmente saber qual é o sexo daquela pessoa. Ora, se depois de corrigida a má formação embrionária o prenome não estiver de acordo com o sexo definido, a alteração do prenome torna-se uma necessidade premente. A pessoa não pode carregar um nome diferente da sua condição biológica e psicológica, ou seja, possuir sexualidade masculina e psicologicamente ter a natureza de homem, e continuar com um prenome feminino em sua certidão de nascimento. Ora, como se não bastasse o indivíduo ter que carregar em seu íntimo o trauma de ter nascido com uma anomalia física constrangedora, ainda teria que suportar a tortura psicológica e a exposição de sua pessoa ao ridículo se tivesse que permanecer com um prenome que não condiz com sua verdadeira condição humana. Porém, nesse caso de anomalia física, mais conhecida por hermafrodita, é imprescindível o diagnóstico médico confirmando a necessidade de intervenção cirúrgica para regularizar o estado físico do indivíduo, sob pena do pedido retificatório não ser acolhido pelo Estado-Juiz.

Em sentido oposto está a questão da transexualidade em que o indivíduo nasce com a sexualidade masculina, sem nenhuma anomalia física, porém traz em seu íntimo, em sua alma, a sexualidade feminina. Todavia, em se tratando de transexual, a tão sonhada alteração do

prenome tem que ser precedida da mudança de sexo, isto é, só após a realização de cirurgia para mudança de sexo é que torna-se cabível a alteração do prenome. É preciso lembrar que, nesse caso, não é suficiente a alegação de que a alma é feminina embora o nome seja masculino, pois, se fosse acatado pelo Estado-Juiz esse argumento, como ficaria a denominação do sexo no assento de nascimento do interessado? Mudaria o prenome para o feminino mas o sexo continuaria constando como masculino o que seria um contrasenso e o constrangimento permaneceria embutido nessa divergência entre nome e sexo. Destarte, o Judiciário estaria resolvendo o problema do prenome, porém seria incoerente com relação ao sexo daquela pessoa. Nesse diapasão, decidiu, com sapiência, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento nº 70026211797, *in verbis*:

EMENTA: REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. **ALTERAÇÃO DO PRENOME.** CABIMENTO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA, COM POSSIBILIDADE DE EVENTUAL CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. MUDANÇA DE SEXO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA MOMENTÂNEA. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO ATÉ QUE SEJA JULGADA A OUTRA AÇÃO ONDE A PARTE PEDE QUE O ESTADO FORNEÇA O TRATAMENTO CIRÚRGICO. AVERBAÇÃO DA MUDANÇA. 1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das condições peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3. Possibilidade de antecipação de tutela caso fique

demonstrado descompasso do nome de registro com o nome pelo qual é conhecido na sociedade, devendo ser realizada ampla produção de prova. 4. Descabe sobrestar o curso do processo enquanto a questão da identidade social do autor não ficar esclarecida. 5. Concluída a fase cognitiva e apreciada a antecipação de tutela, é cabível determinar o sobrestamento do processo até que seja realizada a cirurgia para a transgenitalização, quando, então, o autor deverá ser submetido a exame pericial para verificar se o registro civil efetivamente não mais reflete a verdade. 6. Há, portanto, impossibilidade jurídica de ser procedida a retificação do registro civil quando ele espelha a verdade biológica do autor, mas, diante da perspectiva do tratamento cirúrgico, essa impossibilidade torna-se momentânea, o que justificará, plenamente, o sobrestamento do processo. Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento Nº 70026211797, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 18/02/2009)

Agora, é preciso distinguir mudança de nome por conta de um fato alheio a vontade de quem o recebeu e mudança de nome por insatisfação pessoal. O desejo de alteração do próprio nome não pode acarretar um novo registro sem antes passar pelo crivo judicial e, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal corrobora com o entendimento de que é válido o primeiro registro de nascimento em detrimento de eventuais segundos ou terceiros registros. Por isso, só a ação competente é o meio hábil de retirar o peso de um nome indesejado.

Em contrapartida, se o indivíduo muda o seu *status* pessoal involuntariamente, como é o caso da adoção, nada mais justo que seja permitido aos adotantes escolher o nome que pretendem chamar o seu filho a partir do momento em que são declarados pais da criança. É como se o rebento tivesse nascido naquele instante, ou seja, todo o seu passado com relação a sua vida civil deixa de existir e a criança passa a ter uma nova condição social no que diz respeito aos pais,

irmãos, avós, tios etc., sendo justa a alteração do seu prenome e apelidos de família pois assim determina o art. 1.627 do CC/2002 e o art. 47, §5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para rechaçar tal afirmação, propicio é ressaltar o entendimento do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Apelação Cível n º 70018229336:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. ALTERAÇÃO DO PRENOME DA ADOTANDA. POSSIBILIDADE PREVISTA PELO §5º DO ART. 47 DO ECA. CRIANÇA DE TENRA IDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTO IDÔNEO A INDICAR PREJUÍZO À IDENTIFICAÇÃO DA MENINA.

A adoção configura, do ponto de vista jurídico, praticamente um novo nascimento, daí porque a possibilidade de alteração do prenome e inclusão dos patronímicos da nova família, prevista no §5º do art. 47 do ECA.

No que pertine ao reconhecimento de filho posterior a efetivação do registro de nascimento, a alteração do prenome não se faz necessária, eis que não elencada entre as exceções legais, apenas o filho reconhecido mudou de *status* com relação a paternidade, sendo facultado ao pai acrescentar no nome do filho os seus apelidos de família, fato este que deve ser expressamente ressaltado no instrumento jurídico em que foi reconhecida a paternidade, seja na escritura pública, escrito particular, testamento ou manifestação direta e expressa perante o juiz.

Há, ainda, o caso de alteração de prenome em decorrência da homonímia, ou seja, quando a pessoa tem nome igual ao de alguém procurado pela polícia, p. ex. Nesse caso, o comum é requerer judicialmente a inclusão de mais um apelido de família que não esteja elencado em sua nomenclatura podendo ser um sobrenome materno, paterno ou dos avós, desde que tornem diferentes o nome de um cidadão de bem e o de um bandido, evitando situações constrangedoras para aquele que tem uma vida regida pela licitude.

É bem verdade que, algumas vezes, os pais alcançam um elevado grau de devaneio na escolha dos prenomes dos filhos, principalmente quando joeiram nomes estrangeiros cuja pronúncia e escrita são de difícil compreensão tanto para aqueles que os escolhem como para aqueles que o recebem. Esse estrangeirismo desnecessário deve ser evitado, a fim de não causar insatisfações pessoais temporárias ou até irreversíveis, vez que, até ser concedida ou não a alteração do prenome pelo juiz, o seu proprietário já passou por situações desconfortáveis ou vexatórias.

Destarte, para evitar esse e outros tipos de transtornos, deve entrar em cena a figura do tabelião que tem o dever de advertir os pais sobre os possíveis constrangimentos ao optarem por prenomes incomuns, de difícil escrita ou complicada pronúncia. Sábio foi o legislador ao disciplinar tal matéria no parágrafo único do art. 55 da LRP, a saber:

Art. 55. [...]

