

Esmese

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

esmese - revista 14.indd 1 03/12/2010 14:29:18

esmese - revista 14.indd 2 03/12/2010 14:30:29

REVISTA DA ESMESE

Revista da ESMESE N° 14, 2010

esmese - revista 14.indd 3 03/12/2010 14:30:29

©REVISTA DA ESMESE
ISSN 1679785X

Conselho Editorial e Científico
Presidente: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Desembargador Netônio Bezerra Machado
Juiz João Hora Neto
Desembargador Cezário Siqueira Neto
Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Angelo Ernesto Ehl Barbosa
Revisão: Ronaldson Sousa e Mateus Correia
Editoração Eletrônica: Mateus Correia
Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares
Impressão: Nossa Gráfica Editora.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Superior da Magistratura de Sergipe
Centro Administrativo Desembargador Antonio Goes
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-080- Aracaju – Sergipe
Tel. (79) 3214-0115. Fax: 3214-0125
http: www.esmese.com.br
e-mail: esmese@tjse.jus.br

R454 Revista da Esmese.
Aracaju: ESMESE/TJ, n° 14, 2010.

Semestral

1. Direito - Períodico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



COMPOSIÇÃO

Diretor
Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico
Desembargador Cezário Siqueira Neto

Subdiretora de Administração
Ana Patrícia Souza

Subdiretores de Curso
Ilma Suzana Teles S. Macedo
Angelo Ernesto Ehl Barbosa

esmese - revista 14.indd 5 03/12/2010 14:30:29

esmese - revista 14.indd 6 03/12/2010 14:30:30

SUMÁRIO

esmese - revista 14.indd 7 03/12/2010 14:30:30

esmese - revista 14.indd 8 03/12/2010 14:30:30

Sumário

APRESENTAÇÃO.....11

DOUTRINA.....13

CITAÇÃO: PRESSUPOSTO DE EXISTÊNCIA OU REQUISITO DE VALIDADE?
Patrícia Cunha Barreto de Carvalho.....15

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO EFEITO DA INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROCESSO CRIMINAL
Geilton Costa da Silva.....35

DECISÃO JUDICIAL E A QUESTÃO DE GÊNERO: ANÁLISE DO DISCURSO
José Anselmo de Oliveira.....43

ALIENAÇÃO PARENTAL: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E PSICOLÓGICAS
Raphael Silva Reis & Nara Conceição Santos Almeida Reis.....49

PROCESSO NOS TRIBUNAIS - REFORMA E ANULAÇÃO DAS SENTENÇAS
Marcos de Oliveira Pinto.....63

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE DEFESA DA CIDADE
Edson Ulisses de Melo.....79

EL TRASLADO DE CONDENADOS AL PAÍS DE ORIGEN COMO UNA NUEVA FORMA DE COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL EN EL MERCOSUR
Luciane Klein Vieira.....85

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO
Elisa Bastos Frota.....133

CUMPRIMENTO DA SENTENÇA: O PRAZO DO ARTIGO 475-J, DO CPC
Ulysses Maynard Salgado.....159

ADOÇÃO TARDIA: UMA REALIDADE EM SERGIPE
Dayse Cristina Souza Santos.....183

SUPRIMENTO JUDICIAL PARA REALOCAÇÃO DE VERBAS ORÇAMENTÁRIAS (POSSIBILIDADE À LUZ DA MODERNA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL)
Saraí Araujo Alves.....209

O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO
Marilian Ribeiro de Sousa Mariano.....229

CÂMERAS NAS ESCOLAS: LIMITAÇÕES EM FACE DA LIBERDADE DE APRENDER E ENSINAR
Antonio José Siqueira de Santana.....241

O DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Dourival Melo da Silva Júnior.....257

A ATIVIDADE DA IMPRENSA E O DIREITO À INTIMIDADE: ALGUNS ASPECTOS JURÍDICO-REFLEXIVOS
Maria José Mendonça da Mota.....271

A CONCRETIZAÇÃO HERMENÊUTICO-JURISDICIONAL
Eduardo Farias Silva.....293

ÉTICA DA MAGISTRATURA: UM OLHAR SOB A PESPECTIVA DA FORMAÇÃO HUMANÍSTICA
Zelma Tomaz de Matos.....315

A CONJUGAÇÃO DAS LEIS PENAIS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE
Eliana Augusta de Menezes Acioly.....329

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 94 DO ESTATUTO DO IDOSO
Juliana Vasconcelos de Oliveira.....355

A TAXA DE INCÊNDIO DO ESTADO DE SERGIPE E A TIPICIDADE TRIBUTÁRIA FECHADA
Roberto de Paula Lima Filho.....377

APRESENTAÇÃO

Com imensa satisfação, estamos trazendo a lume a Revista nº 14 da Esmese, uma iniciativa vitoriosa dos estudiosos que compõem o Poder Judiciário de Sergipe, nessa área específica de atuação literária.

O objetivo maior, desde o início da atual gestão da Esmese, é o de continuar aprimorando a cultura humanística dos nossos magistrados, para que possam eles distribuir a costumeira justiça, com os olhos voltados para o cumprimento da lei, mas visualizando o homem como consequência maior desse primado.

As matérias deste número, como as anteriores, focalizam temas como filosofia, psicologia jurídica e ética, a ciência do conhecimento humano que prioriza o ser como ente social, sem lhe desconhecer os sentimentos mais comuns que, por essa razão, estão sujeitos a piques alternados entre o que deve ser feito e o que poderia ser feito, em cada caso concreto.

No dizer de Aristóteles, a lei é a razão sem emoção, ou seja, ninguém pode dizer que cumpre a lei se aplica-la tão somente, como se estivesse retirando do papel sua fria insensibilidade e desprovida de outro sentimento que não fosse somente o de punir, sem considerar que por trás de cada autor ou réu, existe um ser humano provido de razão e emoção.

A ética do julgador, por isso mesmo, não considera apenas o que moveu o homem ao transgredir a lei, mas revela as circunstâncias do seu gesto, quando lhe atribui atenuantes e agravantes, para que desse desequilíbrio aparente, possa dizer se ele pode merecer o julgamento ético do juiz que não se imiscuiu na causa, mas tratou-a na exata proporção do que conheceu e do que decidiu, segundo sua inteira convicção.

Dessa forma e em assim pensando, a nossa edição da *Revista da Esmese* procura trazer à discussão de todos os seus leitores, e não apenas dos magistrados, os problemas comuns de todos os que interpretam as leis que não fazemos, mas que devemos torná-las viáveis e possíveis de serem reflexos da sociedade em que vivemos.

Recebam, pois, a nova edição da *Revista da Esmese*, de mentes e olhos abertos, para essa difusora do conhecimento dos que fazem o Poder Judiciário de Sergipe.

Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho
Diretor da Esmese

esmese - revista 14.indd 12 03/12/2010 14:30:30

DOUTRINA

esmese - revista 14.indd 13 03/12/2010 14:30:30

esmese - revista 14.indd 14 03/12/2010 14:30:30

CITAÇÃO: PRESSUPOSTO DE EXISTÊNCIA OU REQUISITO DE VALIDADE?

Patrícia Cunha Barreto 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*. Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Sergipe – FASE e em Direito Processual Civil pela PUC/SP – ESMESE. Professora de Deontologia da ESMESE (Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe), em convênio com o Curso Marcato.

1. INTRODUÇÃO

A discussão acerca da existência de processo antes do recebimento da denúncia e citação do acusado é de suma relevância, já que possibilita a delimitação das repercussões trazidas pela nova legislação processual penal, a qual possibilita ao acusado a apresentação de resposta inicial para fins de posterior análise sobre as hipóteses que autorizam a absolvição sumária.

A polêmica consiste em decifrar a aparente incongruência existente entre o conteúdo do art. 396 e do 399 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008.

Com a introdução de tais dispositivos, questiona-se sobre o momento em que o magistrado pode receber a denúncia, bem como sobre a natureza jurídica da citação, a qual repercute no próprio conceito de processo e de relação jurídica processual.

Afinal, a citação seria um pressuposto de existência ou requisito de validade de um processo? Há algum óbice ao recebimento da denúncia antes mesmo da citação do acusado?

As respostas residem na própria gênese do processo, seja ele penal

ou mesmo civil, e sua distinção da relação jurídica processual a ele subjacente.

2. O PROCESSO PENAL E A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

O processo pode ser conceituado, como bem observou Afrânio da Silva Jardim:

> "...como o conjunto orgânico e teleológico de atos jurídicos necessários ao julgamento ou atendimento prático da pretensão do autor, ou mesmo de sua admissibilidade pelo Juiz."[1]

E continua dizendo que:

> "O processo será penal de acordo com a natureza da pretensão deduzida em juízo pelo autor (pretensão punitiva ou de liberdade, esta no sentido amplo). Destarte, se o julgamento da pretensão ou de sua admissibilidade se fizer através da aplicação de uma norma penal ou processual penal, tratar-se-á de processo penal. Caso contrário, o processo será civil ou trabalhista".[2]

Denota-se que o processo é um só, tanto na jurisdição civil como na jurisdição penal, como bem afirmou José Frederico Marques:

> "Instrumento da atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquele da justiça penal".[3]

Diante de tais afirmações, constata-se, desde logo, a importância da verificação da conformidade dos pressupostos processuais, sejam eles de existência ou de validade, para fins de constituição e regular desenvolvimento do processo.

Para tanto, é necessário também distinguir o processo, como um

conjunto de atos jurídicos, unidos de forma orgânica e teleológica, necessários ao julgamento ou atendimento prático da pretensão do autor, ou mesmo, de sua admissibilidade, da relação jurídica processual.

Sobre o assunto, ensina Afrânio da Silva Jardim que:

> "Somos que o processo é uma categoria autônoma de direito, não se confundindo com a relação jurídica processual que dele se origina. Criador e criatura hão de ser, logicamente, entes distintos (…) Em suma, o processo é, na realidade, a fonte da relação jurídica processual, a sua gênese. São, por assim dizer, dois momentos diversos: o processo (categoria autônoma de direito já conceituada acima) e a relação jurídica que vincula os sujeitos que intervêm no processo. Partindo desta distinção, veremos adiante que os pressupostos processuais de existência realmente se referem ao processo, mas os chamados pressupostos (condição) de validade se relacionam com a relação jurídica processual, na medida em que condicionam a produção de determinados efeitos jurídicos previstos pela norma".[4]

Baseando-se na distinção entre processo e relação jurídica processual, Eugênio Pacelli de Oliveira sustenta o seguinte:

> "Desde logo, uma distinção necessária: pressuposto de existência do processo não é o mesmo que pressuposto de existência da relação processual. Esta, independentemente da teoria que se adote em relação ao tema – se angular, na qual se nega a relação jurídica processual entre autor e réu, ou se triangular, quando presente -, exige sempre o concurso ou a participação de autor e acusação, reunidos sob a jurisdição do magistrado. E mesmo que não se aceite mais a expressão relação processual, atente-se para os termos do art. 363, *caput,* CPP, com redação dada

> pela Lei 11.719/08, no qual se lê: *o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.* Haveria, então, processo completo e processo incompleto, permanecendo a essência da distinção.
> E para que tenhamos processo (incompleto, que seja), isto é, para que se exerça atividade jurisdicional, seria suficiente a existência de órgão investido de jurisdição (juiz) e de demanda (ato de pedir), veiculando a pretensão.
> Exemplo cristalino da utilidade de tal distinção pode ser visto na decisão que rejeita liminarmente a denúncia ou queixa (art. 395, CPP). Nesta hipótese, embora incompleta a relação processual ou incompleto o processo (art. 363, CPP), já que o acusado sequer teria sido chamado em juízo, é bem de ver que, inegavelmente, teria existido o processo, a menos que se queira admitir manifestações do Poder Judiciário, e com eficácia preclusiva, fora do processo judiciário.
> Por isso, não nos parece consistente a doutrina que inclui entre os pressupostos de existência do processo, a presença de partes, autor e réu, exigência está ligada, como vimos, tão-somente à existência da relação jurídica processual penal".[5]

Aury Lopes Jr., por sua vez, destaca a noção de processo como situação jurídica ao discorrer sobre a superação de Bülow por James Goldschmidt:

> "A noção de processo como relação jurídica, estruturada na obra de Bülow, foi fundante de equivocadas noções de segurança e igualdade que brotaram da chamada relação de direitos e deveres estabelecidos entre as partes e entre as partes e o juiz. O erro foi o de crer que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica, com um autêntico processo de partes.
> Com certeza, foi muito sedutora a tese de que no processo haveria um sujeito que exercitava

nele direitos subjetivos e, principalmente, que poderia exigir do juiz que efetivamente prestasse a tutela jurisdicional solicitada sob a forma de resistência (defesa). Apaixonante, ainda, a ideia de que existiria uma relação jurídica, obrigatória, do juiz com relação às partes, que teriam o direito de lograr através do ato final um verdadeiro clima de legalidade e restabelecimento da "paz social".

Foi JAMES GOLDSCHMIDT e sua *teoria do processo como situação jurídica,* tratada na sua célebre obra *Prozess als Rechtslage,* publicada em Berlim em 1925 e posteriormente difundida em diversos outros trabalhos do autor, quem melhor evidenciou as falhas da construção de Bülow, mas principalmente, quem formulou a melhor teoria para explicar e justificar a complexa fenomenologia do processo.

Para o autor, o processo é visto como um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam, caminham, em direção a uma sentença definitiva favorável. Nega ele a existência de direitos e obrigações processuais e considera que os pressupostos processuais de Bülow são, na verdade, pressupostos de uma sentença de fundo.

GOLDSCHMIDT ataca, primeiramente, os pressupostos da relação jurídica, em seguida nega a existência de direitos e obrigações processuais, ou seja, o próprio conteúdo da relação e, por fim, reputa definitivamente como estática ou metafísica a doutrina vigente nos sistemas processuais contemporâneos. Neste sentido, os pressupostos processuais não representam pressupostos do processo, deixando, por sua vez de condicionar o nascimento da relação jurídica processual para serem concebidos como pressupostos da decisão sobre o mérito".[6]

Para este doutrinador, baseado na Teoria do Processo como situação jurídica, de James Goldschmidt, os pressupostos processuais, dentre os

quais a citação do acusado, não servem para condicionar a existência do processo e a consequente relação jurídica processual que se origina a partir dele, já que, na verdade, são exigências para a prolação de uma decisão sobre o mérito.

3. O PROCESSO PENAL E SEUS PRESSUPOSTOS

Afrânio da Silva Jardim, seguindo a sua linha de raciocínio de que o processo é um conjunto de atos praticados, os quais criam uma relação jurídica autônoma e independente da relação material, preconiza que:

> "O processo é continente, enquanto a *res deducta in judicio* é o seu conteúdo. (…) Para o regular exercício do direito de ação exige-se a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. (…) A estas três condições para o regular exercício do direito de ação, no processo penal, acrescenta-se uma quarta: a justa causa, ou seja, um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado. (…) Enquanto estas condições referem-se ao exercício da ação penal, os pressupostos processuais dizem respeito à existência do processo e à validade da relação processual".[7]

E cita Hélio Tornaghi, com a seguinte passagem:

> "Os pressupostos da relação processual independem dos pressupostos da relação substantivo-penal. A ausência destes não impede que se constitua validamente a relação processual, da mesma forma que a inexistência ou nulidade do processo não significa falta de um pressuposto da relação de direito penal. (...) Também não se confundem os pressupostos processuais e os da ação. Aqueles se referem à existência e validez da relação processual, enquanto estes dizem

> respeito ao direito de exigir um pronunciamento dos órgãos jurisdicentes. Da inexistência dos primeiros não resulta a carência do direito de ação, nem vice-versa, a falta dos outros impede a constituição válida de uma relação processual".

Vale ressaltar a distinção feita a respeito dos pressupostos processuais. Há pressupostos que se referem à existência do processo em si mesmo considerado, sendo que outros se relacionam com a validade da relação processual.

Daí a importância da distinção entre pressupostos de existência do processo e requisito de validade da relação jurídico processual.

Os pressupostos processuais de existência do processo são condições imprescindíveis sem as quais o processo não poderia ser considerado existente no mundo jurídico. Os requisitos de validade, por sua vez, possibilitam o desenvolvimento regular do processo.

Com efeito, ainda segundo o pensamento de Afrânio da Silva Jardim, ao enfatizar sobre a distinção entre o processo e a relação jurídica processual:

> "...entendemos que os chamados pressupostos de existência efetivamente se referem ao processo como categoria autônoma de direito. Já o que a doutrina dominante chama de pressupostos de validade (para nós condição) diz respeito à relação jurídica progressiva que deflui da prática dos vários atos processuais, ou melhor, com a eficácia jurídica do ato regular, utilizando as palavras do professor Tornaghi.
>
> Desta forma, para que exista juridicamente um processo penal, se faz necessária uma demanda onde se exteriorize uma pretensão punitiva ou de liberdade, um órgão investido de jurisdição e partes que tenham personalidade jurídica, ao menos formal, no plano do processo.
>
> Sem estes requisitos mínimos, não haverá processo, mas tão-somente aparência de processo, mera situação de fato não reconhecida pelo direito como apta a produzir efeitos jurídicos.

> Não havendo processo, por via de consequência, não haverá sentença ou coisa julgada. A questão, aqui, se coloca no plano da existência, não no plano da validade ou eficácia".[8]

E, citando Adhemar Raymundo, assevera que:

> "os pressupostos processuais ligam-se à existência do processo. São sua força criadora, a sua energia motriz, os elementos indispensáveis ao seu funcionamento. Os requisitos dos atos processuais, ao contrário, são condições formais que garantem o regular desenvolvimento da relação processual.[9]

Complementando o seguinte:

> "A rigor, inexistem os chamados pressupostos de validade do processo. O exame da questão há de ser deslocado para a eficácia dos diversos atos processuais, eficácia esta que depende mais da invalidação do que do próprio vício ou defeito destes atos. (…) Note-se que, mesmo quando se invalida o primeiro ato do processo, terá havido relação processual ao menos para o reconhecimento da nulidade *ab initio*.
> Assim, não existem pressupostos para a validade da relação processual como um todo, mas condição para o seu regular desenvolvimento que é a validade dos vários atos que a integram".[10]

Destarte, pode-se concluir que alguns pressupostos são exigidos para a existência do processo, pois que são anteriores à sua própria formação. Entretanto, depois de formado o processo, com a propositura de uma demanda onde se encontram presentes todas as condições para o recebimento da peça exordial, perante o juiz competente, são exigidos alguns requisitos para a formação de uma relação jurídico processual válida.

4. A CITAÇÃO: PRESSUPOSTO DE EXISTÊNCIA DO PROCESSO OU REQUISITO DE VALIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICO PROCESSUAL?

Com efeito, o presente trabalho tem como sustentação teórica a ideia de que a citação é um requisito de validade do processo, apesar de forte corrente doutrinária apontar posicionamento diverso, no sentido de que ela seria um pressuposto processual de existência.

A citação é o mais importante ato de comunicação processual, especialmente no processo penal, já que possibilita a formação do contraditório com o conhecimento do acusado acerca da imputação que lhe fora apontada.

Tereza Arruda Alvim Wambier salienta que a citação é um pressuposto processual de existência do processo, sendo que a citação válida seria um pressuposto processual de validade, vejamos:

> "Para parte da doutrina, a ausência de citação ensejaria não a inexistência, mas a ineficácia do processo. Sob este prisma, a citação não seria pressuposto processual de existência. Argumenta-se, em prol desta tese, que o juiz realiza atos processuais antes da citação do réu, o que demonstra que o processo existe antes da citação. A observação, contudo, não permite inferir-se que a citação não seja pressuposto processual. Deve-se ter em conta que o processo é relação jurídica que se forma gradualmente e, embora possa ter se formado entre autor e juiz, não haverá processo em relação ao réu enquanto este não for citado. Ademais, conforme sublinharemos em espaço próprio, adiante, a inexistência jurídica não se confunde com a inexistência fática. Portanto, o fato de se praticarem atos não significa que o contexto em que tenham sido praticados seja juridicamente qualificável como sendo um processo! - relação jurídica trilateral, que se desenvolve no tempo, cuja vocação é a de gerar sentença de mérito.

A repercussão deste nosso entendimento será demonstrada adiante, no momento em que serão analisados os vícios processuais dos atos processuais (inclusive da sentença) que se tiverem realizado após o momento em que o réu deveria ter sido citado, mas não o foi, ou não o foi validamente. (...)

A citação, como já se viu anteriormente, figura entre os pressupostos processuais de existência. Entretanto, a esta altura do desenvolvimento deste trabalho, cabe perguntar se basta que tenha havido citação, ainda que viciada, para que se repute existente a relação processual e, portanto, também o processo. A resposta é negativa.

Os conceitos que anteriormente cuidou-se de separar, de eficácia e de nulidade, agora têm, excepcionalmente, de ser examinados *conjuntamente* para que se possa responder a esta indagação.

Como já se viu, *a diferença* entre existência, nulidade e anulabilidade, *sob um certo prisma*, consiste numa gradação. Entretanto, no que diz respeito especificamente à citação, a eficácia, no sentido de produção efetiva de efeitos, é o critério para delimitar os contornos das áreas da nulidade e da inexistência.

Considerando que a citação é ato de comunicação, deve a informação de que há ação judicial em trâmite chegar ao seu destinatário. A expedição da carta, mandado ou edital de citação, assim, é apenas *parte* da citação, que somente se perfaz quanto o demandado *recebe* a informação.

Por isso que, tão ou mais importante que a emissão da informação e sua validade, em si mesma considerada, é o conhecimento por parte daquele que ocupa o pólo passivo da relação jurídico-processual. Por isso, o comparecimento espontâneo do réu supre a falta ou nulidade da citação, consoante dispõe o art. 214 do CPC.[11]

Com todo o respeito, *data vênia* o entendimento esposado pela eminente doutrinadora em matéria de processo, argumentos outros tendem a levar ao raciocínio de que a existência do processo independe da citação do réu, já que esta apenas é imprescindível para a formação de uma relação jurídica processual triangular.

Em defesa da tese de que a citação é um requisito de validade do processo e de sua consequente relação jurídica processual, Fredie Didier Jr, nos seguintes termos:

> "A citação não é pressuposto de existência do processo.
> Trata-se de condição de eficácia do processo em relação ao réu (art. 219 e 263 do CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem. A sentença, por exemplo, proferida em processo em que não houve citação, é ato defeituoso, cuja nulidade pode ser decretada a qualquer tempo, mesmo após o prazo da ação rescisória (art. 475-L, I e art. 741, I, CPC-73) – trata-se também de vício "transrescisório", na eloquente expressão de José Maria Tesheiner. Não se pode confunfir nulidade que se decreta a qualquer tempo, como é o caso, com inexistência jurídica".
> Se já há processo antes da citação – que, a propósito, dá-se em seu bojo-, não se pode considerar como pressuposto de existência fato que está, na linha do tempo, em seu momento posterior à existência daquilo que se pretende condicionar. "A citação não é pressuposto processual, porque o momento em que deve ser realizada é posterior à formação deste[12].