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente.

Ressalte-se que o tabelião não pode impor ou opinar a respeito da preferência da nomenclatura que os pais querem adotar para os filhos, todavia, por uma questão de bom senso, cabe ao oficial do registro civil esclarecer acerca de todos os entraves pessoais e legais que a má escolha do prenome pode causar na vida de um indivíduo.

Destarte, sendo o nome uma identificação pessoal, ele deve preencher positivamente o ego de quem o carrega de forma a trazer-lhe satisfação e não ser motivo de vexame ou causar qualquer transtorno de foro íntimo para aquele que o possui e a responsabilidade por uma escolha coerente e sensata é diretamente dos pais e indiretamente do oficial de registro civil que, por ser um conhecedor da lei, tem o dever legal de não efetuar um registro de nascimento com prenome esdrúxulo e havendo insistência por parte dos pais o oficial deve remeter o caso ao juiz competente.

Assim sendo, apesar do nome ser uma aquisição involuntária do ser humano, passando a integrar a personalidade e o patrimônio daquele que o possui após o assento de nascimento, nem por isso quem o carrega precisa ser vítima de modismos, estrangeirismos ou outro motivo que venha a causar-lhe traumas pessoais, razão pela qual os pais, que são os responsáveis por essa escolha, devem optar por nomes que tenham em sua essência a cultura e o meio social de onde estão inseridos, não esquecendo que na simplicidade reside o belo, o elegante e o sofisticado, além de não causar nenhum vexame.

A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 492, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. O JÚRI E AS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Jayme Walmer de Freitas, é juiz criminal em Sorocaba/SP, mestre e doutorando em Processo Penal pela PUC/SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura e de Leis Especiais da Rede LFG. Autor das obras *Prisão Temporária e OAB – 2ª Fase – Área Penal*, pela Editora Saraiva. Coordenador da *Coleção OAB – 2ª Fase*, pela mesma editora. Co-autor do livro *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, sob a coordenação de Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, pela Editora Quartier Latin. Palestrante. Foi coordenador pedagógico do Curso Triumphus – preparatório para Carreiras Jurídicas e Exame de Ordem, por 14 anos.

RESUMO: O presente trabalho tem como vertente principal debater a constitucionalidade do atual artigo 492, § 1º, do Código de Processo Penal. Com a edição da Lei 11.313/06, que alterou o artigo 60 da Lei 9099/95, permitindo em seu parágrafo único o julgamento dos crimes conexos pelo juiz comum e do júri, nasceu a questão da inconstitucionalidade, por supostamente contrariar o disposto no art. 98, I, da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Desclassificação; júri; conexão; competência.

ABSTRACT: This work has as main part discussing the constitutionality of the current article 492, § 1, of Code of Criminal Procedure. With the Law 11313/06, which amended article 60 of law 9099/95, allowing a single paragraph in its prosecution of crimes related and common by the judge of the jury, was born the question of unconstitutionality,

for allegedly contradicting the provisions of art. 98, I, of the Federal Constitution.

KEYWORDS: Declassification; jury; connection; competence.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Inconstitucionalidade; 3. Brevíssimo histórico da legislação sobre Juizados: constitucionalidade; 4. Consequência prática: vantagens em todos os quadrantes; 5. A interpretação jurisprudencial do art. 60, parágrafo único, da Lei 9099/95; 6. Conclusão: constitucionalidade da Lei 11.313/06 e 11.689/08.

1. INTRODUÇÃO

A finalidade do presente artigo é discutir a constitucionalidade da desclassificação do crime doloso contra a vida para outro da competência do Juizado Especial Criminal, operada pelo Conselho de Sentença, em face da nova disciplina dada pela Lei 11.689/08 ao Código de Processo Penal.

Segundo o § 1º, do art. 492, do Código de Processo Penal, com a nova redação: “Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos artigos 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.” Equivale dizer, caso o Conselho de Sentença acate pedido desclassificatório da defesa alterando a competência do júri para o juízo singular duas situações podem surgir: a) a decisão será imediata por parte do próprio juiz-presidente, não sendo infração de menor potencial; b) sendo de menor potencial ofensivo, verificará se o réu faz jus a alguma benesse prevista na Lei 9099/95 e adotará as providências para tanto; do contrário, sentenciará de plano.

Pouco importa seja desclassificação própria – sem especificar o crime (ex.: de homicídio tentado para outra infração a ser definida pelo magistrado) – ou imprópria – especificada a infração (ex.: de homicídio tentado para lesão corporal dolosa ou culposa) – o

presidente do Tribunal do Júri adotará uma das vertentes apontadas (“a” ou “b”).

Questão: a manutenção da competência do juiz-presidente para processar e julgar uma infração de menor potencial ofensivo ofenderia ao disposto no art. 98, I, da Carta Magna?

2. INCONSTITUCIONALIDADE

Para alguns doutrinadores, a previsão legal feita às infrações de menor potencial ofensivo, violaria o texto constitucional (CF, art. 98, I). Guilherme de Souza Nucci (Código de Processo Penal Comentado, p. 829) abraçou o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (Juizados Especiais Criminais, p. 79) quanto à interpretação que chegaram quanto à alteração da redação do art. 60, parágrafo único, da Lei 9099/95 e por extensão o art. 492, § 1º, igualmente, seria inconstitucional.

Para os eruditos autores: “quando a desclassificação for para infração de menor potencial ofensivo (...) a competência passa a ser do Juizado Especial Criminal. Transitada em julgado a decisão desclassificatória, os autos serão remetidos ao Juizado competente, onde será designada a audiência prevista nos arts. 70-76 da Lei. Não há outra solução, pois a competência dos Juizados para as infrações de menor potencial ofensivo, por ser de ordem material e ter base constitucional, é absoluta (...). Nos locais em que não há Juizado Especial, compete ao próprio juiz do Tribunal do Júri tomar as providências relacionadas com a Lei 9099/95, designando a audiência dos arts. 70-76, atuando os institutos despenalizadores aplicáveis à situação concreta”.

Como aquela norma é inconstitucional, esta também o é. Aduz que a competência do JECRIM advém da Constituição Federal e inexistente a viabilidade jurídica para a legislação ordinária alterá-la. Nas duas situações mostra-se violada a norma constitucional.

No âmbito dos Juizados Criminais, seguem a mesma linha de interpretação, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, ao ponderarem que a alteração efetuada pela Lei nº 11.313/2006 no parágrafo único “é absolutamente inócua e ineficaz. A lei ordinária não pode modificar competência material, que tem sua matriz na própria

Constituição Federal.” (Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais; Editora Forense, 1ª ed. 2008, pág. 32).