Ainda outro renomado doutrinador em matéria de direito processual, Cândido Rangel Dinamarco, sustenta a existência do processo mesmo sem que tenha sido realizada a citação do pólo passivo:

> Citação é o ato mediante o qual se transmite ao demandado a *ciência da propositura da demanda,*

tornando-o parte no processo. Antes de citado, o sujeito indicado pelo demandante como réu ou executado é apenas parte na demanda, mas no processo não é: essa qualidade lhe é outorgada pela citação. Embora o processo já tenha existência jurídica desde o momento em que proposta a demanda, sem ela e portanto *sem réu na relação processual,* seriam ineficazes todos os atos que se realizassem e seus efeitos finais, quando desfavoráveis ao demandado. (…)

A citação não tem portanto o efeito de proporcionar a formação do processo. Uma coisa é o dado puramente empírico e fenomenológico de um processo que *existe* e outra, a *valoração política e jurídica* desse processo como instrumento apto ou não a produzir os resultados do exercício da jurisdição. Sobre a relação processual, o efeito da citação consiste em completar sua *estrutura tríplice,* de modo que a partir dela o processo conta com os três sujeitos indispensáveis para a preparação válida e emissão eficaz do provimento jurisdicional esperado. Essa é a razão por que, não sem alguma impropriedade, falou a doutrina em *formação gradual do processo. (…)*

Considerada toda essa importância política e sistemática da citação, solenemente a lei a declara *indispensável para a validade do* processo (art. 214, *caput).* À falta dela o processo todo será viciado, inclusive o ato final consistente na sentença de mérito (processo de conhecimento) ou entrega do bem (execução). Mas, como a citação tem o objetivo de levar ao demandado o conhecimento da demanda proposta e do seu teor, a obtenção desse conhecimento por outro meio inequívoco supre sua falta e ela passa a ser dispensável (escopo realizado). Tal é a essência do disposto no §1º do art. 214 do Código de Processo Civil, que constitui especificação da regra da *instrumentalidade das formas* (art. 244 – *infra,* nn 630, 714 e 718); são

> atos inequívocos, que dispensam a citação do demandado, a explícita declaração de estar ciente ou a própria oferta de resposta.[13]

E ainda Luiz Guilherme Marinoni:

> O Código de Processo Civil define a citação como sendo "o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender" (art. 213). Efetivamente, a citação é o ato de convocação inicial do processo, capaz de angularizar a relação processual, trazendo para ela a pessoa em face de quem se pede a atuação do direito.
> Segundo preceitua o Código de Processo Civil, a citação do réu é essencial para a validade do processo (art. 214). Porém, tão significativa é a função da citação que boa parte da doutrina a considera requisito de *existência* da relação processual, defendendo a ideia de que, inexistindo a citação, não há processo, inviabilizando a atuação da função jurisdicional e, consequentemente, negando a autoridade de coisa julgada à decisão eventualmente proferida[14].

Conclui-se, portanto, que, por ser a citação apenas um ato de comunicação ao réu de que contra ele foi proposta uma demanda, tornando-o parte, conclui-se que o processo existe antes mesmo da citação. Além disso, ressalte-se a sua prescindibilidade em determinadas hipóteses legais, fato que não desnatura a existência do processo.

Outrossim, verifica-se até mesmo a existência de sentenças proferidas sem a citação da parte demandada, a exemplo das extintivas do processo sem resolução do mérito e aquelas amparadas no artigo 285-A, do Código de Processo Civil.

Ademais, vale ressaltar que se o juiz rejeita a denúncia, haverá também uma sentença, embora não tenha sequer o acusado ciência da imputação que lhe fora feita.

5. A APARENTE INCONGRUÊNCIA ENTRE OS ARTIGOS 396 E 399 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O presente estudo é de extrema relevância para uma melhor compreensão do sistema processual, especialmente no campo penal, devido à nova previsão acerca da necessidade de resposta inicial à acusação, após a citação.

Além disso, a reflexão acerca do tema revela uma melhor análise a respeito da aparente contradição existente no Código de Processo Penal quanto ao momento em que se deve receber a denúncia e no tocante ao reconhecimento de hipótese que autoriza a absolvição sumária.

Tais premissas revelam, em suma, um melhor entendimento da sistemática processual penal em contraponto com a recente reforma.

O artigo 396 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, estabeleceu que:

> Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebe-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Já o artigo 399 do mesmo diploma, alterado pela novel legislação, dispõe que:

> Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

Aparentemente há uma certa contradição, pois a redação dos artigos em comento, na forma em que se apresentam, permitem a interpretação de que deveria ocorrer por duas vezes o recebimento da denúncia. Um deles, antes da citação e outro depois desta comunicação e após a apresentação de resposta à acusação.

Porém, diante de uma análise da sistemática processual se extrai a conclusão de que apenas haverá um recebimento da denúncia, o qual deverá ocorrer antes da citação do acusado.

É que, com o oferecimento da denúncia ou queixa, deverá o magistrado analisar se a peça exordial atende a todas as exigências para a sua admissibilidade, verificando se estão presentes todas as condições da ação, em especial a justa causa, e todos os pressupostos processuais, para que tenha curso o processo mediante o qual se pretende apurar um fato delituoso, sob pena de rejeição liminar, conforme previsão do artigo 395 do Código de Processo Penal.

Ressalte-se que o recebimento da denúncia constitui-se em marco interruptivo da prescrição, nos termos do disposto no artigo 117, inciso I, do Código Penal Brasileiro, daí a importância da sua delimitação temporal.

Neste sentido, manifesta-se Andrey Borges de Mendonça:

> "O magistrado, segundo a sistemática da nova lei, somente deverá determinar a citação caso não seja hipótese de rejeição liminar da denúncia ou queixa. Assim, rejeitará liminarmente a acusação, como visto, se esta for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal ou, ainda, justa causa para o exercício da ação penal. Imprescindível, portanto, que o magistrado faça a análise, ainda que superficial, da presença ou não dos requisitos mínimos da denúncia, dos pressupostos processuais, das condições da ação e da presença de justa causa. Se não os vislumbrarem presentes, rejeita-la-á. Do contrário, mandará citar o acusado. Veja, portanto, que o magistrado analisa a admissibilidade da acusação, mesmo que implicitamente. Se determinou que a citação deva ocorrer, é porque não vislumbrou hipótese de indeferimento liminar. E, para tanto, teve que analisar aqueles requisitos, condições e pressupostos indicados. Como ao analisar a denúncia havia apenas duas alternativas lógicas – rejeição liminar ou recebimento – caso o magistrado determine a citação, está implicitamente asseverando que estão presentes os requisitos mínimos da denúncia, dos

> pressupostos processuais, das condições da ação e a presença de justa causa".

Assim, denota-se que, quando o magistrado manda citar o acusado, conforme a previsão legal, para apresentar defesa, está realizando juízo positivo de admissibilidade da acusação.

Vale ressaltar que, o processo existe neste momento, por se constituir em uma demanda que visa a persecução penal, admissível, embora não se tenha aperfeiçoado a relação jurídica processual, a qual somente ocorrerá após a citação válida, requisito de validade, conforme já mencionado outrora.

Acrescente-se que a defesa a que se refere o artigo não se iguala a uma defesa preliminar, já que somente pode ser ofertada após a citação, havendo a possibilidade de absolvição sumária, nos termos do artigo 397 do Código de Processo Penal, a qual poderá ilidir o recebimento da denúncia anterior.

O artigo em comento se refere à citação do acusado para tal finalidade, momento em que ele se torna réu de uma ação penal em que teve sua admissibilidade acatada, por preencher os pressupostos exigidos para tanto.

Diferente da defesa preliminar, em que se tem apenas uma notificação para somente depois ser analisada a admissibilidade da ação penal, a resposta inicial é ofertada após um juízo positivo, com possibilidade de análise acerca da ocorrência de algumas das hipóteses de absolvição sumária.

Não ocorrendo qualquer das hipóteses elencadas no artigo 395 do Código de Processo Penal, entretanto, o processo tem seu curso adiante, o que implicitamente representa a ratificação da decisão anterior que recebeu a denúncia, designando-se a audiência prevista no artigo 399 do Diploma em comento.

Por derradeiro, destaca-se que esta interpretação não causa qualquer prejuízo para o acusado, pois a intenção do legislador foi justamente oportunizar, sendo o caso, a absolvição sumária, a fim de abreviar o procedimento penal.

A existência, por si só, de um processo penal em curso envolvendo o acusado, que será tratado após a citação como réu, não gera qualquer prejuízo, conforme poderia se argumentar, já que somente terá curso o

processo penal admissível, cujo juízo de admissibilidade foi averiguado quando do recebimento da denúncia ou queixa.

Além do mais, alegar prejuízo pela simples existência de um processo penal repercutiria também em relação aos inquéritos policiais em curso, já que também naquela esfera há um indiciamento, sem qualquer possibilidade de contraditório.

Por derradeiro, ressalte-se que o recebimento da denúncia não pode ser realizado tão-somente após a citação e resposta do acusado, pois nesta hipótese ocorreria a formação de uma relação processual válida sem qualquer verificação acerca da admissibilidade do processo, ação penal.

Como proceder à análise das condições da ação e pressupostos processuais de existência do processo após a formação da relação jurídica processual, com a citação válida, requisito de validade da relação jurídica processual originada de um processo?

A respeito do tema, Andrey Borges de Mendonça salienta:

> "Ocorrendo a citação, o processo estará com a sua formação completa, nos termos do próprio art. 363. Se assim é, impossível que esteja completa a relação jurídica sem que tenha ocorrido anterior recebimento da denúncia. Em outras palavras, não seria possível falar em processo completo – o que se dá com a citação do acusado – sem que houvesse ao menos recebimento da denúncia. Caso se entendesse que a citação ocorreria antes do recebimento da denúncia, existiria uma situação esdrúxula, pois o processo estaria com sua formação completa – relação triangular – sem que o juiz tivesse recebido a denúncia ou queixa! A interpretação em sentido contrário – de que o recebimento da denúncia ou queixa somente ocorreria após a defesa escrita – afrontaria não apenas a interpretação sistemática, mas especialmente a redação do art. 363, introduzida pela reforma.
>
> Ademais, entendemos que seria logicamente impossível a absolvição sumária do acusado sem o anterior recebimento da denúncia. O juiz julgaria qual pretensão improcedente, se sequer

> recebeu a acusação? Absolveria o acusado de que, se sequer houve recebimento da denúncia? Seria incoerente, em nosso sentir, uma absolvição sem que houvesse processo, sem recebimento da denúncia".[15]

Na verdade, como absolver sumariamente o acusado se ainda não se aperfeiçoou a relação jurídica processual?

Comungando da mesma opinião, Guilherme de Souza Nucci:

> "É inegável o equívoco legislativo na redação do art. 399 ("recebida a denúncia ou queixa"), dando a entender que seria a peça acusatória recebida duas vezes, pois já fora realizada essa atividade por ocasião do disposto no art. 396, *caput*. Tanto que este artigo é bem claro, mencionando, até de maneira desnecessária, que a peça acusatória, se não for liminarmente rejeitada, será recebida, ocasião em que o magistrado ordenará a citação do réu para responder à acusação. Ademais, por uma questão de lógica, somente tem sentido falar-se em absolvição sumária, quando a relação processual aperfeiçoou-se, ou seja, a peça acusatória foi recebida, o réu foi citado e ofereceu defesa. Se a defesa prevista no art. 396-A fosse mera defesa preliminar, a denúncia ou queixa não teria sido recebida, nem se falaria em absolvição sumária, mas em simples rejeição da peça acusatória, caso acolhidos os argumentos defensivos.
>
> Note-se que o procedimento adotado na Lei 11.343/06 (Drogas), como ilustração: oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, em dez dias. Na sua resposta, ele pode alegar toda a matéria defensiva possível (exatamente como previsto no art. 396-A do CPP). Se não forem consistentes os argumentos do acusado, o juiz recebe a denúncia e o processo prossegue, com a designação de dia e hora para audiência de instrução e julgamento".[16]

6. CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações explanadas, constata-se que a citação, ato de comunicação processual a um acusado de que a ação penal contra ele foi admitida, por preencher as condições da ação e os pressupostos de existência do processo, é realmente um requisito de validade da relação processual, devido à distinção evidente entre processo e relação jurídica que dele se origina.

E em atenção a esta peculiaridade é que o legislador promoveu a modificação trazida pela Lei 11.719/2008, a fim de inovar com a inserção da possibilidade de absolvição sumária do réu, a ser realizada após o juízo de admissibilidade da ação penal e antes da instrução do feito.

Tal perspectiva dirime toda a dúvida existente acerca do momento do recebimento da denúncia ou queixa, já que somente ocorrerá por uma única vez e antes da citação do acusado, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, não havendo qualquer incongruência entre os dispositivos.

Notas

[1] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*/Afrânio Silva Jardim – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 23.

[2] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*/Afrânio Silva Jardim – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 23.

[3] Instituições de direito processual civil, 1962, p. 116 do 1º vol.

[4] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*/Afrânio Silva Jardim – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53.

[5] PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal.* 10ª edição. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 104/105.

[6] LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* Volume I, 3ª edição. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 40/41.

[7] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*/Afrânio Silva Jardim – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53.

[8] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*/Afrânio Silva Jardim – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 56.

[9] *Estudos de direito processual penal*, Salvador, Liv. Progresso, 1957, p.33

[10] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*/Afrânio Silva Jardim – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 57

[11] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 6ª ed rev ampl e atual de acordo com a reforma processual 2006/2007 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 53.

[12] DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do processo e do processo de conhecimento.* Volume 1. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 453/454.

[13] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* Volume II. 6ª Edição, Brasil: Editora Malheiros, 2009, p. 522 e 523.

[14] MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart.*

Vol. 2. 7ª edição revista e autalizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 105/106.
[15] MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 265 e 266
[16] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8ª ed rev atual e ampl São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 398/399.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal.* 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* Volume I, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do processo e do processo de conhecimento.* Volume 1. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* Volume II. 6ª Edição, Brasil: Editora Malheiros, 2009.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart.* Vol. 2. 7ª edição revista e autalizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 6ª edição revista, atualizada e ampliada de acordo com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.
JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal/* Afrânio Silva Jardim – Rio de Janeiro: Forense, 2007.
RAYMUNDO, ADHEMAR. *Estudos de direito processual penal.* Salvador, Liv. Progresso, 1957.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO EFEITO DA INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROCESSO CRIMINAL

Geilton Costa da Silva
Juiz de Direito no Estado de Sergipe. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte/UFRN

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A interpretação das Turmas do Superior Tribunal de Justiça; 3. O previsto na legislação processual penal; 4. A aplicação de regras legais de interpretação para que se atribua efeito suspensivo aos embargos de declaração no processo criminal; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Prestando-se os embargos de declaração ao suprimento de obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão em sentença, decisão interlocutória ou despacho de conteúdo decisório proferido por juiz no processo criminal, torna-se interessante o debate acerca dos efeitos do manejo deste recurso no que se refere à contagem do prazo para a interposição de outros recursos.

Hodiernamente, quando se envidam esforços para uma ampla reforma do Processo Penal, torna-se essa discussão oportuna para que se pacifique a questão, uma vez que há clara divergência na jurisprudência pátria sobre se os embargos de declaração no processo criminal suspendem ou interrompem o prazo para a interposição de outros recursos.

A doutrina pouco aborda a questão[1], ao nosso sentir de grande importância para fins de celeridade na prestação jurisdicional.

Antecipando o nosso entendimento, esclareço que comungo do entendimento de que os embargos de declaração suspendem a contagem do prazo para a interposição do demais recursos.

Vejamos o porquê disso nas linhas que se seguem.

2. A INTERPRETAÇÃO DAS TURMAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Atualmente as 2 (duas) Turmas com competência para apreciar matéria criminal no Superior Tribunal de Justiça divergem acerca do tema.

A 6ª Turma do Superior Tribunal por exemplo, entende que os embargos interrompem o prazo. Isso conforme os precedentes no AgRg no Ag 875172 PA, AgRg no Ag 1207762 PR, entre outros.

Por sua vez, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao meu entendimento corretamente entende que a interposição dos embargos de declaração SUSPENDE o prazo para a interposição dos demais recursos, conforme se vê no HC 54253/AP, Relatora a Min. LAURITA VAZ, em votação unânime, onde foi acompanhada pelos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer. Ainda nos precedentes no RESP 436299-SP, RESP 590179-RS, RESP 595022-RS entre outros.

> *"A teor do entendimento desta Corte a oposição de Embargos de Declaração, ainda que considerados protelatórios, suspendem o prazo para a interposição de outros recursos". (HC 54252/AP, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 09/02/2009)*

Essa divergência na interpretação do direito neste ponto, pelas Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça, só será resolvida conforme prevê o artigo 12, inciso IX do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, quando provocada a 3ª Seção do STJ em incidente de uniformização de jurisprudência, conforme previsto no artigo 9º, § 3º do aludido Regimento Interno.

3. O PREVISTO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL

Assim preveem respectivamente os artigos 382 e 619, ambos do Código de Processo Penal:

> *"Art.382. Qualquer das partes poderá, no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão"*

> "*Art.619. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de 2 (dois) dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão".*
>
> Ainda sobre os embargos de declaração assim dispõe o artigo 620 do CPP:
> "*Art.620. Os embargos de declaração serão deduzidos em requerimento de que constem os pontos em que o acórdão é ambíguo, obscuro, contraditório ou omisso.*
>
> *§ 1º. O requerimento será apresentado pelo relator e julgado, independentemente de revisão, na primeira sessão.*
>
> *§ 2º. Se não preenchidas as condições enumeradas neste artigo, o relator indeferirá desde logo o requerimento*".

Como visto, o Código de Processo Penal omite-se em relação ao efeito da interposição do recurso de embargos de declaração.

Ao nosso ver intencionalmente, porquanto em diversos artigos o Código estabelece os efeitos da interposição do recurso em sentido estrito e também da apelação, como por exemplo nos artigos 584, 596, parágrafo único, 597 e 598, não o fazendo porém, em relação aos embargos de declaração.

Omissa então a norma neste ponto, cabe ao aplicador colmatar essa lacuna, conforme lição de Maria Helena Diniz.

Oportuna aqui a lição de Lenio Luiz Streck acerca das lacunas[2]:

> "*Ressalte-se que é necessário distinguir bem as fórmulas "lacunas da lei" e "lacunas do Direito". De fato, a confusão que é feita por considerável parte da doutrina brasileira traz, de forma subjacente, várias questões, dentre elas, o entendimento acerca do papel efetivo que exercem no sistema os dispositivos legais de clausura e ausência (arts. 4º da LICC e 126 CPC). Em verdade, o conceito de lacuna "técnica" elaborado por parte da doutrina não pode conviver com os aludidos dispositivos*

legais. Isso porque só se poderia falar na existência de tais lacunas no Direito primitivo ou no Direito Internacional, no qual há ausência de órgãos centralizados de criação e aplicação de normas. Frise-se, no entanto, que tal ausência torna inútil o argumento da lacuna, posto que, no caso de ordens jurídicas como as mencionadas, o problema da lacuna é secundário, ou seja, em primeiro lugar, dever-se-ia decidir se há normas, para só então, após isso, discutir a existência de algumas"

4. A APLICAÇÃO DE REGRAS LEGAIS DE INTERPRETAÇÃO PARA QUE SE ATRIBUA EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROCESSO CRIMINAL

O Código de Processo Penal em seu Livro VI – Disposições Gerais, prevê no artigo 798, em norma específica em relação aos prazos o seguinte:

> "*Art.798.* ***Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo*** *por férias, domingo ou feriado.*
>
> *§§1º a 3º (…);*
>
> *§ 4º.* ***Não correrão os prazos, se houver*** *impedimento do juiz, força maior, ou* ***obstáculo judicial oposto pela parte contrária****.*
>
> *§ 5º. Salvo os casos expressos,* ***os prazos correrão****:*
>
> *a) da intimação;*
> *b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte;*
> *c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho"* (grifos nossos)

Assim, pelas regras específicas do Código de Processo Penal, os prazos no Processo Penal são contínuos e peremptórios e começam a correr em sua contagem a partir do momento em que ocorrer qualquer das hipóteses previstas no § 5º do referido artigo.

A exceção a esta regra é a prevista no § 4º do mesmo artigo. Qual seja: Os prazos não correm a partir do momento em que existir entre as hipóteses ali previstas obstáculo judicial oposto pela parte contrária.

E na hipótese vertente qual seria o obstáculo judicial? Os Embargos de Declaração.

Assim, a melhor interpretação é a de que, com a intimação das partes, o prazo começa a correr e paralisa, suspende, não corre, a partir do momento em que existente o primeiro obstáculo judicial. *In casu*, os embargos de declaração.

A confirmar a coerência lógica desta interpretação com o sistema processual penal, aplicando aqui como *topos* a regra do § 4º do artigo 798 do Código de Processo Penal, temos a regra prevista no artigo 13, § 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.931 de 11 de dezembro de 1941, *verbis*:

> *"Art.13. (…)*
> *§ 1º (…)*
> *§ 2º O recurso interposto pelo Ministério Público terá* ***efeito suspensivo****, no caso de condenação por crime a que a lei anterior comine, no máximo, pena privativa de liberdade, por tempo igual ou superior a 8 (oito) anos"* (grifos nossos)

E não se pode dizer que a regra em comento está revogada, porquanto a Lei de Introdução ao Código Penal não é norma temporária e a própria Lei de Introdução ao Código Civil prevê em seu artigo 2º, § 2º que "*a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou específicas a par das já existentes, não revoga nem modifica a anterior*".

Com efeito, visível que a melhor interpretação é a que dá efeito suspensivo aos embargos de declaração no que concerne à contagem dos prazos.

Além disso, perfeitamente aplicáveis também na espécie, os Regimentos dos Tribunais Superiores, conforme autorizado tanto pela Lei de Introdução ao Código Civil, quanto pelo próprio Código de Processo Penal.

É o que passamos a discorrer a seguir.

A Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 – prevê em seu artigo 4º:

> *"Art.4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"*

Por sua vez o artigo 3º do Código de Processo Penal assim dispõe, *verbis*:

> *"Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito"*

Assim, observando-se os Regimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal temos que a melhor interpretação é a de que os embargos de declaração no Processo Penal SUSPENDEM o prazo para a interposição dos recursos subsequentes.

Eis o disposto no artigo 265 do Regimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Art.265. Os embargos de declaração suspendem o prazo para interposição de recursos por qualquer das partes.*
>
> *Parágrafo único. Publicada decisão dos embargos de declaração em véspera de feriado, o prazo que sobejar correrá a partir do primeiro dia útil"*

E no artigo 339 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

> "*Art. 339. Os embargos declaratórios suspendem o prazo para interposição de outro recurso, salvo na hipótese do § 2º deste artigo.*
>
> *§ 1º O prazo para interposição de outro recurso, nos termos deste artigo, é suspenso na data de interposição dos embargos de declaração, e o que lhe sobejar somente começa a correr do primeiro dia útil seguinte à publicação da decisão proferida nos mesmos embargos.*
> *§ 2º (...)"*

Este por sinal o entendimento do Supremo Tribunal Federal nos precedentes RHC 61596/RJ, RHC 62838/MG e RE 115742/PR em decisões colegiadas e em inúmeras decisões monocráticas.

Ainda, diante da expressa autorização do próprio artigo 3º do Código de Processo Penal, acerca das interpretações analógica e extensiva, vemos que na seara dos Juizados Especiais Criminais o efeito da interposição dos embargos de declaração também é suspensivo em relação à apelação criminal.

É o que está previsto no artigo 83 da Lei 9.099/95:

> "*Lei 9.099/95. Art. 3º. Caberão embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.*
> *§ 1º. Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da ciência da decisão.*
> *§ 2º. Quando opostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para o recurso.*
> *§ 3º. Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício*". (grifos nossos)

Realmente a melhor solução. Isso porque a interpretação da norma não poderá levar a conclusões absurdas.

Com *venia* a quem pensa em contrário, não é possível entender como razoável a situação em que um réu condenado em 1º grau, sabendo que os embargos de declaração INTERROMPEM ou zeram a contagem do prazo para interposição da apelação criminal, fique *ad infinitum* opondo embargos de declaração ainda que protelatórios, sendo sancionado apenas por pequenas multas pecuniárias sancionatórias às protelações, mas sempre impedindo que o prazo PEREMPTÓRIO (nas palavras da lei em ser artigo 798, *caput*) de 5 (cinco) dias para a apelação criminal possa fluir.

Um absurdo. E nas palavras de Vicente Ráo, em seu "*O direito e a vida dos direitos*" o sistema é um todo lógico e não admite incoerências.

Mais coerente portanto, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos de declaração no processo criminal, tornando a aplicação prática deste efeito mais consentânea com a celeridade processual e o escopo da garantia constitucional da razoável duração do processo.