Restringindo-se à seara do júri, Rômulo Andrade Moreira (*in* Jurid, Conexão e continência – Lei 11.313/06, acesso em 24.04.2009), preconiza a mesma linha de interpretação ao lecionar que: “Este entendimento prevalece mesmo tratando-se de delito de menor potencial ofensivo conexo com um crime contra a vida, hipótese em que ao Tribunal do Júri caberá exclusivamente o julgamento do delito contra a vida, posição que não fere em absoluto o artigo 5º, XXXVIII, d, da Carta Magna, pois ali não há exigência do Júri em julgar também os crimes conexos àqueles. A Constituição reserva ao Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, e tão-só. Os crimes conexos devem também ser julgados pelo Tribunal Popular (artigo 78, I, CPP), salvo aqueles cuja competência extraia-se da Constituição Federal (como os de menor potencial ofensivo)”.

3. BREVÍSSIMO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE JUIZADOS: CONSTITUCIONALIDADE

O art. 98, I, da CF prevê a criação dos juizados com competência para o julgamento de infrações penais de menor potencialidade ofensiva, mediante procedimento oral e sumaríssimo. Permite, ainda, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Para dar efetividade à Carta Magna, foi sancionada a Lei 9099/95 que disciplinou as infrações e os procedimentos aplicáveis, bem como os institutos despenalizadores pertinentes (composição civil de danos, transação penal, representação nos crimes de lesão corporal dolosa simples ou culposa e a suspensão condicional do processo).

Na esteira do apontado no item precedente, a doutrina mais abalizada sempre pugnou pela competência absoluta dos Juizados.

Na opinião do saudoso Mirabete (Juizados Especiais Criminais, p. 28) “a competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta. Não é possível, portanto, que nele sejam processadas outras infrações e, se isso suceder, haverá nulidade absoluta”.

Desde a sanção da Lei 9099 e sua entrada em vigor, no dia 26 de novembro de 1995, a competência dos Juizados sempre pôde ser modificada para a Justiça Comum em duas situações: a) no caso de citação por edital (art. 66, parágrafo único); b) nas causas complexas (art. 77, § 2º). Para o legislador, a citação por edital e o processamento de causas complexas se contrapunham à informalidade, celeridade e à economia processual, três dos princípios norteadores dos Juizados (art. 62).

Ou seja, malgrado a competência seja absoluta, sempre se admitiu temperamentos da lei ordinária ao texto constitucional.

Para Rômulo de Andrade Moreira “Nada mais razoável e proporcionalmente aceitável que retirar dos Juizados Especiais o réu citado por edital (ao qual será aplicado, caso não compareça, o artigo 366 do CPP) e um processo mais complexo: são circunstâncias que, apesar de excluírem a competência dos Juizados, ajustam-se perfeitamente àqueles critérios acima indicados e são, portanto, constitucionalmente aceitáveis.”

Leis posteriores ampliaram o âmbito de incidência dos Juizados para outras esferas e alteraram o conceito das infrações de menor potencial ofensivo.

A Emenda 22, de 18 de março de 1999, criou os Juizados Especiais Federais e acrescentou um parágrafo único ao art. 98, da Constituição. Mais tarde, a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, materializou a criação e possibilitou, de forma efetiva, a instalação dos Juizados Federais Cíveis e Criminais, provocando a primeira alteração no conceito de infração de menor potencial.

Em 2006, a Lei 11.313, trouxe a última e mais relevante inovação no tema competência. Pela nova redação dada ao art. 60 e parágrafo único, “Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis” disciplinou que a justiça comum e o Tribunal do Júri, em casos de conexão e continência, poderão observar os institutos da transação penal e da composição dos danos civis nas infrações de menor potencial ofensivo. Em outros termos, as Varas Criminais e as Varas do Júri passaram a ter competência cumulativa para o processo e o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, em caso de

conexão e continência entre os crimes de sua alçada e do Juizado Especial Criminal.

A título de lembrança por sua importância, a despeito de irrelevante no tema, aquele diploma (Lei 11.313/06), deu nova redação ao art. 61 com novo conceito de infração de menor potencial ofensivo: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Lembremos o conceito de competência: é o limite da jurisdição do juiz. Por conseguinte, o juiz de vara privativa dos Juizados Especiais Criminais, ante a natureza material que lhe é imposta, sob pena de nulidade absoluta, sofre a limitação constitucional, ficando-lhe vedado presidir qualquer processo-crime que extrapole os contornos da Lei 9099/95.

Pois bem, partindo da premissa que toda a doutrina admite a constitucionalidade dos arts. 66, parágrafo único, e 77, § 2º, ambos da Lei dos Juizados, que permitem a modificação da competência quando de citação por edital e em processos complexos, inexistente motivo para se questionar a constitucionalidade de dispositivos que, por fundamentos igualmente relevantes, mantêm a competência da justiça comum ou do júri para prosseguirem com o processamento da infração de pequeno potencial ofensivo.

Lá, duas situações específicas admitem a modificação da competência, expulsando dos juizados os processos. Aqui, a competência com maior elasticidade exerce *vis attractiva*.

Os novos diplomas – Lei 11.313/06 e 11.689/08 - estão sintonizados com os princípios da economia processual, informalidade e celeridade. Aquele por permitir que um juiz com competência para julgar infrações mais graves, igualmente seja competente para julgar as menos graves. O último diploma, valendo-se da mesma noção e evitando procrastinações inúteis, permite que o juiz-presidente dê o desfecho adequado ao processo que, via de regra, presidiu desde o recebimento da denúncia e tem total condição de bem decidir a demanda. Imaginar-se o desmembramento do feito, nas situações emolduradas pela Lei 11.313/06, ou a declinação da competência para o Juizado Especial Criminal, na nova redação do art. 492 do CPP,

significa desprezar os próprios fundamentos que trouxeram a Lei dos Juizados para o nosso universo jurídico.

Fazendo coro com a argumentação tecida por Eugênio Pacelli de Oliveira (Curso de Processo Penal, pp. 593-594) “embora prevista constitucionalmente a sua criação, com a exigência de rito procedimental mais célere, ali não se estabeleceu: a) nenhuma privatidade dos Juizados para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, como facilmente se percebe da leitura do art. 98, I, CF; b) qualquer competência material, rigorosamente falando, isto é, razão do direito material, que pudesse exigir a criação de uma Justiça especializada”.

O art. 98, I, da CF teve o grande descortino de separar as infrações leves das demais, prevendo que nos Juizados Criminais somente tramitar infrações de menor potencial ofensivo, nenhuma outra, sob pena de nulidade insanável. E é óbvio, se a competência é *ratione materiae* inconcebível sua ampliação. Em outro pólo, no entanto, o raciocínio há de ser oposto, porquanto é racional, dinâmico e congruente com os princípios concernentes aos Juizados, o processo e o julgamento de infrações de menor potencial por varas que detenham competência mais ampla.

Indaga-se: existe algum prejuízo para o réu ser julgado por um juiz comum (estadual ou federal) ou do júri (estadual ou federal)? A resposta é, em nosso sentir, indiscutivelmente não. Nada obstaculiza o juiz comum ou do júri de sentenciar um processo com infrações conexas, sendo uma de menor potencial ofensivo, ou após desclassificação pelos jurados.

Repise-se: se o Júri tem competência para julgar crimes dolosos contra a vida, retirar-lhe a possibilidade de dar continuidade ao desfecho favorável ao acusado, procrastinando a solução, além de se mostrar contrário à economia processual, impede a imediata prestação jurisdicional pelo magistrado que teve contato desde a origem com o fato imputado.

Importante: O juiz eleitoral outorga os benefícios da Lei 9099/95 nos crimes eleitorais, cuja pena privativa de liberdade não exceda dois anos e nem por isso se cogita de enviar seus processos para os Juizados Especiais Criminais. A Justiça Militar igualmente era competente, até que por alteração legislativa (art. 90-A), deixou de sê-lo. Mais, nos

processos de competência originária, os institutos de despenalização são aplicados por inteiro pelos Tribunais.

4. CONSEQUÊNCIA PRÁTICA: VANTAGENS EM TODOS OS QUADRANTES

As inovações trazidas pelos arts. 60, parágrafo único, da Lei 9099/95 e 492, § 1º do Código de Processo Penal têm *utilidade diária efetiva* e se mostram compatíveis com a dinâmica processual exigível com a realidade atual. Quem milita na área criminal sabe que os desmembramentos de feitos são um entrave à boa administração da justiça, não só porque atrapalham a normalidade dos trabalhos cartorários, mas porque podem provocar decisões contraditórias. O juiz comum absolve e o do Juizado Especial Criminal propõe e o autor do fato aceita uma transação penal. Lá sai favorecido e aqui não. O julgamento *simultaneus processus* propicia maior amplitude de defesa, evita decisões conflitantes e obvia uma solução mais rápida ao litígio, reclamo maior da sociedade civil de um formato melhor de administração da Justiça.

No tocante ao Tribunal do Júri, Luiz Flávio Gomes, Rogério dos Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito, pág. 236) em abono ao entendimento esposado, lecionam que “os autos não são remetidos para os juizados. O processo não sai da Vara do Júri. Conclusão: o juiz presidente do Tribunal do Júri aplicará os dispositivos cabíveis da Lei dos Juizados (art. 69 e ss.). Inclusive no que concerne à exigência de representação da vítima (art. 88), quando se trata de lesão corporal leve. Ela deve ser intimada para isso e terá o prazo legal (seis meses) para exercer seu direito de representação”.

5. A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9099/95

De há muito o Fórum Nacional dos Juizados – FONAJE –, em seu Enunciado n. 10 estabelece que “Havendo conexão entre crimes da competência do Juizado Especial e do Juízo Penal Comum, prevalece a competência deste.”

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido da integral aplicabilidade da inovação legislativa à Lei 9099/95, *verbis*: “Configurada a conexão entre os crimes de tráfico de drogas e aquele previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, compete ao Juízo Comum processar e julgar tais delitos, por aplicação do disposto no art. 60 da Lei nº 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei nº 11.313/2006. (STJ: CC 92365/RS, Relator Min. Jorge Mussi, 3ª seção, j. 13/08/2008).

Também: “Configurada a conexão entre os crimes de ameaça e furto, compete ao Juízo Comum processar e julgar tais delitos, por aplicação do disposto no art. 60 da Lei 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei 11.313/2006” (STJ: CC 91.984/MG, Relator Min. Jorge Mussi, 3ª Seção, 13/08/2008).

Em São Paulo, o Tribunal de Justiça, por sua Câmara Especial, foi mais longe e firmou entendimento no sentido da constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, da Lei 9099/95. Cito trechos de aresto da lavra do eminente Desembargador Elias Tâmbara, nos autos do Conflito de Jurisdição nº 166.026, j. em 15.12.2008, no qual se discute o juízo competente por conexão entre crimes de tráfico e posse de drogas: “Não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade da Lei nº 11.313/2006, a qual alterou o disposto no artigo 60 e 61 da Lei nº 9.099/1995, pois, ainda que, no caso, se trate de competência material, é certo que o legislador pretendeu evitar que as normas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais deixassem de ser aplicadas quando houvesse conexão com outra infração adstrita ao âmbito da Justiça Comum. Nesse sentido há posicionamento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a aplicação destas normas despenalizadoras se dá em qualquer processo de natureza penal, inclusive em segundo grau de jurisdição, isto é, nos Tribunais, o que, por si só, afasta a tese da competência exclusiva dos Juizados para a utilização das normas em estudo. *Os preceitos de caráter benéficos da Lei nº 9.099/1995 aplicam-se a qualquer processo penal, inclusive nos Tribunais. Precedentes do STF Inq. nº 1.055/AM, RTJ 162/483, HC nº 77.303- PB, (STF - HC nº 76.262-SP).* Assim, na hipótese, diante de conexão entre crimes de competência do Juizado Especial Criminal e do Juízo Comum, este último haverá de prevalecer, porquanto de maior amplitude, podendo,

nele, inclusive, ser aplicadas as medidas da Lei nº 9.099/95, conforme o art. 60, parágrafo único do mesmo diploma legal.”

6. CONCLUSÃO: CONSTITUCIONALIDADE DAS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

A desclassificação operada pelo Conselho de Sentença de um crime doloso contra a vida para uma infração de menor potencial ofensivo não provoca a mudança da competência do juiz-presidente.

Não existe ofensa ao texto constitucional. A Constituição Federal conferiu competência absoluta aos Juizados Especiais Criminais para processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, nada além. O juiz do Juizado Especial Criminal exercerá jurisdição exclusiva em tais infrações, sob pena de nulidade absoluta. Em momento algum a Magna Carta negou o aproveitamento de seus institutos benéficos, em outros processos e por outros juízes ou Tribunais. Aliás, a Lei 9099/95, desde o nascedouro, assegurou a modificação de competência em hipóteses específicas, de modo a reconhecer e permitir que outros juízes e Justiças tivessem legitimidade para julgar as infrações de menor potencial ofensivo. A Lei 11.313/06 trilhou pelo mesmo caminho e o Código de Processo Penal idem, especialmente porque respeitaram os fundamentos do diploma legal correspondente.

Diante de tais ponderações, vê-se que a redação do art. 492, § 1º encontra conforto constitucional, de modo que os juízes-presidentes dos Tribunais do Júri têm competência para o processo e o julgamento de infração de menor potencial ofensivo em virtude de desclassificação operada pelo Conselho de Sentença.

É dizer, os Juizados Especiais Criminais têm competência *absoluta*, mas seus institutos benéficos podem ser tomados pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri, nos termos do Código de Processo Penal, bem como pelo juiz comum, nos casos de conexão ou continência, consoante disciplina o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95, por terem competência mais abrangente.

Sem menosprezo algum, as infrações são de menor potencial e sempre prevaleceu a interpretação de que *major absorbet minorem*.