5. CONCLUSÃO

Nada obstante a divergência de interpretações nos Tribunais Superiores sobre o efeito da interposição dos embargos de declaração no processo criminal, temos que a mais adequada e conforme à celeridade processual e também aos Princípios do Processo Penal é a que atribuiu o efeito suspensivo para a interposição de outros recursos.

Notas

[1] Eugênio Pacelli de Oliveira, em seu Curso de Processo Penal, 3ª edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2004, pág. 871 assim se posiciona sobre o tema: "*E é exatamente em razão da aplicação analógica das regras do CPC que entendemos que a oposição de embargos interrompe o prazo para outros recursos (art. 538, CPC), até porque a decisão poderá ser modificada se acolhidos os embargos*". Não podemos concordar com o primeiro argumento, porquanto existentes regras no próprio CPP e em sua lei de introdução que conduzem à certeza de que os embargos no Processo Penal suspendem o prazo para interposição de outros recursos. Também com o segundo argumento, porquanto se a sentença for modificada, obviamente esta última decisão, por força do princípio da complementariedade irá substituir a decisã o primeira, renovando o prazo recursal. Por sinal, essa é lição do próprio autor à pág. 822 da obra citada: "(...) *Nesse caso, o que ocorrerá é praticamente a renovação do prazo recursal para a apresentação de novo recurso, adequado às modificações operadas na nova decisão*".

[2] Lenio Luiz Streck, Hermenêutica Jurídica e(m) crise, Livraria do Advogado, 6ª edição, Porto Alegre, 2005, pág. 105.

6. BIBLIOGRAFIA

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3ª edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Livraria do Advogado Editora, 6ª edição, Porto Alegre, 2005.

DECISÃO JUDICIAL E A QUESTÃO DE GÊNERO: ANÁLISE DO DISCURSO

José Anselmo de Oliveira
Juiz de Direito, titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju, Sergipe, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe. Professor universitário de cursos de graduação e pós-graduação em direito. Coordenador dos Cursos em Segurança Pública do MJ/SENASP/RENAESP/FaSe (2009-2010). Membro do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, classe Juízes Estaduais (2009-2011).

Artigo apresentado como trabalho para avaliação de aproveitamento do Curso de Formação de Multiplicadores em Sociologia Judiciária na ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

RESUMO: Trata-se de artigo analisando decisão judicial que reconheceu a união estável homoafetiva entre duas mulheres sob a ótica das teorias sociais e das teorias do discurso, especialmente considerando o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial; direitos fundamentais; teorias sociais; teorias do discurso; união estável homoafetiva.

ABSTRACT: This is article analyzing court decision that recognized the stable homoafetos between two women from the perspective of social theory and theories of discourse, especially considering the democratic state of law and fundamental rights.

KEYWORDS: Judicial decision; fundamental rights; theories social theories of discourse; union stable homoafetos.

1. INTRODUÇÃO

O desafio de decidir em uma sociedade pluralista, democrática e que defende valores contra qualquer tipo de discriminação é muito grande. Por várias razões a decisão judicial enfrenta os discursos e argumentações das partes envolvidas e ainda mais a subjetividade do julgador, a sua formação, ideologia e valores que estão impressos no seu espírito.

O tema sendo gênero torna a questão mais complexa, a uma, por se tratar, a priori, de assunto durante muito tempo excluído das discussões públicas e acadêmicas na área jurídica, limitando-se ao discurso legal e positivista. A duas, por envolver além de conhecimento uma postura de abertura axiológica que enfrenta dogmas religiosos e valores sociais consolidados como verdades quase absolutas.

É certo que o tema não é novo. A postura do Judiciário é que se torna nova, antes mesmo de decisões políticas que se transformem em normas jurídicas. Nesse particular, os contributos da jurisprudência para a mudança das leis no Brasil é um fato concreto. O Legislativo tem sido muito mais lento que as decisões judiciais. Isto é compreensível por várias razões. Uma delas, é que o caso concreto submetido ao Poder Judiciário terá que ser objeto de decisão. E o juiz não poderá deixar de julgar alegando a inexistência de lei, e para isso se valerá de vários mecanismos hermenêuticos para decidir, entre eles os princípios constitucionais, os princípios gerais de direito, a equidade, a regra de experiência, entre outros.

Numa perspectiva dos direitos fundamentais e em vista das dimensões de direitos podemos afirmar com LORENZETTI (2009, pag. 264/265) que:

> "Há outros direitos que surgem de um processo de diferenciação de um indivíduo em relação a outros. Trata-se de questões como o direito à homossexualidade, a mudança de sexo, a rechaçar os tratamentos médicos que são de alto risco. São derivações da liberdade, aplicada a um campo em que tradicionalmente reinou o público, o homogêneo, e que se considerou vital para o funcionamento social."

A finalidade, pois, deste artigo, é analisar à luz das teorias sociais aplicadas ao decidir judicial e às teorias do discurso decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária de Aracaju no Processo nº 200988400956, reconhecendo a união estável entre as requerentes M.S.M. e M.S.D. prolatada em 10 de maio de 2010.

O reconhecimento de uma união estável decorrente de uma relação homoafetiva é um bom exemplo de como, do ponto de vista sociológico, podemos, enquanto sociedade pluralista e multicultural, enfrentar o desafio de decidir diante da anomia ou da existência de regras limitadoras frente a princípios e valores constitucionais abertos, no caso específico frente à Constituição Federal de 1988.

2. ANÁLISE DO CASO CONCRETO

As requerentes M.S.M. e M.S.D. pleitearam diante do Juiz da 2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária da Comarca de Aracaju, o reconhecimento da união estável entre as duas, juntando documentos e arrolando testemunhas que comprovariam o fato que pretendiam ver reconhecido pela Justiça para os efeitos civis e previdenciários.

A decisão refletiu além das provas documentais e orais produzidas a manifestação do Ministério Público que opinou favorável ao pedido do reconhecimento da união estável, e mais que isto uma análise e aplicação de princípios constitucionais presentes na Constituição de 1988, ante a ausência de regras que estabeleçam as condições para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O magistrado prolator da sentença em apreciação se valeu desde os valores expressos no preâmbulo da Constituição Federal ao declarar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito:

> "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social."

Passando ainda a contemplar como fundamentação do julgado o princípio da "Dignidade da pessoa humana" inserto no art. 1º, inciso

III, da Constituição brasileira em vigor, bem como nos objetivos do Estado brasileiro previstos nos incisos I e IV, do art. 3º, da Constituição, que são: "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", e de conformidade com o art. 5º, da Constituição, que entre outras garantias, preceitua que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Buscando dar máxima efetividade aos princípios e preceitos constitucionais já explicitados e, dando uma interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro que dispõe: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família", entendeu que é preciso ampliar a interpretação e considerando que "as relações afetivas, sejam homo ou heterossexuais, são baseadas no mesmo suporte fático, razão não há para se atribuir às mesmas tratamento jurídico desigual".

Em que pese a tensão existente entre valores tanto morais como jurídicos, o papel do julgador sob a ótica da teoria da argumentação é o de convencer através do discurso emanado de sua decisão um auditório composto pelas partes e por um número inimagináveis de pessoas que terão acesso à sua sentença. Aqui pode se aplicar a teoria discursiva da moral e com Habermas dizer que a validade da norma particular criada com a sentença está na aceitação universal mediante um consenso, diante da irresolutividade racional das normas éticas e morais. (DUTRA, 2005, p.166/167).

A questão aparentemente simples desvela uma ruptura com o modelo social da modernidade em que determinadas verdades estavam assentes, entre elas os papéis do homem e da mulher, estabelecendo a partir daí os conceitos de "família", "casamento", "união estável", entre outros. A discussão sobre gênero nascido ainda na modernidade com o movimento feminista evolui e põe em xeque os conceitos diante da crise da pós-modernidade, e inclui novos problemas a serem considerados como o gênero que não se limita ao "masculino" e "feminino", mas pela questão da diferença sexual, como se vê em HALL (2006, p.45/46). A sexualidade não é um dado natural, mas um fato cultural abrindo um campo de possibilidades independentemente da "masculinidade" ou "feminilidade" (BAUMAN e MAY, 2010), apesar de permanecer por

muito tempo excluído do discurso tradicional o que contribuía para uma visão limitadora no tocante ao reconhecimento destas potencialidades afetivas e do seu regramento no campo do jurídico.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm se antecipando à produção de regras específicas, entre outros se destaca a posição de Maria Berenice Dias, tanto como julgadora como doutrinadora a exemplo do que disse sobre a liberdade sexual e igualdade jurídica:

> "Ninguém pode se realizar como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade de livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade integra a própria natureza humana e abrange a dignidade humana." (DIAS, 2004)

O reconhecimento de que na sociedade contemporânea se avulta no sentido jurídico as consequências das relações homoafetivas a implicar em questões de ordem prática como a dependência previdenciária e de plano de saúde, adoção, herança e partilha quando da dissolução da união, fatos juridicamente relevantes e que não podem submergir no mundo invisível a que ficam, em regra, condenadas as diferenças.

3. CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

Como propósito inicial de analisar a sentença que reconheceu a união estável de um casal homoafetivo à luz da sociologia utilizando como método a teoria do discurso, trazendo por assim dizer a contribuição filosófica de Habermas para melhor compreender o processo de construção dos conceitos, identidades e outras categorias culturais, objeto do estudo das ciências sociais. Buscamos apreender se o comando sentencial levou em consideração em algum momento esta análise.

Concluimos que sem o olhar sobre o fato social inescondível da afetividade que perpassa a relação entre as duas pessoas do mesmo sexo

e que buscaram a proteção do Estado, que por sua Constituição tem o dever de garantir a liberdade, a igualdade e mais que isso a dignidade da pessoa humana, seria impossível entregar uma prestação jurisdicional adequada ao caso concreto. O modelo positivista tradicional não se presta a garantir direitos que foram erigidos a partir de uma evolução da sociedade que passa a reconhecer a necessidade de conviver harmoniosamente com as diferenças de qualquer ordem.

O julgador aqui tem que construir um discurso convincente não bastando as suas convicções pessoais, tendo que motivar e fundamentar por força da própria Constituição Federal em vigor a lógica do seu decidir, abrindo aqui a possibilidade para o consenso.

Finalmente, não se busca neste modelo ou técnica de decidir a subsunção de norma preexistente ao fato, com toda certeza, o objetivo é construir a paz social por meio do respeito aos direitos fundamentais.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim; tradução de Alexandre Werneck. *Aprendendo a pensar com a sociologia*. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

DIAS, Maria Berenice in *Curso de direito de família*, coordenação de Douglas Phillips Freitas, Vox Legem, Florianópolis, 2004, p. 265-282.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2ª ed. rev. e amp. – Florianopolis: Ed. da UFSC, 2005.

HALL, Stuart. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11ª ed. – Rio de Janeiro, DP&A, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Tradução Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Cláudia Lima Marques. *Teoria da decisão judicial fundamentos de direito*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ALIENAÇÃO PARENTAL: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E PSICOLÓGICAS

Raphael Silva Reis & Nara Conceição Santos Almeida Reis

Magistrado do Poder Judiciário do Estado de Sergipe. Graduado em Direito e Pós-graduado em Teorias do Estado e do Direito Público pela Universidade Tiradentes – UNIT (Aracaju/SE).

Psicóloga Clínica com atuação na Psicologia Infantil. Graduada em Psicologia pela Universidade Tiradentes – UNIT (Aracaju/SE). Pós-graduanda em Psicoterapia Cognitivo-comportamental pela Faculdade Sílvio Romero (Aracaju/SE), chancelada pela Faculdade de Ciências Médicas de Minas Gerais (Belo Horizonte/MG).

RESUMO: O fenômeno da alienação parental, há algum tempo já tratado no cotidiano forense, ganhou disciplina própria por meio da Lei 12.318/2010, que abrange diversas formas de materialização do problema e viabiliza meios e critérios para sua identificação, além das medidas a serem utilizadas para enfrentá-lo, aperfeiçoando-se assim o sistema jurídico brasileiro de proteção à infância e à juventude. Dentro deste contexto, opera-se a análise das consequências jurídicas e psicológicas da alienação, a fim de que se possa alcançar uma visão mais clara acerca do tema e da adequação das medidas judiciais a serem aplicadas aos casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: A alienação parental e a Lei 12.318/2010; consequências jurídicas; efeitos psicológicos.

ABSTRACT: The phenomenon of parental alienation for some time already treated in the routine forensic, gained self-discipline through

Law 12.318/2010, covering various forms of materialization of the problem and feasible means and criteria for their identification, beyond the measures to be used for face it, thus improving the Brazilian legal system to protect children and youth. Within this context, it operates the analysis of the legal and psychological alienation, so that we can achieve a clearer view on the subject and the adequacy of legal measures to be applied to specific cases.

KEYWORDS: Parental Alienation and the Law 12.318/2010; legal consequences; psychological effects.

SUMÁRIO: 1. O poder familiar e a dissolução das uniões afetivas; 2. O regramento da alienação parental e sua repercussão na família em crise; 3. O quadro psicológico das vítimas da alienação e suas consequências; 4. Conclusão.

1. O PODER FAMILIAR E A DISSOLUÇÃO DAS UNIÕES AFETIVAS

O cotidiano das lides forenses que envolvem questões de família está permeado de complexas relações sentimentais que vêm à tona, ou pelo menos são agravadas, com o fim do casamento ou da união estável, sobretudo, quando da união afetiva fracassada surgiu uma prole que, indubitavelmente, não pode ser lesionada pela crise conjugal.

Houve um tempo em que o nosso ordenamento admitia somente a instituição do casamento como forma legítima de união entre o homem e a mulher, inclusive, sem cogitar da hipótese de sua dissolução antes do óbito de algum dos cônjuges, o que, embora tardiamente, foi remediado com a Lei do Divórcio, posteriormente substituída em suas disposições de direito material pelo Código Civil de 2002.

A partir de então, intensificaram-se as discussões processuais em torno da regulamentação da convivência dos filhos com o genitor ou

genitora que deixa o lar conjugal, mas que, contudo, não se desvincula da gama de direitos e deveres que compõem o poder familiar, como expressamente prevê o art. 1.632 do CC e que, na lição de Maria Helena Diniz, deve ser:

> "exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho."[1]

Nos termos do art. 1.634 do Código Civil, compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Dessa forma, constata-se que o nosso ordenamento cuida detalhadamente dos direitos e obrigações inerentes à relação de paternidade/maternidade e de filiação, zelando no intuito de proteger o regular desenvolvimento da criança e do adolescente, sem descuidar, contudo, de resguardar o direito daqueles que, tendo deixado a relação conjugal, desejam, devem e precisam continuar a conviver com seus filhos, preservando-se uma relação socioafetiva de natureza perene.

Mas, dentro deste contexto de rompimento e separação, o direito tutela, principalmente, a dignidade psicológica dos infantes que, muitas vezes, se encontram em meio a disputas estúpidas e mesquinhas de pessoas afetadas pelas dores da decepção, da traição ou do desespero e que, não raramente, se utilizam dos filhos para tentar ressuscitar uma relação já absolutamente inviável ou, simplesmente, para buscar uma vingança irracional e sórdida.

2. O REGRAMENTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL E SUA REPERCUSSÃO NA FAMÍLIA EM CRISE

O comportamento nocivo acima descrito, modernamente denominado como *alienação parental*, obviamente, vai de encontro ao nosso sistema constitucional de proteção da criança e do adolescente, que assim preceitua:

> "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
> (…)
> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."

Na mesma linha de proteção, encontra-se a tutela normativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, com o nosso grifo:

> "Art. 3º **A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana**, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar **o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.**
> Art. 4º **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.
> (...)
> Art. 5º **Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de** negligência, discriminação, exploração, **violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.**
> (…)
> Art. 18. É dever de todos velar pela **dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.**
> (…)
> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, a**ssegurada a convivência familiar** e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes."

Tudo isso, sem se olvidar a esfera penal, como se vislumbra na disciplina do Código Penal:

> "Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:
> Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.
> § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
> § 2º - Se resulta a morte:

> Pena - reclusão, de quatro a doze anos.
> § 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos."

Todavia, a seara das relações familiares localizadas no complexo contexto das separações pode abarcar uma infinidade de comportamentos capazes de atingir a integridade física e emocional dos filhos envolvidos, o que há muito reclamava uma disciplina própria e mais aperfeiçoada, que cuidasse de todas ou quase todas as vertentes do problema, com detalhada previsão de suas consequências legais e até o procedimento judicial destinado à apuração dos fatos e julgamento dos personagens envolvidos.

Para tanto, foi editada a recente Lei 12.318/2010, que assim veio disciplinar a matéria:

> "Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.
> Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:
> I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
> II - dificultar o exercício da autoridade parental;
> III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
> IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
> V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

> VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
> VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.
> Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda."

Sobre a questão, é sempre válida a lição de Maria Berenice Dias, cuja doutrina de vanguarda parece sempre prenunciar a mudança da lei a fim de acompanhar a evolução social, *in verbis:*

> "No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor.
> Para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de "síndrome de alienação parental": programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento

> de agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele.
> A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.
> O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro.". [2]

Assim, o problema deve sempre ser enfrentado no intuito de se frear e neutralizar a atividade do ascendente alienador em relação ao filho afetado, devendo o Judiciário intervir sempre que legitimamente provocado para zelar pela sadia convivência entre pais e filhos, valendo-se, inclusive, de perícia social e psicológica acerca do caso, para sua adequada identificação, para que se tenha uma real noção da intensidade da alienação e de quais são as suas formas no caso concreto, prestigiando-se a medida mais apropriada para o bem-estar da criança ou adolescente e do genitor atingido. Neste sentido, a nova legislação:

> "Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo

da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º **A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.**

Aqui, vale destacar que as consequências do reconhecimento judicial da alienação parental vão de uma simples declaração de sua existência e advertência ao alienador até a suspensão da autoridade parental, entenda-se, do poder familiar, medida extrema que pode ser precedida pela transferência da guarda ao ascendente que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor.

Contudo, merece notável consideração uma medida intermediária que, conjugada com aquela que prevê a ampliação da convivência

com o genitor/vítima, talvez seja a mais eficaz para o bem-estar do infante, qual seja, **o acompanhamento biopsicossocial de toda a família**, isto porque, na realidade, muitas vezes, o alienador também se encontra necessitando de cuidados profissionais específicos a fim de que seus sentimentos e comportamentos sejam trabalhados do ponto de vista psicológico, o que, possivelmente, proporcionará a todos uma convivência familiar mais saudável.

Noutras palavras, não pode o Poder Público, através do Judiciário, simplesmente censurar o alienador, puni-lo e afastá-lo da criança, pois esta, certamente, e apesar de tudo, também o ama e não será feliz com a sua crucificação.

Em síntese, é preciso que todos, aqui compreendendo-se, a família, os advogados, os peritos, o Ministério Público e o Poder Judiciário, embora atentos aos direitos do genitor/vítima, não deixem de priorizar a integridade psicológica da criança ou adolescente afetado, pois esta é a finalidade maior das normas que compõem o sistema jurídico de proteção à infância e à juventude, que, em boa hora, veio ser aperfeiçoado pela Lei 12.318/2010.

3. O QUADRO PSICOLÓGICO DAS VÍTIMAS DA ALIENAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Segundo Karine Belmont Chaves, desde a década de 1980, os estudiosos da psiquiatria e da psicologia jurídica vêm aprimorando a análise do fenômeno que ficou conhecido como *síndrome da alienação parental,* definido por Richard Gardner, um dos pioneiros neste estudo, como:

> "o transtorno caracterizado pelo conjunto de sintomas que resulta no processo pelo qual um progenitor transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes estratégias, com o objetivo de impedir, obstruir ou destruir seus vínculos com o outro progenitor, até torná-la contraditória."[3]

Conforme Chaves, caracteriza-se a SAP mediante a constatação de, pelo menos, quatro critérios típicos do processo alienatório, quais sejam,

obstrução do contato, denúncias falsas de abuso, deterioração da relação após a separação e reação de medo (*op. cit.*).

Noutras palavras, trata-se de um gradual processo de desconstituição do papel que ocupava o outro genitor na vida dos filhos, buscando o alienador frustar uma convivência familiar como represália dirigida contra aquele que considera responsável pelo sofrimento gerado com o fim da relação afetiva, utilizando-se, para tanto, dos sentimentos da criança ou do adolescente e de sua fragilidade emocional.

Tal processo não se constrói subitamente, ao contrário, resulta de uma constante atividade do genitor alienador e se opera na consciência dos filhos mediante diferentes fases ou estágios, do mais suave até o mais avançado, variando de um simples desconforto na presença do genitor/vítima até o desprezo e rejeição em relação ao mesmo, tudo isso, como fruto do perseverante trabalho de desmoralização perpetrado pelo guardião.

Este genitor-guardião, como nos apresenta Tamara Brockhausen, também recorrendo ao trabalho de Gardner, encontra-se acometido por patologias mais severas, que não lhe permitem zelar pela proteção e pela saúde física e mental dos filhos e, diante de sua necessidade de retaliação, associada a dificuldades psíquicas importantes, pode acabar explorando a vulnerabilidade da criança, ou seja, o conflito de lealdade na qual esta se encontra em razão do divórcio, com o intuito de utilizá-la como instrumento de vingança contra o ex-parceiro.[4]

Como resultado deste pernicioso processo de alienação sentimental, diversas consequências de notável gravidade podem se verificar na personalidade da criança ou adolescente, dentre as quais, segundo Chaves, a psicologia jurídica brasileira destaca a depressão, a incapacidade para adaptar-se aos ambientes sociais, o transtorno de identidade e de imagem, desespero, tendência ao isolamento, comportamento hostil, falta de organização e, nos casos mais sérios, abuso de entorpecentes, álcool e até suicídio, ao passo em que, nos genitores alienados, percebem-se problemas como o transtorno de personalidade de esquiva, transtorno de personalidade dependente, estresse e depressão.[5]

Não bastassem essas graves consequências, registra-se ainda na literatura especializada outra também gravíssima e que pode comprometer seriamente o futuro da criança ou do adolescente. Trata-se da falsa memória de abuso incutida pelos atos de lavagem

cerebral realizados pelo alienador. Segundo Brockhausen, a criança cresce acreditando veementemente que fora abusada sexualmente pelo genitor alienado, sendo assim vitimizada pelo genitor que alega estar lhe protegendo, apresentado, inclusive, sintomatologia parecida com a de crianças realmente abusadas.[6]

Em suma, é possível constatar que a síndrome da alienação parental pode acarretar inúmeros danos à saúde mental dos infantes, com sérias repercussões em sua qualidade de vida, o que demandará intensa atividade terapêutica para tratamento das vítimas, a fim de se romper um círculo vicioso capaz, inclusive, de se estender para futuras gerações.

4. CONCLUSÃO

Diante das considerações ora propostas acerca da alienação parental, evidencia-se que o nosso sistema jurídico se aperfeiçoa cada vez mais a fim de prevenir e/ou combater os nocivos efeitos deste processo destrutivo na vida dos personagens envolvidos nesta complicada trama da vida real.

Muito mais do que traçar sanções, a nova legislação veio estabelecer todo um sistema procedimental destinado a identificar a alienação e enfrentá-la, inclusive, com o tratamento psicológico adequado, o que, por fim, tenciona alcançar o bem comum, finalidade maior de toda norma legal.

Por outro prisma, constata-se que as consequências legais, correspondentes às medidas judiciais aplicáveis aos casos de alienação parental, representam tão somente instrumentos destinados a evitar ou remediar as repercussões psicológicas originadas pelo fenômeno da alienação.

Em verdade, buscou o legislador utilizar o imperativo da lei para melhor solucionar um drama repetitivo, e muitas vezes silencioso, da vida familiar de inúmeras pessoas que sofrem neste contexto de ressentimento e vingança, sentimentos que não podem triunfar diante do direito natural à felicidade, cuja tutela compete não só aos pais, mas também à toda sociedade e ao Estado, em homenagem ao preceito maior que zela pela dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da nossa República.

Notas

[1] DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro – 5º Volume*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.447.
[2] DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?* Extraído do *site* www.jusnavigandi.com.br. Acessado em 21.09.2010.
[3] CHAVES, Karine Belmont. *Síndrome da alienação parental.* Extraído do *site* www.karinebelmont.blogstop.com.br. Acessado em 14.09.2010.
[4] BROCKHAUSEN, Tamara. *Revista psique ciência & vida.* Ano V, nº 57. São Paulo: Escala, 2010, p. 32.
[5] CHAVES, Karine Belmont. *Síndrome da alienação parental.* Extraído do *site* www.karinebelmont.blogstop.com.br. Acessado em 14.09.2010.
[6] BROCKHAUSEN, Tamara. *Revista psique ciência & vida.* Ano V, nº 57. São Paulo: Escala, 2010, p. 34.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHAVES, Karine Belmont. *Síndrome da alienação parental.* Extraído do *site* www.karinebelmont.blogstop.com.br. Acessado em 14.09.2010.

BROCKHAUSEN, Tamara. *Revista psique ciência & vida.* Ano V, nº 57. São Paulo: Escala, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?* Extraído do *site* www.jusnavigandi.com.br. Acessado em 21.09.2010.

DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro – 5º Volume*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PROCESSO NOS TRIBUNAIS - REFORMA E ANULAÇÃO DAS SENTENÇAS [1]

Marcos de Oliveira Pinto
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS; Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF--RJ); Professor de Direito Administrativo na Graduação e na Pós-Graduação da Universidade Tiradentes – UNIT; Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Aracaju; Juiz-membro da 2ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

RESUMO: Assim como o juiz não pode se eximir de julgar, como fator de segurança jurídica, também não pode desatender ao devido processo legal, mesmo que sob justificativas de celeridade. Dentro deste contexto, o sistema recursal assume destacada importância, justamente por implicar na possibilidade de correção dos denominados "error in procedendo" e "error in judicando", de modo que a revisão dos julgados é aspecto de relevância para a busca de uma adequada e justa prestação jurisdicional, com atendimento inclusive da duração razoável do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz; sistema recursal; celeridade.

ABSTRACT: As the judge can not avoid judging as a factor of judicial security, He can not misattend the due process of Law even under celerity justification. Inside this context, the appealing system assumes prominence importance Just to imply in the possibility of correction of "error in procedendo" and "error in judicando" (procedure and judicial mistakes), this way the review of judgements is extremely relevant to the search of an appropriate and fair jurisdictional answering inclusively the reasonable duration of the process.

KEYWORDS: Judge; appealing system; celerity.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NECESSÁRIA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Estabelece o artigo 126 do Código de Processo Civil que:

> **Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.**

É entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, quanto observância de tal dispositivo legal, que:

> **Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério.** [2]

Dentro de tal concepção, não se pode deixar de reconhecer que se busca privilegiar, dentre outros, o princípio da segurança jurídica, de modo que o regramento jurídico constitucional e infraconstitucional tenha plena vigência e produza os sentimentos de paz e segurança que é finalidade própria do Direito.

O papel do Juiz, dentro deste cenário, mostra-se de capital importância para a própria estabilidade e confiabilidade do conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações verificadas em sociedade, tanto que observa CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ao discorrer acerca da *justiça nas decisões*:

> **Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às**

> **mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. Repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico. Ele é um instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso. As leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. Em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões que as consideram isoladamente e imponham o comando emergente da mera interpretação gramatical. [...]**
> **[...]**
> **Daí, porém, não deve emanar a ideia de uma carga excessiva e perigosa de poderes entregues ao juiz. Legislador ele não é e, com as ressalvas postas, sempre continua o juiz sujeito à lei. Aquele que, a pretexto de dar a esta uma interpretação evolutiva, pretender impor soluções suas personalíssimas, decorrentes de suas opções políticas, crenças religiosas, preconceitos, preferências, etc., estará cometendo ilegalidade e sua decisão não será legítima.**[3]

Tais posicionamentos nos conduzem ao entendimento de que a revisão das decisões, dos julgamentos proferidos por cada um dos diversos órgãos jurisdicionais que integram o Poder Judiciário, por via de consequência, é questão de grande relevância para toda a coletividade, posto que, diante dos valores presentes na Constituição Federal, quanto às regras e aos princípios ali previstos e concebidos, pode-se afirmar que tem o cidadão o direito a um PROCESSO DEMORADO ou seja, bem analisado e estudado, em contraposição à ideia de moroso ou de submissão a um julgamento açodado, apressado, sem a necessária garantia do devido processo legal e do atendimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Trata-se de um elemento essencial para o exercício da plena cidadania a possibilidade do indivíduo recorrer ao Judiciário para a defesa dos

seus direitos e interesses, de forma que a decisão a ser proferida deve necessariamente se revestir das formalidades legais, assegurando-se os valores da isonomia, da imparcialidade e da própria justiça.

Aliás, quanto a tal aspecto, não é por demais citar a norma constitucional que veda a existência de **juízo ou tribunal de exceção** (Art. 5º, inciso XXXVII, da CF), bem como a que privilegia o denominado PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL, expressamente previsto no inciso XXXV do artigo 5º da ***Lex Fundamentalis***, que estabelece:

> **A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.**

Pois bem, é de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA a síntese que bem retrata a preocupação de se promover a utilização de meios que garantam, o mais que possível, a correta aplicação da lei ao caso concreto, extirpando-se os erros, dentro de um sistema processual que possibilite o reexame dos julgados, mas que inadmitam, do mesmo modo, a sua indefinida e interminável tramitação, quando assim afirma:

> **Desde tempos remotos, têm-se preocupado as legislações em criar expedientes para a correção dos possíveis erros contidos na decisões judiciais. À conveniência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito. Entre essas duas solicitações, até certo ponto antagônicas, procuram os ordenamentos uma via média que sacrifique, além do limite razoável, a segurança à justiça, ou esta àquela. Fazer inimpugnáveis quaisquer decisões, desde que proferidas, atenderia ao primeiro interesse, mas com insuportável detrimento do segundo; multiplicar *ad infinitum* os meios de impugnação produziria efeito diametralmente oposto ou igualmente danoso. Ante a inafastável possibilidade**

> **do erro judicial, adotam as leis posição intermediária; propiciam remédios, mas limitam-lhes os casos e as oportunidades de uso.**[4]

Inegavelmente não seria de boa técnica e nem de bons resultados para as garantias dos direitos do cidadão, o estabelecimento de um processo kafkaniano.

A própria Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, passou a estabelecer no seu inciso LXXVIII do artigo 5º que:

> **A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.**

A razoável duração do processo, por conseguinte, possui íntima relação com o sistema recursal, já que não se pode falar em sua ultimação sem que se esgotem os meios recursais e de impugnação do julgado, de modo a se ter por resolvido o conflito de interesses posto sob apreciação judicial, com consequente estabilização da tensão social instalada.

2. DO SISTEMA RECURSAL. FUNDAMENTO E IMPORTÂNCIA DO RECURSO

O fundamento que justifica a existência do recurso, por evidente, é o inconformismo do indivíduo perante a Decisão proferida, de modo a ensejar no mesmo o sentimento de insurgência, com possibilidade de utilização dos meios processuais previstos no sistema para possibilitar a revisão da sentença ou do acórdão, conforme a hipótese.

O Professor ARRUDA ALVIM, no que se refere as questões que justificam a existência dos recursos, aponta para dois aspectos:

> **1º) na possibilidade de erros nas decisões judiciárias;**
> **2º) no interesse correlato do Estado na realização correta dos direitos subjetivos e objetivos materiais e do próprio direito**

> **processual, no campo do processo e cuja observância exata é, muitas vezes, condição normal do acerto na aplicação do direito objetivo material, possibilitada sempre nas hipóteses de erro grave (processual e material), a correção respectiva pelos órgãos de segundo grau, ou mesmo pelo próprio prolator da decisão, dos possíveis erros cometidos no julgamento.**[5]

É de LUIZ ORIONE NETO a observação de que **o recurso também serve para uniformizar a aplicação do direito**[6], posto que a ausência do sistema recursal possibilitaria em grande proporção a existência de decisões antagônicas diante de casos idênticos, com evidente prejuízo e descrédito para o próprio Poder Judiciário.

É dentro de tal ótica que o citado processualista, chamando a atenção para o fato de que a palavra "recurso" é proveniente do latim *recursus*, contendo a ideia de voltar atrás, de retroagir, de curso ao contrário, de retornar, recuar, retroceder, ou seja, de pressupor um caminho já utilizado, o define, em sentido estrito, nos seguintes termos:

> **É o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o aclaramento da decisão judicial impugnada.**[7]

Este também é o entendimento de NELSON NERY JUNIOR[8].

Para BERNARDO PIMENTEL SOUZA:

> **Recurso é um remédio jurídico que pode ser utilizado em prazo peremptório pelas partes, pelo Ministério Público e por terceiro prejudicado, apto a ensejar a reforma, a anulação, a integração ou o esclarecimento**

> **da decisão jurisdicional, por parte do próprio julgador ou de tribunal *ad quem*, dentro do mesmo processo em que foi lançado o pronunciamento causador do inconformismo. É importante ressaltar que, ao interpor recurso, o insatisfeito pratica ato processual por meio do qual concretiza o seu direito de recorrer.**[9]

Em artigo intitulado "Sobre a reforma das decisões e o aperfeiçoamento das sentenças à luz da própria jurisprudência", o Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, SÍLVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO, numa perspectiva relacionada ao direito processual penal, quanto aos referenciados tipos de provimento e citando doutrina do Magistrado NAGIB SLAIBI FILHO, textualiza que "... **A manutenção é expressa nas hipóteses de confirmação da decisão anterior. Vale lembrar que excluída a situação do chamado recurso *ex offício* (reexame necessário), não se submete à apreciação da matéria já decidida apenas com o fito à sua manutenção. A reforma, em sentido estrito, ocorre quando a decisão, nas palavras do Mestre Nagib Slaibi Filho, "Sentença Cível", Forense, pg. 214, merece da instância revisora, outra solução de mérito". Anulação, segundo o Ilustre Magistrado acima referido, ocorre quando a mesma instância revisora determina ao Juízo originário que profira nova sentença. E por fim a integração ou esclarecimento, situação intermediária, onde há interpretação do ato.**"

O ato de recorrer, por evidente, que se desenvolve dentro da mesma relação jurídica processual, é uma *longa manus* do exercício do direito de ação e de defesa[10], que não se confunde com as ***ações autônomas de impugnação***, como é o caso da ação rescisória, do mandado de segurança, dos embargos do devedor e da ação cautelar inominada.

De acordo com o que estabelece o artigo 125 do Código de Processo Civil, impõe-se ao Juiz dirigir o processo buscando assegurar às partes igualdade de tratamento, velando pela rápida solução do litígio, prevenindo ou reprimindo qualquer ato contrário à dignidade da justiça e, sem prejuízo de outras normas também aplicáveis à hipótese, tentando, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Incumbe ao magistrado, do mesmo modo, dentre outros atos de sua competência, a prática daqueles indicados no artigo 162 do mesmo Caderno Processual Civil, com a seguinte redação:

> **Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.**
> **§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.**
> **§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.**
> **§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.**
> **§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários.**

No artigo 163 do mesmo Estatuto Processual Civil é estabelecido que o julgamento proferido pelos tribunais recebe a denominado de **acórdão**, devendo ser ressaltado que este não é o único ato praticado pelos seus integrantes, ante a expressa possibilidade das conhecidas ***decisões monocráticas***, como é o caso do que estabelece o artigo 557, Caput, do citado Diploma Legal, que assim dispõe: "**O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior**".

De acordo com a natureza da decisão proferida, estão previstos no artigo 496 do Código de Processo Civil os recursos cabíveis para

a interposição, pela parte interessada, da insurgência recursal, com a seguinte redação:

> **Art. 496. São Cabíveis os seguinte recursos:**
> **I – apelação;**
> **II – agravo;**
> **III – embargos infringentes;**
> **IV – embargos de declaração;**
> **V – recurso ordinário;**
> **VI – recurso especial;**
> **VII – recurso extraordinário;**
> **VIII – embargos de divergência em recurso especial e em curso extraordinário.**

O manejo do recurso pelo legitimado, atendidos os requisitos de admissibilidade, como a existência do preparo, quando exigido, e a sua tempestividade, objetiva a **reforma**, a **anulação**, a **integração** ou o **aclaramento** da Decisão proferida, consoante já observado, sendo de maior relevo para o tema em exame as duas primeiras hipóteses, posto que a integração ou o aclaramento tendem a ser solucionados por meios dos embargos declaratórios direcionados ao mesmo órgão prolator do ***Decisum*** fustigado, juiz ou relator, desde que configurada situação de obscuridade, contradição ou omissão, nos termos do artigo 535 e seguintes do Estatuto Processual Civil.

Vamos então nas hipóteses de reforma ou anulação da decisão.

3. DO *ERROR IN PROCEDENDO* E DO *ERROR IN JUDICANDO*. DEFINIÇÃO E EFEITOS

A decisão proferida pelo órgão judicante e posta à análise pelo órgão revisor, ressalvadas as hipóteses de manutenção, integração e aclaramento, podem padecer de defeitos que dizem respeito à forma (vício de atividade) ou à própria substância do ato, ao seu conteúdo (vício de juízo), sendo eles igualmente impugnáveis por meio da interposição do competente recurso e, por consequência, ensejando a possibilidade de anulação ou reforma do ***Decisum***.

Neste sentido, observa NELSON NERY JÚNIOR que:

> **Há vícios que, no direito brasileiro, ensejam recurso e outros que dão, também, azo à propositura de ação rescisória. Mas, de qualquer sorte, havendo vício no ato judicial impugnável, qualquer que seja o tipo de vício será sanado por intermédio de recurso, desde que observados os requisitos próprios de cada meio de impugnação. O fato de, por exemplo, o recurso extraordinário bem como o recurso especial brasileiros, equiparáveis em parte à revisão alemã ou à cassação italiana e francesa, serem recursos de fundamentação vinculada (CF 102 III e 105 III) não invalida o que vimos afirmando, antes confirma a tese de que, de ordinário, a fundamentação do recurso é ampla, abrangendo tanto os vícios de atividade quanto os vícios de juízo.**

Válido ainda registrar o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, para quem "**Não obstante, salvo o caso de sentença inexistente – como aquela à que falta o dispositivo -, a sentença rescindível, mesmo nula como a classificavam vários doutores, produz os efeitos da *res iudicata* e apresenta-se exequível enquanto não revogada pelo remédio próprio da ação rescisória.**"[11]

O ***error in procedendo***, portanto, decorre da existência de um vício de natureza *formal*, capaz de produzir o efeito de invalidar a decisão judicial, posto que de tamanha gravidade que acarreta a nulidade do próprio processo, inclusive pela existência de prejuízo à parte, contaminando, assim, a prestação jurisdicional realizada.

Segundo LUIZ ORIONE NETO, citando BARBOSA MOREIRA, tem-se, quanto a tal espécie de vício, que:

> **A impugnação da decisão definitiva pode também fundar-se na alegação de *error in procedendo* e visar a anulação da sentença. Aqui, o que se discute, em primeiro lugar, é a própria validade desta como ato processual.**

> **Se o órgão *ad quem* acolhe a impugnação, dando provimento ao recurso, deixa de existir pronunciamento de primeiro grau sobre o mérito". Então, os vícios de atividade (*errores in procedendo*) estão relacionados a "alegações concernentes à invalidade da sentença, quer por vícios que nela mesma se apontam (v.g., defeitos da sua estrutura formal, julgamento *ultra petita* ou *extra petita*), que por vícios que se apontam no processo e que são suscetíveis de afetar a decisão (v.g., impedimento do juiz, incompetência absoluta, não participação de litisconsorte necessário, não intimação do Ministério Público em caso de intervenção obrigatória).**

Também é hipótese de nulidade a própria inobservância do prazo de publicação de pauta para a sessão de julgamento do recurso, consoante o entendimento contido no enunciado da Súmula n. 117 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "**A inobservância do prazo de 48 horas, entre a publicação de pauta e o julgamento sem a presença das partes, acarreta nulidade**".

Inúmeras são as hipóteses que aqui poderiam ser referenciadas de vícios formais com a potencialidade de produzir prejuízo à parte e, por consequência, provocar a nulidade do ***Decisum*** proferido, mas dentre eles chama a atenção a nulidade decorrente da AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO, posto que em ofensa ao comando inserto no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, que estabelece:

> **Art. 93. [...]**
> **[...]**
> **IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e <u>fundamentadas todas as decisões</u>, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em**

> **casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.**

A constatação do vício de forma, portanto, tem como consequência a anulação do respectivo ato, ou seja a cassação da decisão, a fim de que outra seja validamente proferida, sem olvidar das hipóteses em que se faça presente o juízo de retratação, quando então possível a modificação pelo próprio órgão prolator do ***Decisum***, como na hipótese do parágrafo 1º do artigo 285-A do Código de Processo Civil, quando for o caso.

O ***error in judicando***, por seu turno, configura-se quando o vício é de natureza substancial, ou seja, não é de forma, mas de fundo, geralmente inerente ao próprio mérito ou, por assim dizer, à *justiça* da decisão.

Afirma EMILIO BETTI que tal espécie de vício consiste em "**um erro na declaração dos efeitos jurídicos substanciais e processuais: erro pelo qual o juiz desconhece efeitos jurídicos que a lei determina para a espécie em julgamento ou, ao contrário, reconhece existentes efeitos jurídicos diversos daqueles**"[12].

Acerca do ***error in judicando***, cumpre observar que a Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que "**No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública**.

Trata-se, por evidente, de situação em que se busca não privilegiar quem não recorreu, já que o reexame necessário é decorrência da aplicação do disposto no artigo 475 do Código de Processo Civil, quanto às decisões proferidas contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como aquelas em que se julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, com a remessa obrigatória dos autos à Superior Instância, independentemente da interposição de recurso voluntário pelas partes.

Neste sentido, é a jurisprudência pátria:

> **É vedada a "reformatio in pejus": não pode o tribunal modificar a sentença a fim de beneficiar quem não recorreu (RTJ 94/345,**

RT 610/156), salvo as hipóteses do art. 475, em que a modificação é possível, embora unicamente a favor da entidade de direito público ou do vínculo.

Por força do disposto no artigo 512 do Código de Processo Civil, "**o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso**."

Há de se registrar, por necessário, que a distinção entre os dois vícios, de atividade ou de juízo, não é meramente acadêmico, seja pela própria compreensão da matéria levada a conhecimento da Instância Superior, seja pelo exame atinente às hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, do recurso especial e da própria ação rescisória, consoante lições de Nelson Nery Júnior.

4. A CORREÇÃO DOS VÍCIOS. IMPORTÂNCIA DO CONTROLE.

Feitas tais ponderações, resta inquestionável o papel que desempenha o sistema recursal, como instrumento de revisão das Decisões judiciais, tanto pela necessária busca de se reduzir os erros, formais ou de juízo, como pela busca de uma maior segurança na aplicação da lei ao caso concreto, quanto aos instrumentos de uniformização da jurisprudência.

No que pertine ao ***error in procedendo*** e ao ***error in judicando***, resta cristalino o fato de que diuturnamente já se busca aprimorar a prestação jurisdicional, de modo a possibilitar decisões que não sejam atingidas por tais vícios, realidade esta que se extrai pelas recentes alterações legislativas que buscam atribuir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, bem como pelas ações que permitam maior produtividade aos órgãos do Poder Judiciário, com o acesso a material humano e instrumentos de trabalho, inclusive tecnológico, de maior qualidade, em que pese a realidade ainda se mostrar distante da ideia de perfeição, do que se poderia conceber como ideal, por questões diversas, que inclusive justificariam a elaboração de um outro estudo, específico do tema.

Inobstante dita realidade, mas também por se tratar a prestação jurisdicional de uma atividade de natureza humana e, portanto, sujeita

a erros, inclusive interpretativos, a atuação dos órgãos de revisão desempenham papel de relevo, no sentido de buscar reduzir a existência dos mesmos, sem olvidar da questão atinente à segurança jurídica e confiança na previsibilidade do sistema normativo, a partir do momento em que também evitam a proliferação de decisões divergentes sobre o mesmo tema, consoante já observado.

Neste mesmo sentido, além do papel desempenhado pela jurisprudência e pela doutrina, vale destacar a introdução da denominada Súmula Vinculante, por força de previsão contida na Emenda Constitucional 45/2004, tendo o artigo 103-A, *Caput*, da Carta Política, a seguinte redação:

> **O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.**

Trata-se, por evidente, respeitadas os posicionamentos daqueles que discordam de sua criação, de mais um instrumento que objetiva a estabilidade do sistema, através da uniformização de entendimento, com efeito de obrigatoriedade para todos aqueles que são relacionados no mencionado dispositivo constitucional.

Deste modo, quanto à possibilidade de erros nas decisões e suas respectivas formas de correção pelos órgãos de revisão, cuida-se do estabelecimento de mecanismos que objetivam a correta e necessária prestação jurisdicional, no sentido de permitir a mais adequada e justa incidência da lei ao caso concreto, objetivo de todos e finalidade maior do Direito.

Notas

[1] Artigo decorrente de palestra proferida pelo autor por ocasião do Congresso Sergipano sobre processos nos Tribunais, realizado nos dias 06 a 09 de maio de 2009, no auditório do Palácio da Justiça de Sergipe.

[2] STF-RBDP 50/159 e Amagis 8/363.

[3] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 361/362.

[4] MOREIRA, José Carlos Barbosa; *apud* ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. ps. 01/02 .

[5] ALVIM, Arruda; *apud* Orione Neto, Luiz. *Recursos cíveis.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 02.

[6] ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 02.

[7] ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 04.

[8] NERY JUNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6ª ed. São Paulo: RT. 2004. p. 212.

[9] SOUZA, Bernardo Pimentel; *apud* Orione Neto, Luiz. *Recursos cíveis.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 04.

[10] ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 05.

[11] THEODORO JÚNIOR, Humberto; *apud* Orione Neto, Luiz. *Recursos cíveis.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 37.

[12] BETTI, Emilio; *apud* Orione Neto, Luiz. *Recursos cíveis.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 37/38.

BIBLIOGRAFIA

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros. 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT. 2004.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

LEGISLAÇÃO

Constituição Federal.
Código de Processo Civil.

esmese - revista 14.indd 78 03/12/2010 14:30:37

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE DEFESA DA CIDADE

Edson Ulisses de Melo
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: Este artigo aborda meios processuais e jurídicos para proteger a qualidade da vida nas metrópoles. Defende a cidadania e reconhece a função social da cidade, prevista na Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania; Estatuto da cidade; Dignidade da pessoa humana; Instrumentos processuais.

O vocábulo cidade vem do latim *civitates* ou do grego *poles*. Significa uma comunidade onde vivem e trabalham as pessoas. Também se aplica para definir sede de município, independentemente do número de habitantes que possua. As cidades são, em geral, os lugares mais populosos do mundo. Não há padrão que determine o número de habitantes que uma comunidade deve ter para ser classificada como cidade. Em geral, a palavra cidade é usada para designar grandes comunidades urbanas. Há padrões populacionais para distinguir áreas urbanas de áreas rurais. A Organização das Nações Unidas considera urbanas apenas as comunidades com 20 mil habitantes ou mais.

As pessoas decidem morar nas cidades ou perto delas por várias razões. A principal delas é a quantidade e a variedade de empregos disponíveis. As cidades também oferecem muito mais atividades culturais e de lazer. Não obstante, a maioria das cidades é superpovoada, suja e barulhenta e, às vezes, tumultuada pela violência e criminalidade. No entanto, apesar de todas essas inconveniências, a percentagem de pessoas que vivem em áreas urbanas (cidades e seus arredores) continua a crescer.

Partindo das aldeias neolíticas, posto que anteriormente o homem apenas vagava em busca de alimentos, as cidades têm variado em tamanho e em disposição, apresentando diversos sistemas econômicos, governamentais e sociais. O progresso tecnológico e econômico tem influenciado a vida das cidades ao longo da história. Por exemplo, o desenvolvimento da máquina a vapor, no séc. XVIII, deu ao homem a fonte de energia de que ele necessitava para introduzir a indústria em

esmese - revista 14.indd 79 03/12/2010 14:30:37

larga escala. Muitas cidades tornaram-se gigantescos centros industriais a partir desse período.