O § 4º DO ART. 394 DO CPP E O PROCEDIMENTO PENAL NA LEI DE DROGAS (LEI N. 11.343/2006)

Renato Marcão, Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Penal, Político e Econômico. Professor no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito Damásio E. de Jesus; no curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes, e no curso de pós-graduação do Instituto Busato de Ensino. Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP). Autor dos livros: *Tóxicos* (Saraiva); *Curso de Execução Penal* (Saraiva), *Estatuto do Desarmamento* (Saraiva), *Crimes de Trânsito* (Saraiva, no prelo), e *Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada* (Lumen Juris). Co-autor dos livros: *Notáveis do Direito Penal* (Consulex) e *Comentários à Lei de Imprensa* (Revista dos Tribunais).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O art. 394 do CPP; 3. Disposições inconciliáveis; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.719/2008, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, trouxe várias discussões a respeito da aplicação de suas regras; discussões evitáveis caso fosse o legislador melhor preparado e mais responsável com o manuseio da legislação penal.

É lamentável o que se tem feito com a “lei penal” desde 1990!

É sintomática a diferença de qualidade entre as mudanças que ocorrem no campo penal e aquelas extrapenais. Estas, ligadas e movidas por interesses privados, são sempre de melhor qualidade.

Dentre as várias discussões que estão em pauta, uma diz respeito ao alcance do § 4º do novo art. 394 do CPP; outra, de igual magnitude, trata do momento em que deverá ocorrer o recebimento da denúncia no procedimento comum, ordinário, e isso em razão do disposto nos arts. 396, *caput*, e 399, ambos do CPP, com a redação da Lei n. 11.719/2008, mas desse tema cuidaremos de forma detalhada em outro trabalho.

2. O ART. 394 DO CPP

Diz o § 4º do novo art. 394 do CPP, com a redação da Lei n. 11.719/2008: “As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”.

De início cumpre anotar que o art. 398 foi revogado pela Lei n. 11.719/2008, não sendo possível sua aplicação, bem por isso, a qualquer procedimento. A referência, portanto, fica restrita aos arts. 395 a 397.

O art. 395 estabelece causas de rejeição liminar da denúncia ou queixa, quando nem era preciso, aplicáveis a qualquer procedimento, independentemente da existência de previsão expressa.

O art. 396 trata do recebimento da peça acusatória e citação do réu para resposta escrita.

O art. 396-A trata da resposta escrita, e o art. 397 prevê possibilidades de absolvição sumária, pressupondo, esta, denúncia efetivamente recebida, já que não é possível absolver alguém sem que exista processo formalmente instaurado, o que exclui admitir o recebimento efetivo da acusação somente por ocasião do art. 399 do CPP.

A interpretação isolada do § 4º do art. 394 tem proporcionado conclusões com as quais não concordamos, sustentando a extensão e aplicação das novas regras ao procedimento da Lei de Drogas, como se tem proclamado amiúde.

A questão, entretanto, merece análise mais ampla, envolvendo o art. 394 do CPP em toda sua extensão.

Com efeito, ao dizer que o procedimento será comum ou especial o art. 394, *caput*, do CPP, estabelece de forma clara a existência e independência dos gêneros: comum e especial, em matéria de procedimento.

O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo (§ 1º do art. 394).

Conforme dispõe o § 2º do art. 394 do CPP, “aplica-se a todos os processos o procedimento comum (ordinário, sumário ou sumaríssimo), salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial”.

O dispositivo é claro ao resguardar a integridade dos procedimentos especiais, que só sofrerão incidência das regras do procedimento comum quando não houver disposição em contrário.

O caráter subsidiário ou residual¹ das regras gerais também está ressaltado no § 5º do art. 394 do CPP, assim redigido: “Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo, as disposições do procedimento ordinário”.

O procedimento ordinário constitui subespécie do procedimento comum, e suas regras estão dispostas exatamente nos arts. 395 a 404 do CPP.

Ora, está claro que a conclusão expansiva e derogadora de regras especiais que se tem tirado do disposto no § 4º do art. 394 do CPP não resiste à análise e não diz mais que o § 5º do mesmo artigo, que manda aplicar aquelas mesmas regras apenas de forma subsidiária, visto que os arts. 395 a 397 estão compreendidos dentro do procedimento ordinário a que se refere.

Em outras palavras, o § 4º do art. 394 está a dizer que as regras a que se refere, todas contidas no procedimento ordinário, aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, previstos ou não no Código de Processo Penal, e o § 5º do mesmo artigo assegura que

¹ No mesmo sentido, conferir: JAYME WALMER DE FREITAS, *Pinceladas à reforma do CPP. O art. 394 do CPP em face dos ritos especiais, na Lei nº 11.719/08*. Disponível na Internet: <http://jus.uol.com.br>

estas mesmas regras somente serão aplicadas de forma subsidiária, até porque, como referido no § 2º, também do art. 394, as regras do procedimento comum serão aplicadas aos procedimentos especiais somente se não houver disposição em *contrário*.

Sabido é que o procedimento especial previsto nos arts. 55 a 58 da Lei de Drogas dispõe de forma *contrária* ao que está expresso nos arts. 396 a 397 do CPP e, diga-se de passagem, com melhor técnica.

Conforme o art. 55 da Lei de Drogas, oferecida a denúncia, o juiz ordenará a *notificação* do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas (§ 1º do art. 55).

As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (§ 2º do art. 55).

Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação (§ 3º do art. 55).

Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias (§ 4º do art. 55).

Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias (§ 5º do art. 55).

Ao invés de *receber a denúncia* de plano (art. 396, *caput*, do CPP), caso não seja hipótese de rejeição, e desde logo mandar *citar o réu* para apresentar resposta escrita, no procedimento da Lei de Drogas o juiz, não sendo caso de rejeição liminar da peça acusatória, mandará *notificar o denunciado para apresentação de resposta escrita*, esta, portanto, precedente ao recebimento da denúncia, ao *contrário* do que ocorre no procedimento comum, ordinário.

No âmbito da Lei de Drogas, somente após a efetiva apresentação da resposta é que o juiz, não sendo caso de rejeição, avaliação mais

uma vez pertinente após a resposta escrita, irá receber a acusação, designar audiência de instrução e julgamento, e seguir conforme o disposto nos arts. 56 a 58.

No procedimento comum, não tendo sido rejeitada de plano a acusação, desde logo a inicial será recebida e o réu passará a contar contra si com ação penal em curso, o que evidentemente é mais gravoso se comparado à sistemática da Lei de Drogas.

Dir-se-á que o art. 397 do CPP instituiu hipóteses de absolvição sumária, e que permitir ao juiz tal possibilidade é benefício que não se deve subtrair ao “acusado”, devendo se assegurar sua incidência em todo e qualquer procedimento, mas tal forma de pensar também não é suficiente para impor a aplicação de tal instituto ao procedimento regulado na Lei de Drogas nos moldes em que tipificado no Código de Processo Penal, não sendo demais salientar que estando presente qualquer das hipóteses reguladas no art. 397 do CPP, no âmbito da Lei de Drogas o juiz sequer receberá a denúncia, o que uma vez mais traduz considerável vantagem ao denunciado.