No séc. XX, milhares de subúrbios e cidades-dormitórios surgiram em torno dos grandes centros urbanos e, no séc. XXI, os subúrbios continuam crescendo de modo mais acelerado e desordenados. A explosão demográfica ocorrida no planeta provocou um aumento tanto no tamanho quanto no número das cidades. Áreas cada vez maiores em torno das centrais estão sendo ocupadas. Os subúrbios se expandiram de tal forma que certas regiões metropolitanas ficaram emendadas, sem áreas rurais a separá-las.

Essa extensão contínua de cidades transformou as já excessivamente grandes metrópoles em verdadeiras megalópoles. O Brasil já experimenta esta experiência nas áreas metropolitanas que cercam as grandes capitais brasileiras. Com isso a vida tornou-se insuportável nas grandes cidades, demandando dos governos a eliminação de certos fatores, dentre eles as favelas e outras formas de habitação precárias. Tornou-se imperiosa a adoção do planejamento e regulamento do uso de área urbana, a fim de absorver a população em crescimento; de igual modo zelar para que não seja permitida a construção de edifícios elevados nos locais onde isso é proibido.

Em Pernambuco, por exemplo, foi estabelecida uma grande polêmica em torno da elevação de duas grandes torres de apartamento em área que os defensores do ambiente entendem proibida para o tipo de construção. As cidades erigidas na região de praias, como Florianópolis, Rio de Janeiro, Aracaju e tantas outras estão se constituindo em verdadeiras muralhas, impedindo o fluxo normal dos ventos vindos dos oceanos, tão benéficos ao ser humano.

Maiores espaços devem ser reservados para parque e outras áreas de recreação; resolver os problemas do trânsito e melhorar as condições de segurança com a criação de vias separadas para automóveis, o transporte coletivo, carga e descarga. Empenhar-se para livrar as cidades da poluição.

O cidadão espera e anseia que as cidades ofereçam todas as vantagens da vida urbana, sem nenhuma das suas desvantagens. Daí pode-se dizer, com muita propriedade, que tais problemas estão ligados diretamente aos direitos humanos. Defender a cidade é defender a cidadania, o cidadão e, consequentemente, todos os seus direitos.

O constituinte de 1988, preocupado com o nível de vida nas cidades, que se deteriora pelo mau uso dos espaços imobiliários, disse em seu artigo 182 que: "A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes."

Somente 13 anos depois, foi editada a referida lei geral definidora de diretrizes gerais, que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Finalmente, o Governo Federal editou a Lei 10.257, em 10 de julho de 2001, que entrou em vigor em 10 de outubro do mesmo ano. Conhecida como o Estatuto da Cidade, se constitui um dos maiores avanços legislativos concretizados nos últimos anos.

E para que se possa cumprir esse objetivo foi estabelecido que toda cidade com mais de 20.000 habitantes deverá ter o seu Plano Diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Definiu ainda que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenamento da cidade expressas no Plano Diretor, delimitando o modo de desapropriação desses imóveis urbanos, tornando tal procedimento isonômico em relação ao estabelecido para as propriedades rurais, no pertinente às suas benfeitorias, ou seja, com prévia e justa indenização em dinheiro.

Permitiu ao Poder Público Municipal, mediante lei específica, em relação à área incluída no Plano Diretor, exigir ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de forte ataque à propriedade privada com o parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Nessa linha de preocupação do constituinte de 1988 com o bem-estar dos que habitam as cidades, com o cidadão, afirmou o legislador originário que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Foi reconhecida pela Constituição, a

função social da cidade.

Esse bem-estar dos que habitam as cidades deve ser entendido da forma mais ampla possível para concretizar a plena qualidade de vida dessas pessoas, envolvendo aí todo um acervo de bens e serviços indispensáveis ao ser humano, desde a moradia digna, água potável, meio ambiente equilibrado, segurança pública, educação etc.

Diante disso, há de ser buscado no sistema jurídico mecanismos que assegurem a concretização desse bem-estar dos que habitam na cidade prometidos no seu Estatuto e na Constituição, na hipótese não muito remota de serem deixados de lado pelos gestores encarregados do seu cumprimento (prefeitos e governadores).

Temos exemplos muito próximos sobre o descumprimento de estatutos. O primeiro deles é do estatuto maior do país, já emendada ou remendada por mais de 50 vezes. Se tivéssemos de ingressar com ações de inconstitucionalidade por omissão contra os governantes desta Nação, somadas aquelas contra leis e atos contrários à Constituição, talvez o E. Supremo Tribunal Federal não suportasse essa sobrecarga.

Igual se diga do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Idoso, do Consumidor. Esperamos que o Estatuto da Cidade não seja mais um a ser desrespeitado. Daí a oportunidade do tema na busca dos instrumentos processuais para a sua defesa, pois defender a cidade é defender o seu Estatuto.

Sabemos que se trata de tema novo e o Estatuto uma norma substantiva, ao meu ver, não veio guarnecido de instrumentos processuais para a sua defesa, devendo portanto ser buscados no sistema jurídico vigente. O tema por ser novo cria perplexidade. Merece uma reflexão profunda, um estudo mais detido sobre a matéria por sua importância.

Em incursão no sistema jurídico brasileiro, de forma não muito profunda, posto que aceitei o tema como desafio, verifico que nossa Constituição, em vários pontos, toca no assunto, ora de forma direta ora indireta, todavia, lá foram encontrados os seus principais instrumentos processuais para defesa da cidade e do cidadão. Seu artigo 1º, na sua relação de princípios fundamentais, podemos destacar a cidadania e a dignidade da pessoa humana, elementos de suporte para qualquer processo da defesa da cidade, enquanto direito do cidadão; no artigo 5º, destacamos vários, dentre eles os incisos XXXV, que assegura a todos o acesso à justiça em defesa de lesão ou ameaça a direito; o XXIV, que

trata da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social; o LXX, que trata do mandado de segurança coletivo; o LXXI, que trata do mandado de injunção; e, finalmente, o inciso LXXIII, que trata da ação popular.

Como instrumentos processuais de defesa da cidade não previstos na Constituição avistamos com imensa felicidade a Lei nº 7347, de 24/07/1985 – que trata da Ação Civil Pública, este instrumento processual da maior importância a ser esgrimido na defesa da cidade, pois tem como objetivo a proteção aos interesses difusos da sociedade, ao lado do mais legítimo de todos por ter previsão constitucional e ser do cidadão o único e principal autor, a Ação Popular, disciplinada pela Lei nº 4717, de 29/06/1965. Este instrumento processual, como lei ordinária, antecede a Constituição, pois editada em 1965.

Acerca da Ação Civil Pública, convém ressaltar que, apesar de ser anterior à Constituição de 1988, foi por ela recepcionada e reforçada pela Lei nº 8078, de 11/09/1990 – Código de Defesa do Consumidor, ampliando seu campo de ação, em proteção aos interesses difusos da sociedade.

A Ação Popular, para o mestre Hely Lopes Meirelles, "é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor, mas o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga".

esmese - revista 14.indd 84 03/12/2010 14:30:37

EL TRASLADO DE CONDENADOS AL PAÍS DE ORIGEN COMO UNA NUEVA FORMA DE COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL EN EL MERCOSUR

Luciane Klein Vieira
Abogada en Brasil. Magíster en Derecho de la Integración (USAL/Paris I). Maestranda en Derecho Internacional Privado (UBA). Becaria doctoral del CONICET. Profesora de Derecho de la Integración y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

"*La cooperación entre los Estados Partes del Mercosur y los Estados Asociados debe ser fortalecida por medio de normas que aseguren una adecuada implementación de la justicia penal mediante la rehabilitación social de la persona condenada.*"[1]

RESUMEN: En el ámbito Mercosur, se está desarrollando una nueva forma de cooperación penal internacional entre los Estados Miembros. Tratase del instituto del traslado de condenados al país de origen, que se caracteriza por la transferencia de ciudadanos condenados al país de su nacionalidad o residencia habitual, para que allí puedan cumplir el resto de la pena pendiente de ejecución, dictada en el Estado de condena.

PALABRAS-LLAVE: Mercosur; traslado; condenados.

1. CONSIDERACIONES INÍCIALES

Un proceso de integración, como un agrupamiento de Estados decididos a fortalecer su actuación en el ámbito internacional, afecta también a sectores sociales, políticos y jurídicos, más allá de la cuestión puramente económica. Por lo tanto, debe ser estudiado de forma multidisciplinar, para así abarcar los diversos aspectos que permean la vida de los ciudadanos y de los Estados involucrados en el desarrollo del bloque.

El Mercosur, como bloque económico formado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, como Estados Parte, además de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela[2] como Estados Asociados, es un proceso de integración que, allende de los objetivos de establecer un arancel externo común, adoptar una política comercial común con relación a terceros Estados, coordinar políticas macroeconómicas y sectoriales, armonizar la legislación de los Estados Parte e instituir las cuatro libertades[3] fundamentales a la estructuración del bloque, también busca la conformación de la integración regional de otras formas, no meramente comerciales, en donde una de ellas es la cooperación o ayuda internacional entre los Estados involucrados con los compromisos y principios asumidos en la firma del Tratado de Asunción.
Teniendo en cuenta ese objetivo mayor, la cooperación internacional asume un rol cada vez más importante en el seno del bloque, en la medida que, conforme afirma el profesor Eduardo Tellechea Bergman:

> "no es posible que entre países en vías de integración, las fronteras de los Estados Partes se erijan en obstáculos casi insalvables al desarrollo de un proceso que incoado en uno de ellos requiera de actividad procesal a su servicio desplegada en alguno de los otros."[4]

De este modo, transponiendo el contexto de la cooperación internacional en general para el ámbito penal, lo que se verifica es que los Estados establecen asistencia mutua por medio del desarrollo de actividades jurisdiccionales recíprocas para la consecución de determinados fines, como medida de política criminal, en dónde surgen varios institutos, y entre ellos el del *traslado de condenados nacionales a su país de origen*, que configura un nuevo procedimiento penal que merece ser analizado con una mirada más atenta.

Bajo este paraguas, en la presente investigación, nos hemos propuesto a desarrollar con más afinco esta nueva forma de cooperación internacional, que se caracteriza por la transferencia de ciudadanos condenados al país de su nacionalidad o residencia habitual, para que allí puedan cumplir el resto de la pena pendiente de ejecución, dictada en

otro Estado, que es el Estado de condena[5]. La adopción de esta medida, como será visto en el transcurso del presente estudio, tiene por objetivo asegurar el respeto a los derechos humanos, y en especial, a la condición de extranjero y de persona humana, para lograr la reinserción social y la rehabilitación después del cumplimiento de la pena.

Esa forma peculiar de "entreayuda judicial penal entre los países que conforman la comunidad internacional"[6], y en el caso de la presente investigación, entre los países que conforman el Mercosur, será analizada a partir del nuevo concepto de soberanía estatal y de la moderna acepción de asistencia o cooperación internacional, para así llegar a la comprensión de la estructura de este nuevo instituto y a su finalidad última, pasando por el estudio de los principales convenios internacionales existentes sobre el traslado de condenados, para finalmente, poder ubicar la cuestión en el ámbito del Mercosur y allí desarrollar el tema.

2. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE SOBERANÍA ESTATAL Y TERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL ANTE EL TRASLADO DE CONDENADOS

El fenómeno de la globalización, que asola el mundo desde hace rato, también trajo consecuencias para la justicia criminal en general, en la medida que posibilitó la internacionalización[7] de la relación jurídica decurrente de la práctica de un crimen. Eso porque, por ejemplo, el acometimiento de un delito y sus consecuencias jurídicas pueden no ocurrir dentro de las fronteras de un único Estado y además, la práctica de actos judiciales necesarios a la persecución penal tampoco se queda vinculada solamente a un único territorio, cuando se asigna un caso que involucra elementos que lo conectan a más de un país. Por otro lado, un sujeto que fue condenado en un Estado, puede no ser nacional o residente de este país, lo que llena de elementos de extranjería a la relación entablada y posibilita la toma de medidas procesales para trasladarlo al país de origen, que será el de ejecución de la pena.

Cuestiones como las arriba descriptas, sumadas a la necesidad de ayuda mutua procesal entre los Estados en pro de un objetivo común, están provocando un verdadero cambio en los conceptos tradicionales de soberanía y territorialidad, sobretodo.

Con relación a la soberanía estatal, es notorio que, en la actualidad,

su acepción pura o tradicional esté sufriendo mutaciones, una vez que no más puede ser considerada como sinónimo de poder ilimitado del Estado, ejercido contra los valores de la comunidad internacional y en detrimento de las posibilidades de cooperación internacional.

Así, teniendo en cuenta que el escenario internacional de hoy es otro, en donde los Estados, comúnmente agrupados en procesos de integración regional, ejercen juntos un rol cada vez más importante, desarrollando una política de coordinación[8], es latente la exigencia de una readaptación urgente del concepto arcaico de soberanía, que no más atiende a la necesidad de justicia, de garantía a los derechos fundamentales del hombre y de cooperación internacional[9].

Trasladando la materia al campo del derecho penal propiamente dicho, se verifica que el dogma de la impenetrabilidad del Estado dejó de tener la importancia que tenía, y hoy se encuentra relativizado, aún más delante de cuestiones que involucran elementos de extranjería y temas relacionados al cumplimiento efectivo del respeto a los Derechos Humanos[10]. En este contexto, el viejo concepto de territorialismo[11], nacido prácticamente como sinónimo del derecho penal, está sufriendo fisuras para adaptarse a la cooperación penal internacional que se plantea entre los Estados.

Con relación al tema de la complejidad presentada por el concepto de soberanía y sus correlatos, en materia de Derecho Penal, conviene destacar las lecciones del profesor Horacio Piombo, para quien:

> "dentro del campo jurídico abarcado por los Derechos Penal y Procesal Penal en su dimensión internacional, la anotada revolución ha contribuido decisivamente a derribar añejos obstáculos nacidos de excluyentes concepciones en torno a la soberanía, al principio de reciprocidad que es su natural corolario, y a la territorialidad de la ley penal. Esto, sin duda, permite enfrentar con mayores probabilidades de buen éxito los desafíos de un mundo complejo, interconectado y cambiante, donde asume rol de cuestión política vital combatir la creciente criminalidad itinerante, especializada y organizada, así como dar satisfacción a las exigencias de una comunidad

> que reclama eficacia no sólo en la prevención sino también en el tratamiento de la delincuencia."[12]

De ser así, se verifica que la cooperación penal internacional es necesaria para el reconocimiento de la validez jurídica de la actividad de un Estado dentro de las fronteras territoriales de otro, igualmente soberano, lo que termina por ablandar los principios clásicos de soberanía y territorialidad en pro de objetivos mayores.

3. LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL: NOCIONES BÁSICAS

Partiendo del supuesto anterior, cumple en este momento calificar la expresión "cooperación penal internacional", en líneas generales, para que se pueda ubicar, dentro de este contexto, el traslado de condenados, como nuevo instituto del derecho procesal penal internacional. Para tanto, es necesario traer a la colación la definición de cooperación, brindada por el profesor uruguayo Eduardo Tellechea Bergman, según el cual:

> "entendemos por cooperación o asistencia penal jurisdiccional internacional toda aquella actividad procesal desplegada en territorio de un Estado a solicitud o ruego de las autoridades competentes de otro y al servicio de un proceso penal incoado o a incoarse en el extranjero".[13]

Complementando el concepto supra mencionado, con la mirada puesta a la finalidad de la cooperación jurídica internacional, la cual debe estar relacionada a un estatuto global integrado de solidaridad y garantías[14], la profesora brasileña Carolina Yumi de Souza advierte que:

> "a cooperação jurídica internacional pode ser considerada como um intercâmbio entre Estados soberanos, destinando-se à segurança e à estabilidade das relações transnacionais. Tem por premissas fundamentais o respeito à soberania dos Estados e a não-impunidade dos delitos.

> Em sentido lato, engloba todos os atos públicos (legislativos, administrativos e judiciais). Para o nosso escopo, de medidas a serem tomadas no âmbito da persecução penal, compreende os atos judiciais não decisórios, de mera comunicação processual (citação, notificação e intimação) e decisórios, além daqueles destinados à instrução probatória.
> Assim como mencionado, tendo em vista que um Estado somente possui jurisdição dentro de seu território, faz-se necessária a cooperação entre os diversos Estados quando há necessidade da produção de uma medida extraterritorial."[15]

De esta forma, para que sea posible la producción de medidas de forma extraterritorial, existen diversos instrumentos legales que pueden ser usados para tramitar y ejecutar un pedido de cooperación internacional, los cuales son definidos en razón de su objeto, del procedimiento empleado, de la autoridad de la cual emanan y de su embasamiento legal. En este sentido, el principal instrumento, generalmente empleado por los más diversos países para las más diversas finalidades es la carta rogatoria o exhorto, que puede tramitar por vía diplomática o consular, por medio de autoridades centrales[16], entre otras formas de cooperación, dependiendo de lo que fue pactado entre los países por medio de tratados bilaterales o multilaterales o de la regulación del derecho interno de cada uno de ellos.

En este contexto, surge lo que la doctrina denomina de grados o niveles de cooperación, según la intensidad de la profundización y la complejidad que revista la solicitud cooperante, además del modo como su prestación afecta a los derechos de los individuos y al propio Estado que brinda la asistencia o ayuda internacional.

Respecto al tema, cabe destacar el posicionamiento del doctor Eduardo Tellechea Bergman, ya citado, para quien:

> "en tal sentido cabe señalar un primer nivel asistencial comprensivo a su vez de dos escalones. Uno, relativo al auxilio de mero trámite – citaciones, intimaciones, emplazamientos,

> notificaciones – llevado a cabo en un país a requerimiento de autoridades competentes de otro, grado en el que la entreayuda internacional afecta de modo mínimo al Estado que la brinda y en el que su prestación no implica mayor coerción y se verifica casi instantáneamente. El segundo escalón, más complejo, está constituido por la cooperación probatoria. El diligenciamiento de prueba fuera de fronteras supone una actuación procesal de mayor complejidad especialmente en materia penal. Tal la realización de inspecciones y registros, casos en los que resulta exigible el requisito de la doble incriminación.
>
> La cooperación internacional de segundo nivel refiera al auxilio cautelar, tipo de asistencia que supone una mayor complejidad y coerción y cuyo objeto en materia penal puede referir tanto a asegurar los instrumentos y frutos del delito, cuanto la reparación del daño civil emergente del mismo.
>
> El tercer nivel de asistencia penal comprende tipos de auxilio aun más intensos, tales la incautación y transferencia de bienes decomisados y la entrega de documentos y antecedentes.
>
> En relación al segundo y tercer grado de asistencia es exigible la doble incriminación."[17]

De esta forma, en el intento de ubicar el tema del traslado de condenados a su país de origen en el escenario supra mencionado, entendemos que este tipo de cooperación penal internacional se sitúa en el tercer nivel de cooperación, ya que transferir un extranjero, condenado en el país en donde cometió el delito, a su país de nacionalidad o de residencia habitual, para que allí cumpla la condena que le fue impuesta, no es un procedimiento de mero trámite, probatorio o cautelar[18]. Eso porque, acá se está hablando de ejecución penal, que, por lo tanto, afecta a la libertad individual de la persona. Es decir, la sentencia de condena dictada en un proceso penal, la cual ya transitó en juzgado, tendrá que ser ejecutada en el territorio de otro Estado, lo que implica el reconocimiento, por parte de éste, de la eficacia de la decisión de mérito

adoptada por el país de condena. No se habla más de cognición, pero sí de ejecución penal, un escalón igualmente complejo[19].

4. EL TRASLADO DE CONDENADOS

Ahora que ya se sabe que el traslado de condenados es típicamente un mecanismo de cooperación penal llevada a cabo entre Estados, conviene adentrar con afinco en el instituto, para determinar su concepto, finalidad, el contexto histórico donde surgió, los principales requisitos adoptados por los tratados internacionales para la concesión de este pedido de ayuda procesal internacional y los límites a su concesión, como forma de hacer un análisis sucinto de los diversos instrumentos convencionales surgidos en el contexto internacional, con especial atención a la realidad del Mercosur.

4.1. CONCEPTO, OBJETO Y FINALIDADES DEL TRASLADO

El traslado de condenados a su país de origen es un nuevo instituto que viene suscitando muchas dudas y problemas, una vez que está poco explotado en el ámbito doctrinario. Lo que se sabe, entre otras cosas, es que se trata de una estructura del Derecho Penal Internacional, subordinada a los principios propios del derecho procesal en general, tales como la eficacia, celeridad, economía procesal, y a los principios específicos de la cooperación penal internacional[20].

Felizmente, algunos especialistas del Derecho Criminal están dedicándose a la materia, en mayor o menor medida. En este contexto, cabe destacar el relevante estudio realizado por el profesor argentino Horacio Daniel Piombo, que ya en 1991, respecto a este nuevo instituto, destacó que:

> "en una apreciación primaria y desprovista de matices, cabe entender por transferencia internacional de condenados la entrega de un sentenciado a pena privativa de libertad que el Estado que ha dictado la respectiva condena hace al Estado de la nacionalidad o residencia permanente del condenado – sea a

> requerimiento del sentenciado, sea a iniciativa de cualquiera de los países interesados – para que la condena pronunciada se cumpla en establecimientos carcelarios del último Estado con la finalidad de evitar los efectos negativos de la extranjería o la falta de arraigo territorial en el período ejecutivo de la sanción. Semejante desplazamiento configura, en la interrelación sistemática que forman delito, proceso y pena, uno de los supuestos de extraterritorialidad del Derecho a través del reconocimiento y ejecución de sentencias penales extranjeras; aunque exhibiendo particularismos en cuanto atañe a su télesis, dado que la doctrina de la ejecución territorial fue, por el contrario, primigeniamente pensada para evitar los inconvenientes irrogados por el desplazamiento internacional de personas connatural a la extradición de condenados. En cambio, desde el punto de vista procesal la ruptura con los procedentes es más notoria, puesto que significa una escisión entre cognición y ejecución, tradicionalmente unidas bajo el imperio de la *lex fori*, reservando para la primera etapa la clásica competencia territorial – que atiende en mejor medida los intereses relacionados dado que se traduce en inmediatez probatoria y en mayor poder ejemplarizador de la sanción -, mientras que para la segunda hoy se reputa como más adecuada la competencia personal (nacionalidad o domicilio), atento a los valores humanos comprometidos. A su vez, desde el punto de vista penitenciario implica una 'ejecución delegada' de la pena de prisión, que transfiere múltiples potestades referidas a la vigilancia y tratamiento del sujeto pasivo."[21]

A partir de las contribuciones arriba mencionadas, verificase que el traslado o transferencia de condenados, como nuevo instituto en materia de ejecución de sentencia penal extranjera, tiene como objeto principal el cumplimiento de pena privativa de libertad[22]. Empero, como bien

advierte la doctora Ela Wiecko V. de Castilho, el objeto de la transferencia también comprende:

> "vigilância, liberdade condicional, antecipada ou vigiada, condenação condicional (Bolívia); suspensão condicional da pena e liberdade condicional, antecipada ou vigiada (Argentina); suspensão condicional da pena, liberdade condicional ou regime em meio aberto (Paraguai); execução condicional, liberdade vigiada e outras formas de supervisão sem detenção (Convenção Interamericana); medida de segurança para inimputáveis (Peru, Portugal e Convenção Interamericana); vigilância ou outras medidas aplicadas a menores infratores (Canadá, Chile, Espanha, Bolívia, Argentina, Convenção Interamericana), medida privativa aplicada a menores infratores (Paraguai)."[23]

Por otro lado, con relación al fundamento material del nuevo instituto, es interesante traer a la colación el estudio del profesor brasileño Artur de Brito Gueiros Souza, según el cual existen cuatro justificativas que sirven de base para el traslado de condenados extranjeros:

> "(i) custo financeiro da gestão da população prisional estrangeira; (ii) irracionalidade da execução penal dirigida ao preso estrangeiro, cuja finalidade é a reinserção social do condenado, se, ao final, ele é expulso para o seu país de origem; (iii) o Estado deve assumir a tarefa de execução da pena de seu nacional, pois faz parte da responsabilidade pela violação da ordem jurídico-penal de outro Estado; (iv) princípio da humanidade, que exige minorar o sofrimento de quem se encontra encarcerado e distante do seu círculo familiar e cultural."[24]

En este contexto, verificase que los fundamentos de la transferencia de condenados, supra presentados, coadunan las distintas finalidades que

permean el instituto, y que a su vez están vinculadas a la cooperación mutua o recíproca en materia penal entre los Estados, a la buena administración de justicia, y, sobretodo, a la promoción o facilitación de la rehabilitación o reinserción social de la persona condenada.

Así, partiendo del supuesto que la pena tiene un carácter reeducador y de defensa social, la posibilidad de transferir un condenado extranjero a su país de nacionalidad o de residencia habitual, parece la mejor alternativa en el sentido de viabilizar la readaptación social del sentenciado, después del cumplimiento de la pena. Este es, pues, el entendimiento del penalista Horacio Daniel Piombo, para quien:

> "en la vida carcelaria el no nacional tiene en su contra, las más de las veces, el aislamiento que provocan las barreras lingüísticas y culturales, así como el distanciamiento de las relaciones afectivas. (…) La readaptación social o 'resocialización' tiende a cumplimentarse mejor en 'un medio familiar al condenado' y no en un país en el que se encuentra por motivos circunstanciales y del cual generalmente 'ignora lengua y condiciones de vida'. Además, el ambiente nativo es el propicio, en virtud del apoyo material y moral que pueden arrimar familiares y amigos, para que el juez otorgue con mayor facilidad la liberación condicional, negada frecuentemente a los extranjeros en atención a 'que su retorno al país de origen para sustraerse a la condenación es más que previsible', y de tal suerte para que los extranjeros no sufran, en mayor medida, penas privativas de libertad de cumplimiento efectivo. Con tal sustentación, el instituto quedó vinculado al principio de humanidad, uno de los tres pilares básicos que articulan la política criminal de un Estado democrático moderno, cuyo afianzamiento legislativo principia en la década de los años sesenta."[25]

De esta forma, claro está que la finalidad principal y que por lo tanto nortea el traslado de condenados está vinculada directamente

a la protección de los derechos del hombre y de sus garantías fundamentales[26], una vez que lo que se busca es la aproximación del detenido a su familia y su ambiente social y cultural, como medida de apoyo psicológico y emocional que facilite su rehabilitación después del cumplimiento de la pena[27].

Esa finalidad, a su vez, está en consonancia con lo expresado en los inúmeros convenios internacionales[28] de protección a la dignidad de la persona humana, tales como la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No son Nacionales del País en que Viven[29] y, especialmente, viene al encuentro de lo estatuido en la Declaración de Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, adoptada en 14 de diciembre de 1990, por las Naciones Unidas, la cual establece que:

> "con excepción de aquellas limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas."[30]

Además, conviene destacar que la transferencia de reclusos, específicamente, está prevista como una de las formas de cooperación a ser desarrollada entre los países en el artículo 39 del Anexo a los Principios Orientadores a la Prevención del Delito y a la Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo de un Nuevo Orden Económico Internacional, editado en el marco del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

4.2. HISTÓRICO DEL INSTITUTO

En razón de la dificultad de encontrar doctrina a respecto del traslado de condenados, precisar el origen del instituto es una tarea un tanto problemática. No obstante, intentaremos, con la ayuda de los pocos escritos sobre el tema, trazar algunas líneas generales con la finalidad de ubicar esa especie de cooperación penal internacional en el tiempo.

De este modo, según la profesora brasileña Ela Wiecko V. de Castilho, la transferencia de personas condenadas en un país para cumplir pena en otro fue empleada, por primera vez en el mundo, en 1951.[31] En esta fecha, se celebró entre Líbano y Siria el primer tratado específico sobre transferencia de presos civiles.

Diez años más tarde, es decir, a partir de 1961, en los convenios en materia de justicia celebrados entre Francia y sus ex-colonias africanas se insertaron cláusulas tales como la constante del artículo 29 del Acuerdo entre Francia y Costa del Marfil de 24/04/1961, cuyo texto establecía que la persona originaria de uno de los dos Estados contratantes condenada a una pena de prisión o a una pena más grave, a requerimiento del otro gobierno, debe ser remitida a las autoridades del Estado del cual es ciudadana.[32]

En 1963, se firmó el Acuerdo Escandinavo de Cooperación entre Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Dinamarca, sobre la materia, el cual se aplicaba a sentenciados con pena de más de dos años[33].

En nuestro continente, el primer tratado sobre traslado de condenados a su país de origen fue celebrado en 25/11/1976, entre México y Estados Unidos, el cual permitía a ciudadanos de uno y otro Estado cumplir las sentencias penales en las cárceles de su respectivo país.[34] Luego después de la firma de este Tratado Marco, fueron celebrados acuerdos bilaterales entre Estados Unidos y otros países americanos, tales como Canadá (02/07/1977), Bolivia (10/02/1978), Panamá (11/01/1979), Perú (06/07/1979), entre otros.

Específicamente, en el ámbito de las Naciones Unidas, el tema entró en la agenda del 5º Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Ginebra, en 1975, oportunidad en la cual fue presentado un estudio realizado por la Asociación Internacional de Ayuda al Preso. El Congreso subsecuente, ocurrido en Caracas, en 1980, aprobó una Resolución determinando que fuese elaborado un modelo

de acuerdo para transferencia de presos, a ser sometido a apreciación por la Asamblea General de la ONU.[35] El acuerdo modelo mencionado finalmente fue elaborado por ocasión de la realización del 7º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ocurrido en Milán, en 1985, y tiene como objetivo facilitar la realización de tratados bilaterales por parte de los países miembros de la ONU sobre la materia[36].

A pesar de los esfuerzos citados anteriormente y que resultaron en la elaboración de convenciones internacionales con vistas a reglamentar la materia, conforme destaca el profesor Artur de Brito Gueiros Souza, la difusión internacional del instituto ocurrió solamente a partir de la celebración de la Convención Europea sobre Transferencia de Personas Condenadas[37], hecha en Estrasburgo, en 21/03/1983, la cual tuvo como Estados ratificantes los que integraban el Consejo de Europa, más Estados Unidos, Canadá, Bahamas, Chile, Costa Rica, Panamá, Trinidad y Tobago, Turquía, Israel y Tonga[38]. El convenio mencionado, además, fue acompañado de un Proyecto de Recomendación referente a los detenidos extranjeros que se hallaren en los establecimientos penitenciarios de los Estados de condena, destinado a reducir el aislamiento y los obstáculos lingüísticos, buscando la facilitación del contacto con autoridades consulares y la ayuda de organismos sociales[39].

En la década del 80, en el ámbito interamericano, comenzaron estudios para la elaboración de una Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero. El Proyecto inicial fue presentado por el Comité Jurídico Interamericano y aprobado en 1987. Pero, solamente en 1993, en Managua, Nicaragua, se dio la celebración de la Convención mencionada, la cual, en su versión final, se destinó solamente al traslado de personas condenadas al país de su nacionalidad.

En el ámbito Mercosur, con relación a los países miembros, fueron celebrados una serie de tratados bilaterales, respecto al traslado, entre la década del 90 y comienzo del nuevo siglo, los cuales serán vistos más adelante.

Específicamente con relación a Brasil y Argentina, es interesante mencionar que el Tratado sobre Traslado de Nacionales Condenados

y Cumplimiento de Sentencias Penales, firmado en Buenos Aires, en 11/09/1998, tuvo su primer aplicación en mediados de 1999, cuando los hermanos Horacio y Humberto Paz, de nacionalidad argentina, fueron trasladados desde Brasil, donde fueron condenados a una pena privativa de libertad de 28 años por el secuestro del empresario Abilio Santos Diniz, a su país de origen[40].

En el caso de Brasil, el secuestro del empresario mencionado, que tuvo gran repercusión nacional, sirvió para despertar el interés en el uso del traslado como nueva forma de cooperación penal internacional. En este sentido, destaca la profesora Ela Wiecko V. de Castilho:

> "no Brasil, o interesse acerca do tema da transferência de presos estrangeiros para os seus países começou com o rumoroso caso da extorsão mediante seqüestro de Abílio dos Santos Diniz, ocorrido em dezembro de 1989. O crime foi praticado por um grupo de pessoas que, à exceção de um brasileiro, eram todas estrangeiras (dois argentinos, cinco chilenos, dois canadenses). No curso da execução penal foram celebrados tratados com o Canadá (1992), Argentina (1998) e Chile (1998), vindo a permitir a transferência dos estrangeiros para os seus países de origem a fim de lá continuarem o cumprimento da pena privativa de liberdade."[41]

Posteriormente a los tratados bilaterales celebrados entre los Estados que componen el Mercosur, fue firmado entre ellos el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, en 16 de diciembre de 2004, y entre ellos y Bolivia y Chile, en la misma fecha. En 20 de junio de 2005 fue hecha una Enmienda a este Acuerdo, con relación a la duración del tratado y al país depositario. Además, también en 20/06/2005, fue firmado el Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales Complementario al Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile. Ambos tratados internacionales todavía no están vigentes, pues dependen de la incorporación al ordenamiento jurídico interno por parte de algunos de los países involucrados, como se verá en adelante.

4.3. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL TRASLADO DE CONDENADOS Y OTROS INSTITUTOS PENALES

Ahora que ya se tiene dibujado el concepto y los elementos que fundamentan el traslado de condenados a su país de origen, conviene trazar las diferencias y semejanzas entre este nuevo instituto y otros, ya existentes en el Derecho Penal Internacional, tales como la extradición, la expulsión de delincuentes, el intercambio de prisioneros y el traslado de detenidos para la producción de pruebas, para que así sea posible visualizar las particularidades que permean esta nueva modalidad de cooperación penal.

Antes que nada, en primer lugar, es necesario aclarar que los institutos supra mencionados, es decir, la extradición, la expulsión, el intercambio de prisioneros y el traslado de detenidos para la producción de pruebas tienen en común con el traslado de condenados a su país de origen, la figura del desplazamiento de la persona hacia otro país, más allá de la cuestión de ambos pertenecieren a la rama de la cooperación penal internacional. Empero, como se verá brevemente, son institutos jurídicos que se diferencian entre sí, en razón de la finalidad a que cada uno se destina.

La extradición, considerando que es un acto por el cual un Estado entrega un individuo a otro Estado que lo reclama para someterlo a juicio penal o a la ejecución de una pena[42], presenta similitudes con relación a los actos materiales que configuran el traslado de condenados, una vez que también se refiere a la ejecución de una sentencia penal extranjera de condena. Empero, según el profesor Horacio Daniel Piombo,

> "dicho acercamiento no alcanza a las finalidades, toda vez que en la extradición prima el interés del Estado en cuya jurisdicción tramita el proceso, consistente en mantener enhiesta la función de retribución y satisfacción del orden jurídico violado por el delito, así como la de prevención general que asume el cumplimiento de la pena en la comunidad donde el violador de la ley cometió su agresión.[43]

En el ámbito Mercosur, más allá de la existencia de tratados bilaterales entre los Estados Miembros y Asociados, la extradición se encuentra reglamentada por medio de las Decisiones CMC Nº 14/96 y 15/96, que instituyeron, respectivamente, el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del Mercosur, el cual fue firmado en 10/12/1998, en Rio de Janeiro, todavía no vigente para la Argentina[44] y el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, firmado en la misma fecha, todavía pendiente de la ratificación por parte de Argentina y Chile.

Con relación al traslado de detenidos para la producción de pruebas[45] en otro país, tales como declaraciones, careos, etc, conviene destacar que más allá que haya el desplazamiento del detenido tal como ocurre en la transferencia de condenados, las finalidades no convergen, una vez que en el primero, el objetivo es la producción de pruebas, configurando una cooperación procesal penal de primer grado, y en el segundo, el objetivo mayor se refiere a la ejecución de la sanción impuesta por el país de condena, buscando la reinserción del condenado, después de cumplida la pena, a su país de nacionalidad o de residencia habitual. Además, en el primero, el traslado es temporario, mientras que en el segundo éste es definitivo.

En el contexto interamericano, la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, suscripta en Nassau, Bahamas, en 23/05/1992, pendiente de ratificación solamente por Uruguay[46] entre los países mercosureños, fue una de las pioneras en abordar la materia. El traslado de detenidos, en esta Convención, recibió reglamentación en su artículo 20 que, a diferencia de otros instrumentos internacionales, establece expresamente la posibilidad de denegación del traslado en las siguientes hipótesis:

> "a. si la persona detenida o que se encuentre cumpliendo una pena negare su consentimiento a tal traslado;
>
> b. mientras su presencia fuera necesaria en una investigación o juicio penal pendiente en la jurisdicción a la que se encuentra sujeta la persona;

> c. si existen otras consideraciones de orden legal o de otra índole, determinadas por la autoridad competente del Estado requerido o requirente."

Ya en el ámbito Mercosur, el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales[47], Decisión CMC nº 02/96, firmado en San Luis, el 25/06/1996, actualmente vigente, reglamenta, en su artículo 19[48], el traslado de personas sujetas a proceso penal cuya comparecencia en la Parte requirente sea necesaria a los efectos del diligenciamiento de algún tipo de asistencia.

De acuerdo con este Protocolo, para que ocurra el traslado de la persona sujeta a proceso penal hacia el Estado requirente, es necesario el consentimiento previo, tanto de esta persona, cuanto del Estado requerido[49]. En este punto, tal instituto viene al encuentro de lo establecido en el traslado de condenados, pues esta modalidad de cooperación, como será visto más adelante, también requiere la concordancia previa del sentenciado para que ocurra el desplazamiento. Además, de acuerdo con lo que sostiene la profesora Solange Mendes de Souza,

> "a pedido da pessoa trasladada ou do Estado remetente, o Estado receptor deverá conceder um salvo-conduto para que aquela (a) não seja detida ou processada por delitos anteriores à sua saída do território do Estado remetente, (b) não seja intimada a declarar ou dar testemunho em procedimentos não especificados na solicitação, (c) não seja detida ou processada com base na declaração prestada, salvo em caso de desacato ou falso testemunho."[50]

El salvoconducto, en el Protocolo de San Luis, está disciplinado en su artículo 20 y contempla las hipótesis arriba descriptas, determinando, todavía, que en el caso de que la persona prolongue voluntariamente su estadía en el territorio del Estado receptor por más de 10 días a partir

del momento en que su presencia ya no fuera necesaria en ese Estado, el salvoconducto quedará sin efecto.

Por ende, en los mismos términos referentes al traslado de procesados penalmente, fue aprobado, por la Decisión CMC nº 12/2001, el Acuerdo sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, firmado en Buenos Aires, el 18/02/2002, pendiente de ratificación por parte de Brasil, Uruguay y Bolivia, pero vigente entre los demás países. Además, el 30/06/2008, en San Miguel de Tucumán, fue realizada la firma del Acta de Adhesión al Acuerdo por parte de la República del Ecuador[51].

En lo pertinente a la expulsión de delincuentes, la cual está íntimamente vinculada a la repatriación de condenados extranjeros, conviene destacar los apuntes del profesor Horacio Daniel Piombo, el cual, al trazar un paralelo entre esta y el traslado de condenados, afirma que:

> "si, a su vez, tomamos como elemento comparativo el acto material de alejamiento del condenado del Estado cuyas autoridades dictaron la sentencia condenatoria, la transferencia se relaciona con la expulsión de delincuentes extranjeros peligrosos; figura ésta que fue ampliamente propiciada en pronunciamientos doctrinales colectivos de fines del siglo diecinueve y comienzos del presente y que hoy, con algunas restricciones nacidas del derecho de defensa en juicio, es acogida en la mayoría de las legislaciones. Empero, la distinción entre ambas es clara, puesto que en la expulsión el extrañamiento de la jurisdicción del Estado no obedece a la existencia de un nuevo lugar de cumplimiento de la sanción como en la transferencia, sino a la conveniencia de alejar a quien revela potencial peligrosidad para perturbar la convivencia pacífica en el país donde reside. Desde luego

> que esa línea distintiva se torna menos neta cuando se trata de expulsiones de personas condenadas 'dirigidas' hacia el Estado donde la pena pendiente de ejecución fue inflicta; pero siempre operarán diferencias de finalidad y, a la postre, de fundamentos."[52]

Por ende, con relación al intercambio de prisioneros[53], instituto de origen norteamericano, resta decir que en éste, lo que ocurre es una repatriación recíproca de reclusos, que no se confunde con el traslado de condenados propiamente dicho, una vez que este último no exige el intercambio recíproco de condenados para que se haga efectivo, por lo que un sentenciado a pena privativa de libertad en el país A, puede cumplirla en el país B, que es su país de origen, sin que sea necesario que éste (país B), en cambio, de al país de condena (país A), un prisionero de su nacionalidad, por ejemplo.

De hecho, cabe mencionar que entre México y Estados Unidos, se hace la entrega periódica y recíproca de condenados "en bloque" o "grupos", a lo que se denominó entre ambos países "transferencia de condenados", lo que en verdad constituye un canje de sentenciados. Este procedimiento de naturaleza judicial-administrativa, tuvo lugar a partir de la firma del Tratado de Ejecución de Sentencias Penales, de 1977, en vigor hasta hoy entre ambos países[54].

4.4. CONDICIONES GENERALES PARA LA CONCESIÓN DEL TRASLADO

Una vez que ya se tiene en claro el concepto, la finalidad, y las diferencias presentadas con relación a otros institutos de naturaleza penal, cumple ahora destacar las principales condiciones, expresas en la mayoría de los tratados internacionales sobre traslado de condenados, para que se efectivice la petición de transferencia de un detenido del país de condena a una cárcel de su país de origen.

En este sentido, se pueden enumerar varias condiciones, las cuales

vía de regla están contempladas en instrumentos internacionales, sea de modo implícito o explícito. Entre ellas:

a) nacionalidad de la persona condenada correspondiente a la del Estado recibidor. Se sabe que la nacionalidad será calificada de acuerdo a lo establecido en el tratado, o, en última instancia, a lo que disponga la *lex fori.*

Por otro lado, es necesario mencionar todavía que existen instrumentos internacionales[55] que igualmente permiten la transferencia de condenados para el país en donde tenían el domicilio, la residencia habitual o el centro de vida, como justificativa para la búsqueda de su resocialización después del cumplimiento de la pena impuesta. En este contexto, relevantes son las palabras del profesor Horacio Daniel Piombo, para quien:

> "cabe notar que otro de los fundamentos invocados para sustentar la actuación del instituto: lograr un más apto medio para la resocialización del reo, sirve tanto para justificar la ejecución de la penalidad en el Estado patrio del condenado como en el país donde el sentenciado ha constituido su familia o donde posee el centro principal de sus negocios. De ahí, entonces, que en nuestros días se note una firme inclinación a ampliar el ámbito de validez personal de esta clase de acuerdos, extendiéndolo a los domiciliados y residentes permanentes, o por lo menos, haciendo jugar el domicilio o la residencia permanente en el Estado de condena como obstáculo a la transferencia hacia el país de la nacionalidad. Desde luego que el avance de las posiciones humanísticas permite pronosticar una preferencia por la tesis más comprensiva que, coetáneamente, sirve para demostrar la emancipación de la transferencia de condenados de los principios clásicos del derecho penal internacional, en cuya área la nacionalidad asume rol casi excluyente como punto de conexión de índole personal."[56]

b) Tránsito en juzgado de la sentencia de condena a pena privativa de libertad. Para que se pida el traslado de condenado, es necesario que la decisión que impuso la pena ya esté firme y sea definitiva, es decir, no más pendiente de revisión, siendo, por lo tanto, pasible de ser ejecutada.

Además, cumple destacar que el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas, ya mencionado, en su artículo 2º, añade que también se accede a la transferencia de condenados, en los casos de condena condicional o libertad condicional, anticipada o vigilada.

c) Suficiente lapso de pena pendiente de cumplimiento. En el momento de realización de la solicitud de transferencia, es necesario analizar si todavía queda un tiempo razonable para el cumplimiento de la pena. El mínimo comúnmente aceptado es de seis meses, lo que puede llegar a inviabilizar el traslado en razón de la demora en la tramitación del pedido[57].

Con relación al lapso temporal, es interesante reiterar lo que ya fue mencionado en otra oportunidad en esta investigación, respecto a la disparidad de criterios entre la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, la cual, en su artículo 3º, inciso 6, impone como condición para la concesión del traslado que el tiempo de la condena por cumplirse al momento de hacerse la solicitud sea de por lo menos seis meses, mientras el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, todavía no vigente, adopta, en su artículo 3º, inciso 6, el plazo de un año, permitiendo, no obstante, que los Estados Partes acuerden el traslado aún cuando la duración de la pena por cumplir sea inferior a este lapso temporal. De igual forma, muchos acuerdos bilaterales entre miembros del Mercosur y terceros Estados asignan el plazo de un año como mínimo de pena a cumplirse al momento de la solicitud del traslado[58].

d) Consentimiento voluntario de la persona condenada. El sentenciado a pena privativa de libertad debe ser previamente informado de las consecuencias jurídicas de la transferencia y concordar expresamente con esto, por escrito. Esto es, por ejemplo, lo que dispone la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero[59] (art. 3º, inciso 2), el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur (art. 3º, inciso 2) y los tratados bilaterales celebrados.

Con respecto al traslado de condenados que estén sometidos a regímenes especiales, tales como menores, mayores inimputables y quienes hubieren obtenido el beneficio de la suspensión del juicio a prueba o suspensión condicional del procedimiento, es interesante hacer alusión al Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales (Complementario al Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile)[60], firmado en Asunción, el 20/06/2005, el cual, en su artículo 3º, inciso 2, exige que se haya dado el consentimiento expreso de la persona legalmente facultada para otorgarlo, conforme a las normas de Derecho Internacional Privado y a lo dispuesto en el artículo 3º, inciso 2 del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas, firmado en el ámbito Mercosur.

Además, antes de ser efectuada la transferencia, el Estado receptor podrá verificar, por medio de funcionario designado, si el consentimiento se hizo de modo regular[61], de forma a "evitar situaciones anómalas que puedan ser – en realidad – expulsiones encubiertas unilaterales por voluntad del Estado sentenciador."[62]

e) Doble incriminación del hecho como crimen. El hecho que originó la sentencia de condena debe estar previsto como delito también en la legislación del país receptor del reo. Acá, conviene destacar que, según la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, artículo 3º, inciso 3, no se llevan en cuenta las diferencias en materia de calificación y aquellas que no afecten la naturaleza del crimen[63].

f) Conformidad con el orden público del Estado receptor. Esta advertencia está relacionada con el respeto al orden público del Estado en donde el condenado irá a cumplir la pena, después de trasladado. Es decir, la aplicación de la decisión de condena, dictada en el Estado sentenciador, no puede ser contraria al orden jurídico interno del Estado receptor, conforme advierte, por ejemplo, el artículo 3º, inciso 7 del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur.

Muchos tratados, respecto a esa cuestión, igualmente imponen como condición para el traslado que la condena impuesta no sea pena de muerte o prisión perpetua[64].

g) Concordancia de los Estados involucrados con la transferencia. Ambos

Estados, tanto el sentenciador, cuanto el receptor, deben dar su aquiescencia para que el traslado se efectivice.

Por ende, además de estas condiciones generales, presentes en los tratados multilaterales sobre la materia, ya referidos, y en la mayoría de los tratados bilaterales firmados entre los Estados Miembros del Mercosur y terceros países, existen otras, muy puntuales, que son encontradas en algunos de estos tratados bilaterales.