No procedimento especial da Lei de Drogas, as causas de rejeição da denúncia previstas no art. 395 do CPP serão aplicadas, como de resto já afirmamos, também a todo e qualquer procedimento, e não por força do disposto no § 4º do art. 394 do CPP. O recebimento da denúncia antes da resposta escrita, conforme o art. 396, *caput*, do CPP, colide com regra expressa do art. 55 da Lei de Drogas. O que é “citação” para resposta escrita no art. 396, *caput*, do CPP, no art. 55 da Lei de Drogas é “notificação” para resposta escrita, e os prazos são idênticos. O que é causa de absolvição sumária no art. 397 do CPP é causa de rejeição da peça acusatória no âmbito da Lei de Drogas, e, insista-se, não por força do disposto no § 4º do art. 394, mas sim porque o juiz jamais, em tempo algum, deve receber formalmente a acusação inicial e instaurar processo criminal quando verificar: I - a *existência manifesta* de causa excludente da ilicitude do fato; II - a *existência manifesta* de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III - que o fato narrado *evidentemente* não constitui crime; ou, IV - extinta a punibilidade do agente.

Não é razoável pensar o contrário.

Não tem sentido lógico imaginar o recebimento de uma denúncia ou queixa quando manifestas; evidentes, as situações negativas indicadas no art. 397 do CPP.

Tais situações, até porque manifestas e evidentes, não dependerão, no mais das vezes, do conteúdo da resposta escrita para se explicitarem no processo, e então, pergunta-se: Se já no primeiro instante, por ocasião do art. 396 do CPP, o juiz verificar qualquer das causas previstas no art. 397, até porque, frise-se, são manifestas, evidentes, deverá desde logo absolver sumariamente o denunciado? Mesmo antes do recebimento da denúncia? Mesmo antes da citação do denunciado e a completa formação do processo a que alude o art. 363 do CPP?

A resposta a todas as indagações é a mesma: claro que não.

Deverá o juiz, em qualquer das hipóteses, rejeitar a peça acusatória.

E assim é que ocorre no procedimento especial da Lei de Drogas, sob todos os aspectos, mais benéfico ao denunciado, que antes mesmo de ter contra si instaurada a ação penal, com o efetivo e formal recebimento da acusação, terá rejeitada a peça inaugural, mantendo íntegro seu *status dignitatis*.

A Lei de Drogas, sobre os aspectos acima destacados, dispõe de forma contrária e com melhor técnica; de maneira mais benéfica ao denunciado, se confrontadas suas regras com aquelas dos arts. 396 e 397 do CPP.

O art. 48, *caput*, da Lei de Drogas, soma suas formas ao § 5º do art. 394 do CPP, de molde a acolher apenas subsidiariamente as regras do Código de Processo Penal, e bem assim aquelas pertinentes ao procedimento comum, ordinário, em que se inserem os arts. 395 a 397 do CPP, de aplicação inviável no âmbito da Lei nº 11.343/2006.

3. DISPOSIÇÕES INCONCILIÁVEIS

Parte valiosa da doutrina defende que o efetivo recebimento da denúncia, nos contornos do procedimento comum, ordinário, tratado no art. 396 e seguintes do CPP, deve ocorrer já por ocasião do art.

² Nesse sentido: EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, *Curso de Processo Penal*, 10ª ed., Rio de Janeiro,

396, *caput*,² enquanto outra parte louvável entende que o vocábulo “recebe-la-á”, contido no artigo 396, *caput*, indica apenas a ausência de rejeição (art. 395) e não diz mais que um mero juízo preliminar de admissibilidade da denúncia ou queixa, sem representar efetivo recebimento da peça acusatória, que só ocorrerá após a apresentação da resposta escrita (art. 396-A), não sendo caso, ainda, de rejeição, ou de absolvição sumária (art. 397), isso por força do vocábulo “recebida”, contido no art. 399 do mesmo *Codex*.³

Como já esclarecemos anteriormente, segundo nosso entendimento, o efetivo recebimento da peça acusatória deve ocorrer por ocasião do art. 396, *caput*, do CPP, para que em seguida possa ser completada a formação do processo com a citação do denunciado e regular triangulação, como manda o art. 363, e para que se possa falar verdadeiramente em absolvição sumária, a ensejo do art. 397.

A técnica jurídica está explícita. A lei fala em *rejeição* da denúncia ou queixa e *absolvição* sumária, tendo entre os dois extremos o *recebimento* e a *citação*. *Rejeição*, como é óbvio, antes do recebimento da inicial acusatória. *Absolvição sumária*, como também é reluzente, após a efetiva instauração da ação penal, pressupondo recebimento formal da acusação e citação; estando completa a formação do processo, como diz o art. 363 do CPP.

Adotados tais parâmetros, caso se pretendesse aplicar as regras dos arts. 396 a 397 do CPP ao procedimento da Lei de Drogas haveria manifesta incompatibilidade, face à impossibilidade de conciliação das regras comuns do Código de Ritos com as especiais dos arts. 55 e 56 da Lei de Drogas.

Lumen Juris, 2008, p. 640; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *Código de Processo Penal comentado*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 715; JAYME WALMER DE FREITAS, Pinceladas à reforma do CPP. O art. 394 do CPP em face dos ritos especiais, na Lei nº 11.719/08. Disponível na Internet: <http://www.jus2.uol.com.br>; LUIZ FLÁVIO GOMES, ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO, *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 338; RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA, A reforma do Código de Processo Penal – Procedimentos, *Revista Jurídica* n. 370, p. 117.

³ Nesse sentido: ANTONIO SCARANÇE FERNANDES e MARIÂNGELA LOPES, O recebimento da denúncia no novo procedimento. *Boletim IBCCrim* n. 190, setembro de 2008, p. 2; CEZAR ROBERTO BITENCOURT e JOSE FERNANDO GONZALES, O recebimento da denúncia segundo a Lei 11.719/08. Disponível na Internet: <http://www.conjur.com.br>; GERALDO PRADO, Sobre procedimentos e antinônias. *Boletim IBCCrim* n. 190, setembro de 2008, p. 5.

Note-se, por exemplo, que a denúncia passaria a ser recebida e o réu citado antes da resposta escrita, e o § 2º do art. 56 manda que o juiz, *já no despacho que receber a denúncia*, designe dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, que deverá ser realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

Tentada a aplicação das regras do CPP com as regras da Lei de Drogas, como poderia o juiz designar audiência de instrução e julgamento, ordenar a notificação do acusado, de seu defensor (?), do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitar os laudos periciais, se ainda poderia impor absolvição sumária?

Determinaria o juiz a notificação das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, quando ainda não haveria no processo o rol das testemunhas da defesa?

Como poderia, então, o juiz, realizar audiência dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados do recebimento da denúncia, se é sabido que os procedimentos visando à citação do réu para resposta escrita demandarão, na quase totalidade dos casos, tempo superior a 30 (trinta) dias?

Não haveria processo sem excesso de prazo!

Como pensar em designação de audiência para os próximos 90 (noventa) dias em razão da necessidade de avaliação para atestar dependência de drogas se ainda não teria sido apresentada resposta escrita e não se saberia ser caso ou não de exame de dependência!