Para ejemplificar la cuestión, es necesario citar algunos de estos convenios, como por ejemplo: el Tratado entre Brasil y Argentina sobre Traslado de Condenados Nacionales y Cumplimiento de Sentencias Penales, el cual, en su artículo 4º, inciso "e", exige que el condenado haya reparado los daños causados a la víctima, en la medida que esto haya sido posible; el Convenio entre Argentina y Bolivia sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, que en su artículo 4º, inciso "e" requiere que el interno haya cumplido con el pago de multas, gastos de justicia, reparación civil o condena pecuniaria de toda índole que estén a su cargo conforme a lo dispuesto en la sentencia condenatoria, o que garantice su pago a satisfacción del Estado Sentenciador; el Tratado entre Brasil y Paraguay sobre Transferencia de Personas Condenadas y de Menores bajo Tratamiento Especial[65], que en su artículo 3º, inciso "f", sigue la misma regla del convenio mencionado anteriormente, añadiendo que el condenado debe comprobar la inexistencia de trámite de demanda por indemnización en la jurisdicción civil del Estado remitente, pero, exceptúa de tales exigencias el preso que compruebe su absoluta insolvencia.

4.5. LIMITACIONES AL ESTADO RECEPTOR Y DERECHOS DE LA PERSONA TRASLADADA

Una cláusula que es común a todos los tratados analizados, entre otros, es que la persona transferida o trasladada para cumplir el restante de la pena en su país de origen no podrá ser detenida, procesada o condenada nuevamente en el Estado receptor por el mismo crimen que motivó la sentencia condenatoria en el Estado remitente. Esa limitación está basada en el principio del "*no bis in idem*"[66], en donde se establece que una persona no puede ser juzgada y condenada dos veces por el mismo delito.

Otra cuestión importante es que la pena deberá ser cumplida de acuerdo a lo que prescribe la ley y los procedimientos del Estado receptor. Es decir, la ley aplicable a la ejecución penal será la ley del Estado que esté ejecutando la pena. En este sentido, son relevantes las observaciones de la profesora Carolina Yumi de Souza, según la cual:

> "não haverá cooperação se um Estado quiser impor ao outro a sua própria legislação ou o seu entendimento sobre a matéria. Respeitadas as garantias individuais internacionalmente reconhecidas, cada Estado é livre para aplicar suas próprias normas e procedimentos em seu território, sempre visando à efetividade da medida solicitada."[67]

Con relación a la temática, la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, en su artículo 7º, inciso 2, advierte que más allá de respetarse y aplicarse la ley del Estado receptor para el cumplimiento de la condena de la persona trasladada, "inclusive la aplicación de cualesquiera disposiciones relativas a la reducción de períodos de encarcelamiento o de cumplimiento alternativo de las condenas"[68] quedará a cargo de este Estado, no pudiendo éste, sin embargo, prolongar la duración de la condena más allá de la fecha en que ésta estaría concluida según los términos de la sentencia del tribunal del Estado sentenciador[69]. Empero, esta posibilidad de reducción de pena o de cumplimiento alternativo no es acepta por muchos Estados, que en la calidad de remitentes, se preocupan con la aplicación del dictamen condenatorio proferido en su jurisdicción, para que la transferencia no se transforme en una válvula de escape a la punición. En este sentido son las observaciones de la profesora Ela Wiecko V. de Castilho, que al analizar el caso del derecho brasileño, asevera que: "por isso, Brasil opôs reserva a possibilidade de redução de período de prisão ou do cumprimento alternativo da pena, conforme facultado pelo art. VII, 2, da Convenção Interamericana."[70]

Por otro lado, como situaciones peculiares respecto al tema, se puede citar: el Tratado entre Brasil y Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, que en su artículo 11 establece que incluso las condiciones para el otorgamiento y la

revocación de la libertad condicional, anticipada o vigilada se regirán por las leyes del Estado receptor; y el Tratado celebrado entre Brasil y Paraguay sobre Transferencia de Personas Condenadas y de Menores bajo Tratamiento Especial que admite el cambio de régimen de la pena privativa de libertad, en su artículo 10.[71]

Empero, conviene todavía destacar que todos los instrumentos internacionales dan jurisdicción exclusiva al Estado sentenciador, remitente o de condena, en lo pertinente a los procedimientos referentes a anulación, modificación, revisión, o cese de efectos de las sentencias dictadas por sus tribunales. Con relación a la concesión de amnistía, indulto, perdón, o conmutación[72] de la condena impuesta existen posiciones divergentes[73], pero, la mayoría, opta por asignar la jurisdicción exclusiva al Estado sentenciador. Es el caso, por ejemplo, del Convenio entre Argentina y Bolivia sobre Traslado de Nacionales Condenados (art. 10), del Tratado entre Brasil y Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados (art. 10), de la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero (art. 8), del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur (art. 10.2 y 11), entre otros[74].

Todavía con respecto a la sentencia de condena, es necesario hacer mención a la necesidad o no de incorporación de la decisión extranjera al ordenamiento interno del Estado receptor para que el condenado pueda allí cumplir su pena, lo que en Derecho Procesal Internacional se llama reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera. Abordando la discusión, el profesor Horacio Daniel Piombo destaca que:

> "la diversidad de criterios en la elaboración convencional del instituto aflora en tema de recepción de la sentencia, puesto que por una parte están los convenios que estatuyen la ejecución del fallo tal cual ha sido pronunciado por la jurisdicción del país de condena o a través de un procedimiento de adaptación, mientras que por la otra se hallan los que adunan la posibilidad de convertir el pronunciamiento extranjero, mediante un trámite judicial o administrativo que debe dejar incólumes las declaraciones acerca de los hechos, en una decisión propia

> del Estado receptor del detenido, substitutiva de la sanción infligida en el Estado de condena. Desde luego que esta segunda solución, con las limitaciones que dimanan de la imposibilidad de agravar la situación del condenado y de cambiar la naturaleza de la pena que posibilitó la transferencia – *v. gr.:* convirtiendo la prisión en multa – resulta instrumentalmente más adecuada cuando existe disimilitud en la naturaleza de las sanciones privativas de libertad establecidas en las leyes de los Estados vinculados, o se trate de un marco multilateral abierto donde la previsible adhesión de Estados pertenecientes a distintos sistemas jurídicos irrogue esa posibilidad de disonancia."[75]

En nuestra opinión, pareciera que la opción más acorde a la realidad actual de los Estados, con especial referencia al Mercosur, es la que exige que la decisión extranjera de condena, para que surta los efectos referentes a la ejecución de la pena en el territorio del Estado receptor, deba pasar en éste por un trámite, sea él judicial o administrativo, que posibilite verificar, por ejemplo, si el dictamen proveniente del otro Estado no afecta a su orden público.

En el caso de Brasil, por ejemplo, actualmente se hace necesario que la decisión extranjera sea homologada por el Superior Tribunal de Justicia para que surta efectos en el territorio nacional. En este sentido, alerta el profesor João Marcello de Araújo Júnior:

> "uma vez homologada a sentença estrangeira, o processo de execução se desenvolverá segundo o que estabelecer a lei nacional. (...) É preciso ficar bem esclarecido, que o instituto da transferência de presos para execução de sentença de outro País, não importa em aplicação direta do direito estrangeiro. A partir da homologação, o País receptor aplicará, apenas, o seu próprio direito, não havendo sequer que se falar em lei mais favorável. Este é o sistema estabelecido pelos parceiros do Brasil nos tratados até agora

> assinados. Ambos têm como regras principais em seus direitos nacionais, os princípios da territorialidade e da aplicação indireta da lei processual estrangeira."[76]

Los demás Estados Miembros del bloque igualmente imponen la adopción de un procedimiento interno, generalmente judicial, para que la sentencia extranjera sea reconocida y debidamente ejecutada en sus territorios[77].

4.6. PROCEDIMIENTO PARA EL TRASLADO

Considerando que cada Tratado, sea él multilateral o bilateral, establece en sus disposiciones cómo se da el trámite del traslado de condenados a su país de origen, así como cada país, en su derecho interno, puede fijar sus propias reglas procesales pertinentes a la materia, en la presente investigación, vamos a tener por base el procedimiento dispuesto en el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, aunque éste todavía no se encuentre vigente, por ser muy semejante a lo establecido en la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero y a lo dispuesto en los acuerdos bilaterales[78], considerando, además, que uno de los objetivos de esta nueva norma internacional es justamente homogeneizar el procedimiento del traslado en el bloque.

Siendo así, cumple traer a la colación lo dispuesto en el artículo 5º del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas, supra referido, el cual establece el procedimiento a ser empleado para la transferencia de los sentenciados, en los siguientes términos:

> "El traslado del condenado, se sujetará al siguiente procedimiento:
> 1. El trámite podrá ser promovido por el Estado sentenciador o por el Estado receptor, a pedido de la persona condenada o de un tercero en su nombre. Ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada como impedimento para que el condenado solicite su traslado.
> 2. La solicitud será tramitada por

> intermedio de las Autoridades Centrales designadas conforme al artículo 12 del presente Acuerdo. Cada Estado parte del presente Acuerdo, creará mecanismos de información, cooperación y coordinación entre la Autoridad Central y las demás autoridades que deban intervenir en el traslado del condenado.
> 3. La solicitud de traslado deberá contener la información que acredite el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 3.
> 4. En cualquier momento, antes de efectuarse el traslado, el Estado sentenciador permitirá al Estado receptor verificar, si lo desea y mediante un funcionario designado por éste, que el condenado haya dado su consentimiento con pleno conocimiento de las consecuencias legales del mismo."[79]

De la lectura del artículo destacado, se verifica la importancia del rol de las Autoridades Centrales para la consecución de esta forma de cooperación penal internacional, una vez que entre ellas tramitará la solicitud de traslado, hecha generalmente a pedido de la persona condenada. La misma vía está prevista en la Convención Interamericana, la cual todavía permite que, a su defecto, la solicitud del traslado se gestione por vía diplomática o consular.

Por otro lado, es relevante subrayar todavía que la norma internacional mencionada también aborda la cuestión de que, tanto Estado sentenciador, cuanto Estado receptor, deberán establecer mecanismos para el intercambio de informaciones respecto al traslado. Así, el artículo 6º indica que el Estado sentenciador deberá suministrar al Estado receptor un informe conteniendo: a) el delito por el cual la persona fue condenada; b) la duración de la pena y el tiempo ya cumplido; c) una exposición sobre el comportamiento del condenado, para ver si se podrán aplicar los beneficios previstos en la ley del Estado receptor; d) una copia autenticada de la sentencia dictada por la autoridad judicial competente; e) un informe médico sobre el condenado; f) un informe social que pueda ser útil para la adopción de medidas que faciliten su rehabilitación social. También está permitido solicitar informes

complementarios. Empero, todos los documentos deberán estar acompañados de traducción al idioma del Estado receptor.

A su vez, el Estado receptor, conforme determina el artículo 7º del Tratado en estudio, deberá proporcionar al Estado de condena, documentación que acredite la nacionalidad o la residencia legal y permanente del condenado y copia de sus disposiciones legales en donde se verifique que el acto u omisión practicado por el condenado también constituye un delito con arreglo al derecho del Estado receptor.

Asimismo, es importante destacar los avances contenidos en los artículos 13 y 15 del Acuerdo en estudio, los cuales se refieren, respectivamente, a la ausencia de necesidad de legalizaciones y a la posibilidad de utilización de todo tipo de medios tecnológicos para la remisión de informes y documentación.

Por ende, conforme a lo dispuesto en el artículo 8º, una vez aceptado el pedido de traslado, el Estado receptor deberá comunicar de inmediato al Estado sentenciador la decisión por intermedio de las Autoridades Centrales. Además, las autoridades competentes acordarán el lugar de entrega del condenado, quedando el Estado receptor responsable por la custodia del condenado desde el momento de la entrega, corriendo los gastos relacionados con el traslado por cuenta del Estado sentenciador, hasta el momento referido[80].

5. PANORAMA GENERAL SOBRE LOS TRATADOS BILATERALES SOBRE TRASLADO DE CONDENADOS FIRMADOS ENTRE LOS MIEMBROS DEL MERCOSUR

Al trascurso de la presente investigación, inúmeros instrumentos internacionales referentes al traslado o transferencia de condenados a su país de origen fueron abordados, en el intento de delinear la estructura material y procesal de este nuevo instituto. Entretanto, queda hacer referencia de forma más puntual, a los convenios bilaterales que tienen relación con el ámbito Mercosur, en la medida que involucran sus Estados Miembros y Asociados. Así, más allá de los tratados específicos celebrados en el marco del bloque económico, tales como el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Parte del Mercosur (Montevideo/2003) y el Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales (Asunción, 2005), todavía no

vigentes, existe una serie de acuerdos bilaterales firmados por Argentina, Brasil y Paraguay que merecen mención, aunque muchos ya hayan sido nombrados durante este trabajo.

Así, con relación a la Argentina, fueron firmados los siguientes acuerdos entre países miembros o asociados al bloque: a) Convenio con la República del Paraguay sobre Traslado de Personas Condenadas para Cumplimiento de Sentencias Penales (1995); b) Convenio con la República de Bolivia sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales (1996); c) Convenio con la República Bolivariana de Venezuela sobre Traslado de Condenados (1996); d) Convenio con la República de Perú sobre Traslado de Personas Condenadas (1998); e) Tratado con la República Federativa de Brasil sobre Traslado de Condenados (1998); f) Tratado con la República de Chile sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales (2002)[81].

Brasil, a su vez, celebró los siguientes acuerdos bilaterales relacionados a la materia: a) Tratado con la República de Chile sobre Transferencia de Presos Condenados (1998); b) Tratado con la República Argentina sobre Traslado de Condenados (1998); c) Acuerdo con la República de Bolivia sobre Transferencia de Nacionales Condenados (1999); d) Tratado con la República de Paraguay sobre Transferencia de Personas Condenadas y de Menores Bajo Tratamiento Especial (2000); e) Tratado con la República de Perú sobre Transferencia de Presos (2003)[82].

Paraguay tiene los siguientes convenios: a) Convenio con la República Argentina sobre Traslado de Personas Condenadas para Cumplimiento de Sentencias Penales (1995); b) Tratado con la República Federativa de Brasil sobre Transferencia de Personas Condenadas y de Menores Bajo Tratamiento Especial (2000); c) Tratado con la República de Perú sobre Traslado de Personas Condenadas y de Menores Bajo Tratamiento Especial (2001)[83].

Por ende, con relación a Uruguay, lo que se observa es que este país no realizó ningún tratado bilateral para el traslado de condenados con sus países vecinos o integrantes del Mercosur[84]. Entretanto, como sostiene Santiago Deluca, con relación a este país se aplican las normas de uso consuetudinario vigentes[85].

6. EL DERECHO DE FUENTE INTERNA DE LOS ESTADOS MIEMBROS REFERENTE AL TRASLADO

A los Estados, como entes soberanos, les es dada la facultad de reglamentar, en el ámbito interno, el sistema adoptado en sus territorios para el traslado de condenados extranjeros, como política criminal en materia de cooperación penal internacional y que les servirá como regla a ser adoptada en caso de no haber un convenio internacional entre Estado de condena y Estado receptor del condenado.

Teniendo en cuenta este contexto, cumple analizar, aunque de forma breve, la legislación de cada uno de los Miembros del Mercosur, a fin de detectar si el traslado está reglamentado en sus ordenamientos internos o no.

Con relación a la Argentina, desde 1996, la cuestión ya había sido reglamentada por medio de la Ley nº 24.767, conocida como Ley de Cooperación y Asistencia Internacional en Materia Penal, la cual contempla disposiciones generales, extradición, asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos, cumplimiento de condenas, competencia, entre otros temas[86]. Luego de su lectura, lo que se nota es que el traslado de condenados se encuentra tratado en el capítulo referente al cumplimiento de condenas, antes mencionado, de lo que deviene la necesidad de trazar algunas líneas generales respecto a su reglamentación.

Siendo así, el artículo 82 de la Ley nº 24.767 dispone que las penas privativas de libertad impuestas por un tribunal de un país extranjero a nacionales argentinos podrán ser cumplidas en la Argentina. Los dispositivos subsiguientes tratan de cuestiones referentes a la solicitud, las condiciones para el traslado, los documentos necesarios y los costos.

Según la norma mencionada, en síntesis, es permitido que la petición de traslado sea presentada por el condenado, por tercero a su nombre o por el Estado de condena, cabiendo al Ministerio de Justicia decidir acerca del pedido, desde que cumplidas las condiciones establecidas en el artículo 85[87]. Si se acepta la solicitud, en este caso, el traslado se autorizará desde que la pena sea cumplida conforme a las leyes y reglamentos vigentes en la Argentina, la cual informará periódicamente al Estado de condena acerca del desarrollo del cumplimiento de la pena, cabiendo a éste, únicamente, la posibilidad de revisión de la sentencia, de

concesión de indulto o conmutación de pena. Además, según el artículo 89, el traslado, una vez autorizado, se efectuará en el lugar y en la fecha convenidos por los Estados, haciéndose cargo la Argentina de los gastos desde el momento en que la persona trasladada quede bajo su custodia[88].

A su vez, el artículo 105 trata sobre el cumplimiento en el extranjero de condenas dictadas en la Argentina, determinando que las penas privativas de libertad impuestas por un tribunal argentino a una persona que tenga nacionalidad extranjera, podrán ser cumplidas en el país de esa nacionalidad, rigiéndose el trámite y las condiciones de forma análoga a lo prescripto para el cumplimiento en la República Argentina de condenas dictadas en el extranjero.

Tratándose de Brasil, lo que se verifica es que el ordenamiento jurídico interno de este país no cuenta siquiera con una ley general que reglamente la cooperación penal internacional. En este sentido, advierte la doctora Carolina Yumi de Souza:

> "um grave problema para a aplicação das medidas de cooperação dentro de nosso ordenamento e que não deve ser desconsiderado é a ausência de regulamentação específica com relação à matéria. Sua aplicação depende do entendimento de um quebra-cabeça normativo, que se encontra disposto de maneira esparsa, e do acompanhamento da evolução da jurisprudência."[89]

Es decir, en Brasil, las normas de fuente interna referentes a la cooperación penal internacional se encuentran dispersas, sobretodo, en el Código de Proceso Penal, Decreto-Ley nº 3.689, de 1941, artículos 780 a 790 y en la Resolución nº 9/2005 del Superior Tribunal de Justicia, instrumentos legales que solamente tratan de los exhortos o cartas rogatorias y de la necesidad de homologación de las sentencias extranjeras, sin hablar sobre el traslado de condenados de manera puntual. Debido a esto, los casos internacionales que involucren Brasil, referentes a la materia, solamente serán atendidos, es decir, solamente tendrán concedida la transferencia del preso, si este país mantiene con el Estado de condena o receptor un tratado reglamentando la materia. Eso es, por fin, lo que está dispuesto en la página oficial del Ministerio

de Justicia de este país, que expresamente dispone que: "no Brasil, a transferência de presos somente poderá ser efetivada quando houver Tratado celebrado"[90].

Igual situación ocurre con Paraguay, el cual tampoco cuenta con una ley específica reglamentando la cooperación penal internacional y el traslado de condenados. El Código de Proceso Penal de este país, Ley nº 1.286, de 1998, contempla reglamentaciones de forma general, referentes a exhortos (art. 146), extradición (arts. 147 a 149) y medidas cautelares (art. 150), pero nada suma con relación a la transferencia de presos.

Por ende, cumple mencionar todavía que Uruguay, así como Brasil y Paraguay, tampoco posee una ley específica en materia de cooperación penal internacional. Lo que se puede encontrar son disposiciones dispersas referentes a la asistencia internacional en esta materia en el Código de Proceso Penal, Ley nº 15.032, de 1980, que en sus artículos 32 y 130 contempla la extradición; en la Ley nº 17.060, de 1998, que dispone sobre los estupefacientes y sustancias que determinan dependencia física y psíquica, y que trata, en sus artículos 76 y 79 de la cooperación penal internacional contra el narcotráfico; y en el Decreto nº 398, de 1999, que reglamenta la ley anterior, el cual aborda, en sus artículos 13 y 14 la cooperación jurídica internacional penal.

A partir de lo expuesto, verificase que entre los Estados Miembros del Mercosur, en la actualidad, solamente la República Argentina cuenta con una ley interna específica en materia de cooperación penal internacional que, a su vez, abarca la cuestión de la transferencia de condenados para su país de origen.

7. CONCLUSIÓN

El instituto del traslado de condenados a su país de origen, sea éste el de la nacionalidad o el del domicilio o residencia habitual, es una especie de ejecución de sentencia penal extranjera que se constituye en una reciente forma de cooperación penal internacional, con objetivos humanitarios relacionados, principalmente, a la rehabilitación social del condenado, después del cumplimiento de la pena, en la medida que facilita al sentenciado el acercamiento a su familia, a sus orígenes, a sus costumbres.

Como ya se sabe, los principios tradicionales en materia de derecho penal, tales como la soberanía nacional y la territorialidad, están

siendo flexibilizados para alcanzar objetivos mayores, vinculados específicamente al respeto y a la garantía de los derechos humanos.

Así, desde 1951 ya se tiene noticias del uso del traslado como forma de cooperación entre países, la cual fue ganando espacio, principalmente, después de la entrada en vigor de la Convención Europea sobre Transferencia de Personas Condenadas, hecha en Estrasburgo, en 21/03/1983.

Hoy en día, existen más instrumentos multilaterales reglamentando la materia, como por ejemplo, en el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, más allá de muchos convenios o acuerdos bilaterales entre Estados.

Con relación al Mercosur, además de los acuerdos bilaterales existentes entre los Estados involucrados en el bloque, existen instrumentos internacionales destinados a reglamentar la materia, como lo es el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur y entre ellos y Bolivia y Chile y el Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales, complementario al acuerdo anteriormente mencionado.

Los tratados mercosureños permiten que el condenado, una vez dado su consentimiento expreso, cumpla el lapso de pena privativa de libertad pendiente de ejecución en el país del cual es nacional o residente. Además, siguen la línea de los tratados ya existentes en el sentido que la ley del Estado receptor regulará la ejecución de la pena, salvada la cuestión de la revisión de la sentencia de condena, que sigue siendo competencia exclusiva del Estado sentenciador.

Infelizmente, estos acuerdos todavía no están vigentes en el bloque, porque falta la incorporación al derecho interno por parte de algunos Estados Miembros y/o Asociados. En este sentido, estamos conformes a lo que sostiene el profesor Santiago Deluca, según el cual:

> "no puede dejar de señalarse la trascendencia que se atribuye a las normas Mercosur sobre traslado internacional de condenados, así como su relación con los Derechos Humanos, y las ventajas que su aprobación e incorporación por los Estado Parte genera. Esta simbiosis derecho

> internacional/derecho interno permite contar con un marco normativo regional homogéneo y dotado de imperium a la hora de la aplicación práctica por los tribunales y – en consecuencia – genera un mayor grado de seguridad jurídica y previsibilidad para las personas."[91]

Como es notorio, con la incorporación al derecho interno de los tratados mencionados, celebrados en el ámbito Mercosur, se podría brindar al bloque una mayor previsibilidad jurídica, lo que aleja la incertidumbre y permite a los ciudadanos el goce de la facultad de cumplir la pena impuesta en el Estado con el cual tengan vínculos más estrechos, sean ellos determinados por la cercanía con la familia, con sus orígenes, etc.

Además, puntualmente, la incorporación mencionada permitirá que Uruguay sea parte de un convenio internacional de traslado de condenados, ya que hasta el momento el país no cuenta con ningún tratado sobre la materia. Con esto, se podría brindar una mayor efectividad intra bloque al derecho a la dignidad de la persona humana, inherente a cualquier ciudadano, y a la previsibilidad jurídica antes referida.

Por ende, la entrada en vigor del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur y entre ellos y Bolivia y Chile y del Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales, complementario al acuerdo anteriormente referido, significará un avance muy grande en términos de cooperación penal internacional que profundizará aún más la ideada integración regional.