É evidente que a solução não passaria por designar a realização de exame de dependência em todos os casos, indistintamente, e assim justificar audiência no prazo mais dilatado.

Note-se que no âmbito do art. 56 da Lei de Drogas, ao receber a denúncia o juiz já apreciou a resposta escrita e nela pode conter requerimento ou informações que determinem a realização do exame de dependência, ao passo que, na sistemática do art. 396 do CPP, a denúncia será recebida antes da resposta escrita, ocasião em que ainda não será possível, no mais das vezes, dispor de elementos que autorizem pensar na realização de exame de dependência.

Seria viável tal Frankenstein jurídico?

Evidente que não.

4. CONCLUSÃO

Como se vê, o § 4º do art. 394 do CPP não pode ser interpretado isoladamente, mas sim em consideração com os demais dispositivos do mesmo artigo, levando em conta, ainda, o disposto no art. 48, *caput*, da Lei de Drogas, resultando claro que as regras gerais só têm aplicação de forma subsidiária, residual, ao procedimento da Lei nº 11.343/2006, que dispõe de forma contrária quando trata da notificação do denunciado para apresentação de resposta escrita; do recebimento da denúncia, citação do réu etc.

Não há dúvida, portanto, que o procedimento regulado nos arts. 55 a 58 da Lei nº 11.343/2006, atual Lei de Drogas, permanece íntegro, sem qualquer modificação decorrente do disposto nos arts. 396 a 397 do CPP⁴, ao contrário do que algumas vezes se tem proclamado em razão do disposto no § 4º do art. 394 do mesmo Estatuto.

Como já advertia CESARE BECCARIA⁵ “uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência”.

E arrematava o ilustre jusfilósofo: “Desejais prevenir os crimes? Fazei leis simples e evidentes”.

“Em um povo forte e valoroso, a incerteza das leis é constringida finalmente a substituir-se por uma legislação exata”⁶.

⁴ Aplica-se o princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 399, § 2º do CPP, com redação da Lei nº 11.719/2008.

⁵ *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo, Hemus, 1983. p. 92.

⁶ *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo, Hemus, 1983. p. 93.

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A VEDAÇÃO AO REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO

Liana Menezes Santos

RESUMO: Este texto tem como finalidade precípua analisar a possibilidade de verificar-se a progressão de regime prisional para os crimes hediondos.

PALAVRAS-CHAVE: individualização; progressão; hediondos.

O princípio da individualização da pena é um princípio constitucional exposto, localizado no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, disposto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal:

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Individualizar a pena é aplicar a pena a cada condenado, não utilizando padrões de reprovação ou simplificações de raciocínio que conduzem sempre à pena mínima ou máxima. Significa quantificar a reprimenda penal em decorrência das características específicas do fato concreto, devendo lidar com as diferenças naturais e culturais dos indivíduos e grupos envolvidos com a prática de comportamentos delitivos.

Alberto Silva Franco preleciona que tal princípio garante a todo cidadão, condenado num processo-crime, uma pena particularizada,

peçoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada¹.

Guilherme de Souza Nucci apresenta conceito no mesmo sentido:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto².

Com efeito, o princípio da individualização da pena representa um direito fundamental do cidadão em face do poder punitivo estatal, impondo a necessidade de se analisar as particularidades de cada caso concreto e de cada autor do fato para a aplicação e para o cumprimento da pena, elidindo-se padronizações que acabariam por gerar injustiças, pois o que é adequado a um caso específico pode não ser a outro, embora seja semelhante.

O processo de individualização da pena possui três níveis, quais sejam: cominação, imposição e execução da pena. Nucci especifica da seguinte forma:

A individualização da pena desenvolve-se em três etapas. Primeiramente, cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínima e máxima,

¹ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 208.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.30.

suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a individualização legislativa. Dentro dessa faixa, quando se der a prática da infração penal e sua apuração, atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus prismas e feitos. É a individualização judiciária. Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. Ainda que dois ou mais réus, co-autores de uma infração penal recebam a mesma pena, sabe-se que o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada. Enquanto um deles pode obter a progressão do regime fechado ao semiaberto em menor tempo, outro pode ser levado a aguardar maior período para obter o mesmo benefício. Assim também ocorre com a aplicação de outros instrumentos, como, exemplificando, o livramento condicional ou o indulto coletivo ou individual. É a individualização executória³.

Assim, existem a individualização legislativa, a individualização judiciária e a individualização executória da pena. Na primeira, o legislador realiza uma análise do aspecto social-jurídico do crime e determina os limites mínimo e máximo da pena correspondente.

Na individualização judiciária, verifica-se um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, por meio do qual, o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei⁴.

³ NUCCI, 2007, p. 32.

⁴ NUCCI, 2007, p.146.

Após a fixação da pena na sentença condenatória, passa-se a fase de individualização executória, em que poderão ser verificadas a progressão do regime de cumprimento da pena, a unificação das penas, a remição, a concessão ou revogação de benefícios.

Essa fase derradeira de individualização é dinâmica, e nela pode haver a atenuação ou o agravamento do regime de cumprimento de pena, bem como a concessão ou a revogação de benefícios como a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional, por exemplo.

Cumpre ressaltar que o processo de individualização da pena atinge seu momento máximo na execução penal, pois de acordo com o mérito ou com o demérito do preso, o cumprimento da pena sofre alterações que o torna cada vez mais concreto e individualizado, como a progressão para um regime mais benéfico, os dias abonados pela remição, a concessão de *sursis* ou de livramento condicional e também a regressão para regime mais gravoso, revogação de benefícios, tudo de acordo com a conduta do preso.

Assim, lei ordinária que impuser regime prisional único, vedando a progressão, contraria frontalmente o princípio constitucional de individualização da pena, mormente na sua última etapa.

Com efeito, no julgamento do HC 82959-7, em 23 de fevereiro de 2006, quando, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, por entender que a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado conflita com a garantia constitucional da individualização da pena. A ementa desse julgado foi lavrada nos seguintes termos:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO -
PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A
progressão no regime de cumprimento da pena,
nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem
como razão maior a ressocialização do preso que,
mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.
PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME
DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO -
ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90
- INCONSTITUCIONALIDADE -

EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959/SP, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgamento: 23/02/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 01-09-2006).

Justificou-se a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, sob três argumentos, quais sejam:

- A vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena;
- Incoerência na Lei 8.072/90, porque ao passo que desconsidera o princípio da individualização da pena no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 e impõe o regime integralmente fechado, admite no art. 5º o livramento condicional;
- Restaria configurada a derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97.

Individualizar a pena significa ajustá-la à pessoa do condenado, de acordo com a sua culpa, considerando a suficiência e a necessidade da punição. Se o regime prisional é único e inflexível, não há individualização, mas, ao revés, padronização abstrata indiferente à pessoa que delinuiu.

Quando o legislador ordinário estabeleceu uma obrigatoriedade genérica de regime integralmente fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade para crimes hediondos, de forma que este regime fosse imposto a qualquer condenado, impediu que o juiz considerasse a situação concreta, na medida em que impôs um padrão de regime prisional e vedou a progressão.

O Ministro Sepúlveda Pertence destacou:

Individualização da pena, Senhor Presidente, enquanto as palavras puderem exprimir ideias, é a operação que tem em vista o agente e as circunstâncias do fato concreto e não a natureza do delito em tese. Estou convencido também de que esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e o pretende, de todo, impertinente ao da execução dela. De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução⁵.

A proibição de progredir para um regime prisional mais favorável distancia-se da finalidade de ressocialização que a pena deve buscar. Não há como esperar bom comportamento carcerário de alguém que não possui qualquer esperança de alcançar um regime de cumprimento de pena menos rigoroso. “O recluso submetido a regime integral fechado tende a embrutecer na medida em que não vislumbra qualquer horizonte, qualquer esperança de reabilitar-se e ser útil à sociedade”⁶. Nesse sentido ressaltou o Ministro Marco Aurélio:

Senhor Presidente, tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada ideia do “mal pelo mal causado” e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a

⁵ No voto proferido no HC 69.657.

⁶ Fragmento do voto do Min. Eros Grau o HC 82.959-7/SP.

empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?⁷

Ademais, quando o Poder Constituinte Originário determinou tratamento excepcional aos crimes hediondos, não constou que seria defesa a progressão de regime, nem impôs qualquer outra restrição ao processo de individualização da pena. Descumpriu, dessa forma, a Lei dos Crimes Hediondos o preceito constitucional ao ampliar o leque de restrições, acrescentando a proibição de progressividade que lá não consta.

Nesse sentido, salientou o Ministro Cezar Peluso:

Evidente, assim, que, perante a Constituição, o **princípio da individualização da pena** compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

Logo, tendo predicamento constitucional o **princípio da individualização da pena** (em abstrato, em concreto e em sua execução) exceção

⁷ Voto proferido no HC 69.657-1/SP.

somente poderia ser aberta por norma de igual hierarquia nomológica⁸. [Grifo nosso]

Outro fundamento que embasou a declaração de inconstitucionalidade da imposição de regime prisional único da Lei dos Crimes Hediondos foi a contradição presente nesta lei, que, a um só tempo, veda a progressão e permite a concessão do livramento condicional, ou seja, viabiliza o retorno do condenado ao convívio social antes do integral cumprimento da pena.

Com efeito, a Lei nº. 8.072/90 acrescentou o inciso V ao art. 83 do Código Penal, e, com isso, permitiu a concessão do livramento condicional se cumprido mais de 2/3 da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Assim, a lei veda a possibilidade de reingresso gradativo no meio social, mas possibilita a concessão de benefício maior, que é o livramento condicional. Preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos do art. 83 do Código Penal, alcançará o apenado a liberdade. Há uma evidente incongruência no tratamento legislativo.

Quanto à derrogação da Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 9.455/97, a Lei de Tortura, tem-se que esta, por ser posterior e por regular um crime equiparado a hediondo, possibilitou a progressão, pois dispôs no seu art.1º §7º que “o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do §2º, **iniciará** o cumprimento da pena em regime fechado”.

A Lei nº 9.455/97 é, portanto, mais benéfica que a Lei nº 8.072/90, e, devido ao tratamento unitário determinado pela Constituição Federal no art. 5º, inciso XLIII, possibilitou a progressão de regime de cumprimento de pena dos demais crimes hediondos.

Impende destacar que em 2003, o STF editou a Súmula 698, que assim preceitua: “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada

⁸ Voto proferido no HC 82.959-7/SP.

ao crime de tortura”. A partir da decisão tomada pelo Plenário, em 23 de fevereiro de 2006, considerando inconstitucional a vedação à progressão para os crimes hediondos e equiparados, passa-se a uma uniformidade na execução penal desses delitos, e, resta prejudicado o teor daquela súmula.

O Ministro Gilmar Mendes acrescentou outro fundamento para a declaração de inconstitucionalidade: incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade. Vejamos:

Fica evidente, assim, que a fórmula abstrata consagrada pelo legislador, que veda a progressão aos crimes hediondos, não se compatibiliza também com o princípio da proporcionalidade, na acepção da *necessidade* (existência de outro meio eficaz menos lesivo aos direitos fundamentais). Verificada a **desnecessidade** da medida, resta evidenciada a lesão ao princípio da proporcionalidade.

A previsão da Lei nº 9.455/97 quanto à possibilidade progressão do crime de tortura (§ 7º, art. 1º) se não tem caráter revogatório da Lei nº 8.072/90, parece indicar, também, a **desnecessidade** da medida enquanto instrumento de combate à criminalidade⁹.

Destarte, com base nos fundamentos acima expostos, a Suprema Corte declarou *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por maioria (6 x 5), nos termos do voto do relator, vencidos os Ministros Carlos Veloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim.

O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal não teria o condão de gerar consequências jurídicas com relação às penas já extintas até a data da decisão, e, também, que a decisão plenária

⁹ Voto proferido no HC 82.959-7

envolveu, unicamente, o afastamento do óbice à progressão, sem prejuízo da verificação, caso a caso, pelo juiz competente, dos demais requisitos atinentes ao deferimento da possibilidade de progredir para um regime prisional mais favorável.

Contudo, a declaração de inconstitucionalidade feita no HC 82959-7 acabou por gerar uma distorção, já que aquele que cometeu um crime hediondo poderia obter, após o cumprimento de 1/6 da pena e comprovado bom comportamento carcerário, a progressão de regime, assim como o autor de um crime comum, não etiquetado como hediondo. Dessa forma, acabou-se por dispensar tratamento idêntico a crimes completamente distintos, desprestigiando-se os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade.

Para corrigir essa distorção, adveio a Lei n. 11464, em 28 de março de 2007, que entrou em vigor imediatamente e passou a permitir expressamente a progressão de regime nos crimes hediondos e assemelhados, seguindo a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, porém estabelecendo percentuais diferenciados para tanto, corrigindo a distorção gerada pela sua decisão, que possibilitava a progressão se cumprido 1/6 da pena, igualando, nesse aspecto, crimes comuns e crimes hediondos.

A nova lei promoveu alteração na redação do §1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, substituindo o advérbio “integralmente” por outro, “inicialmente”. Houve a repetição do que estava previsto na Lei de Tortura. Já no §2º do art. 2º, o novo diploma legal definiu que se o apenado for primário, a progressão dar-se-á após o cumprimento de 2/5 da pena e, se reincidente, após 3/5.

Como a Lei nº 11.464/07 fixou percentuais mais rígidos para a progressão, afigura-se, nesse aspecto, mais gravosa para o réu, impõe-se a sua irretroatividade. Assim, esses novos percentuais só poderão incidir a partir do dia 29 de março de 2007, data da vigência da nova lei. Aos fatos praticados antes dessa data, deve ser aplicado o percentual previsto na Lei de Execução Penal, ou seja, 1/6.

REFERÊNCIAS

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