Notas

[1] Considerando de la Decisión CMC nº 34/2004, que contiene el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur y entre ellos y la República de Bolivia y la República de Chile, todavía no vigente.

[2] Con relación a Venezuela conviene destacar que este país todavía no fue admitido como miembro pleno del Mercosur, aunque haya sido firmado el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, en Caracas, el 04/07/2006. Como Brasil y Paraguay todavía no internalizaron el tratado mencionado a su derecho interno, Venezuela todavía no es Estado Parte del bloque, figurando solamente como Estado Asociado.

[3] Nos referimos a las libertades de circulación de personas, factores productivos, servicios y mercaderías.

[4] TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Protocolo sobre Ajuda Jurídica Mútua em Assuntos Penais". In: VENTURA, Deisy (org). *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 218.

[5] A título de curiosidad, es interesante mencionar que entre los países que hacen parte del Mercosur, existe una cantidad considerable de detenidos extranjeros, nacionales o residentes permanentes de otros Estados que igualmente integran el bloque económico en la condición de Miembros. Conforme los últimos datos divulgados por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena de 2007, en la Argentina, en este año, estaban detenidos en las cárceles nacionales 112 brasileños, 605 paraguayos y 366 uruguayos. (Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la República Argentina. *Informe Anual de la República Argentina – SNEEP 2007*. Disponible en: http://www2.jus.gov.ar/politicacriminal/Informe%20SNEEP%20TotalPais%202007.pdf, acceso en 02/09/2009). En Brasil, conforme los últimos registros del Departamento Penitenciario Nacional del Ministerio de Justicia, en junio de 2009, cumplían pena en los presidios brasileños 83 argentinos, 358 paraguayos y 91 uruguayos. (Ministerio de Justicia de la República Federativa de Brasil. *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN - Relatório Estatístico Junho 2009*. Disponible en: http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm, acceso en 02/09/2009.) El Ministerio de Justicia y Trabajo de Paraguay no cuenta con informaciones respecto a la cantidad de extranjeros mercosureños que cumplen pena en sus cárceles nacionales, de acuerdo al país del cual son originarios. Solamente cuenta con el dato que la población carcelaria extranjera, en 2008, sumaba un total de 313 presos en el país (Ministerio de Justicia y Trabajo de la República del Paraguay. http://www.mjt.gov.py/parted.pdf, acceso en 02/09/2009). Con relación a Uruguay, tanto el Ministerio de Educación y Cultura, cuanto la Dirección Nacional de Cárceles no cuentan con ninguna información divulgada.

[6] DIBUR, José Nicasio.; DELUCA, Santiago. *El Traslado de Condenados Nacionales a su País de Origen (una forma reciente de cooperación internacional en materia penal)*. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 3

[7] Mucho se habla de transnacionalización del delito, principalmente con relación a la criminalidad organizada contemporánea, en donde la ubicuidad con que se despliega el proceso ejecutivo criminal se sitúa en distintos territorios nacionales. Es el caso, por ejemplo, de los delitos financieros internacionales, los delitos tributarios, el tráfico de armas, de órganos y de personas, el narcotráfico, entre otros.

[8] A respecto, afirman Dibur y Deluca que: "las relaciones entre los países se hallan hoy día reguladas por un orden de coordinación y no de supraordinación, afirmación que contribuye a llevar a la práctica, entre otras cosas, la entreayuda judicial penal internacional." (DIBUR, José Nicasio.; DELUCA, Santiago. *Op. cit*. p. 4)

[9] ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. "Cooperação Internacional na Luta contra o Crime. Transferência de Condenados. Execução de Sentença Penal Estrangeira. Novo Conceito". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Nº 10, abr/jun 1995. p. 107.

[10] En este punto, es importante destacar la reflexión hecha por el profesor Lucas E. Barreiros, que al tratar el tema de los derechos humanos y de la soberanía, entendida como concepto del derecho internacional público, advierte que: "tal vez el desafío más grande al que se enfrenta esta idea, y la noción de soberanía en general, es el de reconciliar este concepto con la aspiración de la comunidad internacional de garantizar que a cada ciudadano de cada Estado le sean concedidos derechos humanos y que estos derechos sean respetados por todos los Estados. El problema es, por supuesto, de qué forma la comunidad internacional puede asegurar el respeto de los derechos humanos frente a los corolarios de independencia y no-intervención en los asuntos internos de un Estado en aquellos casos en que este no haya adquirido obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. ¿Es posible reconciliar un sistema de derecho internacional basado en la soberanía como su noción fundamental con la protección de los derechos humanos o deberíamos aceptar el hecho de que ambos son incompatibles y que solo mediante el consentimiento de los Estados involucrados podremos llegar a dar solución a este problema?" (BARREIROS, Lucas

E. "El Derecho Internacional Contemporáneo y el Problema de la Soberanía. Un intento de reconciliación". In: PINTO, Mónica (comp.). *Las Fuentes del Derecho Internacional en la Era de la Globalización*. Buenos Aires: Eudeba, 2009. pp. 86-87)

[11] Con relación a la flexibilización del principio del territorialismo, es interesante destacar el pensamiento del profesor uruguayo Didier Opertti Badan, para quien: "en el tema de la cooperación penal internacional ha jugado de modo aún más severo que en el campo civil, el principio el territorialismo. Derecho penal y territorialismo han aparecido casi como una sola afirmación. Mientras que el derecho civil ha sido más proclive al elemento extranjería, a aceptar la condición de extranjería, en el derecho penal ha jugado de modo muy rígido el principio del territorialismo. En consecuencia, las dificultades en materia de cooperación han sido mayores que en materia civil, sensiblemente mayores. El celo territorialista es mayor en materia penal; entonces, el derecho procesal penal ha sufrido el impacto de ese territorialismo, y de ahí que la única institución que se abriera camino en el derecho cooperacional, en su momento, históricamente considerada, haya sido la extradición, porque no es otra cosa que una afirmación del territorialismo; vale decir, juzga, condena, aprehende y mantiene preso el juez del Estado donde se produjo el delito, principio éste del territorialismo; la extradición sirve a éste. En cambio, la entrega de presos, la entrega de detenidos, la cooperación para que un detenido que fue autor de un delito en la República Argentina, pero su familia está en el Uruguay y su hábitat está en el Uruguay, consagra el principio opuesto y con ello se habilita la transferencia del detenido. (…) Quiere decir, que ya se está abriendo aquí, una fuerte fisura al principio del territorialismo, porque de aquella idea central de que había que trasladar los hititas o los egipcios de un lugar a otro para ser juzgados y condenados por la ley de ese lugar, hemos pasado a que, condenado alguien por la ley de un Estado, puede cumplir pena en otro. Pero éste no es, sin duda, por extremo, el único ejemplo." (BADÁN, Didier Opertti. "La Asistencia Judicial Internacional. Un enfoque general. Últimos Desarrollos en el Ámbito Penal." In: LANDONI SOSA, Angel (dir.) *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del MERCOSUR*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997. pp. 139-140.)

[12] PIOMBO, Horacio Daniel. "La Transferencia de Condenados: nuevo instituto de la cooperación penal internacional (fundamentos, realidad y proyecciones de tal problemática contemporánea, todavía no abordada en la doctrina patria)". *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Córdoba, 1991. p. 214.

[13] TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Nuevos Desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internacional en el ámbito del MERCOSUR y del Derecho Uruguayo". In: *El Dial – Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Buenos Aires: Albremática, 23/05/2008. Con otras palabras, Tabaré Sosa Aguirre destaca que: "el proceso (…) constituye un complejo de actos diversos que se suceden en un período más o menos extenso, considerados como una unidad en vistas al fin que los reúne (en el caso, la aplicación de la ley penal). Normalmente estos actos se desarrollan dentro del ámbito de competencia de la autoridad judicial en que tiene lugar el proceso, en tanto que otros se deben cumplir en lugares distintos, dentro o fuera del Estado donde se instruye el proceso. Precisamente, cuando bajo esas condiciones el órgano jurisdiccional de un Estado solicita auxilio de un órgano jurisdiccional de un Estado diferente, estamos en presencia de la cooperación judicial penal internacional." (SOSA AGUIRRE, Tabaré. "Cooperación Judicial Internacional en Materia Penal." In: *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. Nº 3. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990. p. 440 *apud* CERVINI, Raúl; ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. "Cooperación Penal Internacional en el Mercosur. Concepto y limites." In: ZAFFARONI, Baigún; PIERANGELI, García-Pablos. *De las Penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 104.

[14] En este sentido ver: CERVINI, Raúl; ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. *Op. cit.* p. 99.

[15] SOUZA, Carolina Yumi de. "Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: considerações práticas." In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Nº 71. São Paulo: RT, mar/abr 2008. p. 300.

[16] Según advierte Tellechea: "diversos textos de cooperación penal acordados en la región y en participar la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal y el Protocolo de San Luis, consagran expresamente la Autoridad Central como el procedimiento para la remisión

y recepción de solicitudes de auxilio penal internacional, arts. 3 de ambos textos. El Protocolo de San Luis atiende cuidadosamente el papel llamado a desempeñar por las Autoridades Centrales en la prestación de la asistencia penal internacional, en los artículos: 8, tramitación con prontitud de las solicitudes recibidas; 11, información inmediata a las autoridades requirentes de las razones por las cuales la solicitud no hubiere podido ser cumplida en todo o en parte; y 25, exoneración en los documentos públicos transmitidos a través de esta vía de legalización o cualquier otro procedimiento análogo, solución fundada en el carácter oficial de las Autoridades Centrales, lo que permite presumir la autenticidad de la documentación remitida por su intermedio." (TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Nuevos Desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internacional en el ámbito del MERCOSUR y del Derecho Uruguayo". *Op. cit.*)

[17] TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Nuevos Desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internacional en el ámbito del MERCOSUR y del Derecho Uruguayo". *Op. cit.*

[18] Con relación al tema, conviene destacar que, cuando el traslado de un detenido se destina solamente a la producción de prueba en el extranjero, no se está delante de un tercer nivel de cooperación, porque solamente habrá la transferencia del preso para que este declare o sea testigo. Este también es el entendimiento esbozado por los profesores Cervini y Araújo Júnior, los cuales clasifican el diligenciamiento de traslado voluntario de personas para prestar testimonio en el Estado requirente como cooperación penal internacional de primer grado. (CERVINI, Raúl; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Op. cit.* p. 120.)

[19] *A contrario sensu,* Cervini y Araújo Júnior consideran que solamente la extradición se sitúa en el tercer nivel de cooperación penal internacional. (CERVINI, Raúl; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Op. cit.* p. 121.)

[20] Con relación a los principios de la cooperación penal internacional es necesario mencionar que: a) la prestación de asistencia penal internacional es un deber del Estado rogado, salvo excepciones de interpretación estricta, tales como delitos políticos y militares, 'non bis in idem', no afectación del orden público internacional, seguridad e intereses esenciales del Estado rogado; b) la asistencia penal internacional debe ser brindada en principio sin la exigencia de doble incriminación; c) en tanto se trata de una cooperación entre Estados soberanos, en el ámbito interamericano y subregional no se faculta a autoridades o particulares pertenecientes al Estado requirente a llevar a cabo en el requerido actuaciones que conforme a la ley de éste sean reservadas a sus propias autoridades; d) la cooperación deberá prestarse ante solicitudes emanadas de autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento del delito en el Estado requirente; e) en tanto el objeto de la cooperación es la asistencia penal entre los Estados, no se otorga derechos a los particulares para la obtención, supresión o exclusión de pruebas o para oponerse al cumplimiento de las solicitudes de asistencia. (TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Nuevos Desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internacional en el ámbito del MERCOSUR y del Derecho Uruguayo". *Op. cit.*)

[21] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* pp. 217-218.

[22] En este contexto, conviene destacar que la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Exterior, hecha en Managua, en 1993, la cual vincula Belice, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, expresamente destaca en su art. 3º que la condena a cumplirse no puede ser pena de muerte y el tiempo por cumplirse al momento de hacerse la solicitud debe ser de por lo menos seis meses. En el mismo sentido, entre la serie de instrumentos internacionales bilaterales existentes en el ámbito Mercosur sobre la materia, se puede citar el Tratado celebrado entre Brasil y Argentina sobre el Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscripto en Buenos Aires, en 1998, que en su art. 4º, incisos "b" y "c", igualmente veda la transferencia del condenado para cumplimiento de pena de muerte y además exige que la pena tenga un plazo de duración determinado. Siguiendo la misma línea de razonamiento, el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur y entre ellos y la República de Bolivia y la República de Chile, firmado en Belo Horizonte, en 16/12/2004, todavía no vigente, establece en su art. 3º, inciso 5 que la condena impuesta no debe ser de pena

de muerte o de prisión perpetua. Entretanto, agrega que: "en tales casos el traslado sólo podrá efectuarse si el Estado sentenciador admite que el condenado cumpla una pena privativa de libertad cuya duración sea la máxima prevista por la ley penal del Estado receptor, siempre que no sea prisión perpetua". De la misma forma, el acuerdo mencionado, en el inciso 6 del mismo artículo, determina como plazo de duración de la pena por cumplirse el mínimo de un año, aumentando lo establecido por la Convención Interamericana. No obstante, adiciona que "los Estados Partes del presente Acuerdo podrán convenir el traslado aún cuando la duración de la pena por cumplir sea inferior a lo previsto en el párrafo anterior." Pareciera, en este punto, que el Acuerdo debería haber seguido lo que dispone la Convención Interamericana, para evitar asimetrías con relación a los Estados que la ratificaron y que igualmente hacen parte del ámbito Mercosur, por un criterio de uniformidad legislativa.

[23] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. "Cooperação Internacional na Execução da Pena: a transferência de presos". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Nº 71. São Paulo: RT, mar/abr 2008. p. 244. El Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur permite, en su art. 2º, que la transferencia también sea hecha para los casos de condena condicional o libertad condicional, anticipada o vigilada.

[24] GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 256-258 *apud* CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit*. pp. 242-243.

[25] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit*. pp. 221-223.

[26] Respecto al tema, la doctrina destaca que se agregó a los principios basilares del Derecho Penal el *principio de la humanidad*, en la medida que el poder punitivo estatal no puede aplicar sanciones que atenten contra la dignidad de la persona humana o que lesionen la constitución psicofísica del condenado. Además, "sin perjuicio de sostenerse que el derecho penal no es en su esencia de carácter asistencial, fincando su carácter primeramente en la justicia distributiva, responsabilizando al delincuente por la violación del orden jurídico, se concluye que ninguna pena privativa de la libertad puede tener una finalidad que atente contra la incolumidad de la persona como ser social." (BITENCOURT, César R.; REGIS PRADO, Luiz. "Princípios Fundamentais do Direito Penal". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Nº 5. São Paulo: RT, 1996 *apud* DIBUR, José Nicasio.; DELUCA, Santiago. *Op. cit*. p. 55)

[27] De acuerdo con las informaciones del Ministerio de Justicia de Brasil: "a Organização das Nações Unidas tem insistido quanto à imprescindibilidade de tal cooperação, dirigindo esforços no sentido de difundir a proposta da transferência de presos como método moderno de reeducação para fortalecer o alicerce de reconstrução pessoal do preso diante da perspectiva de futura vida livre no convívio social." (Ministerio de Justicia de la República Federativa de Brasil. *Transferência de Condenados*. Disponible en: http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJCD90C52DITEMID74E57DE62CF440278C1991CB3746DEC1PTBRIE.htm, acceso en 20/06/2009)

[28] En este sentido, para ejemplificar, vale la pena mencionar lo dispuesto en el art. 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual trata sobre el derecho a la integridad personal, estableciendo que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, que nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, asimismo que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, que la pena no puede trascender de la persona del delincuente, y que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. En el mismo sentido, en el ámbito mercosureño, fue firmado el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos del Mercosur, aprobado por la Decisión CMC nº 17/2005.

[29] Esta Declaración de la ONU fue adoptada en 13/12/1985, por medio de la Resolución nº 40/144.

[30] DIBUR, José Nicasio.; DELUCA, Santiago. *Op. cit*. p. 53.

[31] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit*. p. 235.

[32] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit*. p. 224.

[33] Sobre el Acuerdo ver: http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/50/1er/Ord/19760923.html, acceso en 26/08/2009.

[34] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* p. 225.

[35] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit.* p. 236.

[36] De acuerdo con João Marcello de Araújo Júnior: "a preocupação da ONU voltou a manifestar-se no 8º Congresso, realizado em Havana em 1990, no qual a Decisão 11/104 determinou estudos para a formulação de uma convenção internacional ampla sobre a cooperação em temas relativos à delinqüência, consolidando entre outras coisas, os tratados existentes ou em vias de serem celebrados, cuidando da extradição, da assistência recíproca, da transferência de presos estrangeiros, da transferência de vigilância sobre delinqüentes estrangeiros sujeitos a condenação condicional, e do cumprimento das sentenças penais e dos mandados judiciais de apreensão de ativos obtidos de forma ilícita." (ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Op. cit.* p. 108)

[37] Conforme destaca el profesor Piombo, la Convención del Consejo de Europa concerniente a la transferencia de personas condenadas no puede ser calificada estrictamente de "europea", una vez que fue abierta a Estados democráticos situados fuera de Europa, como por ejemplo, Estados Unidos y Canadá. (PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* p. 227)

[38] GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *Op. cit.* p. 267 *apud* CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit.* pp. 236-237.

[39] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* p. 227.

[40] Sobre el tema, ver la materia publicada en 28/06/1999, por el Diario La Nación, disponible en: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=143808, acceso en 26/08/2009.

[41] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit.* p. 238.

[42] VICO, Carlos M. *Curso de Derecho Internacional Privado.* T.II. 2ª ed. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1934. § 124 *apud* BALESTRA, Ricardo R. *Derecho Internacional Privado.* 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006. p. 377.

[43] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* p. 219. Para profundizar el tema de la extradición ver obra del mismo autor: PIOMBO, Horacio Daniel. *Tratado de la Extradición (internacional e interna).* 2 vol. Buenos Aires: Depalma, 1998.

[44] Entre Uruguay (Ley 17.499, de 27/05/2002), Brasil (Dec. Leg. 605, de 11/09/2003, promulgado por el Decreto nº 4.975/2004) y Paraguay (Ley 2753, de 11/10/2005) el Acuerdo está vigente en la actualidad.

[45] Con relación al uso de las modernas tecnologías de la informática, y su respectiva aplicación al Derecho, es interesante destacar una de las conclusiones presentadas en las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, llevadas a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, entre los días 25 y 27 de octubre de 2006, en donde se cogitó la posibilidad legal de empleo de la videoconferencia como mecanismo idóneo para la producción de pruebas, en la medida que puede evitar el traslado de detenidos. Veamos: "la videoconferencia es admitida legalmente en la mayoría de los países y, cuando no se halla prevista, se encuentra aceptada por la jurisprudencia como forma de protección de testimonios o de peritos o manera de evitar el traslado de presos. No obstante, fueron formuladas críticas a la utilización de aquéllas, principalmente porque dificulta una amplia defensa, impide el contacto directo con el juez." (MASCIOTRA, Mario. "XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano". In: *Revista de Derecho Procesal.* Nº 2007-1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007. p. 573)

[46] Información extraída del sitio oficial del Departamento de Derecho Internacional de la OEA: http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-55.html, acceso en 01/09/2009.

[47] El Protocolo de San Luis, a ejemplo de otros Protocolos firmados en el ámbito Mercosur, estructura la cooperación internacional a través del mecanismo de las autoridades centrales. Conforme enseña el profesor Eduardo Tellechea Bergman, "las Autoridades Centrales son órganos especializados en materia de auxilio jurídico internacional, constituyendo el eje alrededor del cual gira la entreayuda jurídica interetática contemporánea. Su origen se encuentra en el ámbito de la cooperación internacional civil y comercial y fueron previstas inicialmente por las *Convenciones de*

La Haya sobre Notificación en el Extranjero de Actos Judiciales en Materia Civil y Comercial de 1965 y sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero de 1970. En el continente americano, fueron legisladas desde las *Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero,* tratados con un muy alto nivel de ratificaciones, que abarcan entre sus Estados Partes a todos los países del MERCOSUR. El empleo de la vía Autoridad Central elimina enlentecedores encadenamientos burocráticos en lo que hace a la transmisión de los pedidos de cooperación internacional, permitiendo la rápida comunicación entre la autoridad requirente del auxilio y aquella encargada de su diligenciamiento." (TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Protocolo sobre Ajuda Jurídica Mútua em Assuntos Penais". *Op. cit.* p. 221.) Atendiendo a lo expuesto anteriormente y a lo que fue consignado en el Protocolo de San Luis, en cada uno de los países miembros del Mercosur funcionan como Autoridades Centrales los siguientes órganos: a) en Argentina – Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto – Dirección General de Asuntos Jurídicos; b) en Brasil – Ministerio de Justicia – Secretaría Nacional de Justicia; c) en Paraguay – Ministerio de Justicia y Trabajo; d) en Uruguay – Dirección de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Educación y Cultura.

[48] Reza el art. 19: "1.- La persona sujeta a un procedimiento penal en el Estado requerido, cuya comparecencia en el Estado requirente sea necesaria en virtud de la asistencia prevista en el presente Protocolo, será trasladada con ese fin al Estado requirente, siempre que esa persona y el Estado requerido consientan dicho traslado. 2.- La persona sujeta a un procedimiento penal en el Estado requirente de la asistencia y cuya comparecencia en el Estado requerido sea necesaria, será trasladada al Estado requerido, siempre que lo consienta esa persona y ambos Estados estén de acuerdo. 3.- Cuando un Estado Parte solicite a otro, de acuerdo al presente Protocolo, el traslado de una persona de su nacionalidad y su Constitución impida la entrega a cualquier título de sus nacionales, deberá informar el contenido de dichas disposiciones al otro Estado Parte, que decidirá acerca de la conveniencia de lo solicitado. 4.- A los efectos del presente artículo: a) el Estado receptor deberá mantener a la persona trasladada bajo custodia, a menos que el Estado remitente indique lo contrario; b) el Estado receptor devolverá la persona trasladada al Estado remitente tan pronto como las circunstancias lo permitan y con sujeción a lo acordado entre las autoridades competentes de ambos Estados, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior; c) respecto a la devolución de la persona trasladada, no será necesario que el Estado remitente promueva un procedimiento de extradición; d) el tiempo transcurrido bajo custodia en el Estado receptor, será computado a los efectos del cumplimiento de la sentencia que se le impusiere; e) la permanencia de esa persona en el Estado receptor no podrá exceder de noventa (90) días, a menos que la persona y ambos Estados consientan en prorrogarlo; f) en caso de fuga en el Estado receptor de la persona trasladada que esté sujeta a una medida restrictiva de libertad en el Estado remitente, éste podrá solicitar al Estado receptor el inicio de un procedimiento penal a fin del esclarecimiento del hecho así como su información periódica." Con relación al plazo de permanencia del detenido en el país receptor, es conveniente subrayar la asimetría existente con relación a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, la cual, en su art. 20, apartado "e", establece que: "la permanencia de esa persona en el Estado receptor en ningún caso podrá exceder del período que le reste para el cumplimiento de la condena o de sesenta días, según el plazo que se cumpla primero, a menos que la persona y ambos Estados consientan prorrogarlo".

[49] En este sentido, la profesora Solange Mendes de Souza sostiene que el instituto del traslado de personas sujetas a procedimiento penal "trata-se de apresentação voluntária do investigado ou réu." (MENDES DE SOUZA, Solange. *Cooperação Jurídica Penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 219)

[50] MENDES DE SOUZA, Solange. *Op. cit.* p. 189. Siguiendo el mismo razonamiento, el profesor Didier Opertti Badan todavía destaca que: "el salvoconducto y la inmunidad, que son mecanismos de protección normalmente referidos al derecho diplomático, aparecen insertos en la cooperación penal internacional como mecanismos garantistas del traslado del detenido de un Estado a otro, para lograr de esta manera asegurar de que quien sale de un Estado y está sujeto a prisión en éste,

regrese, y no sea objeto de lo que la doctrina llama extradición oblicua o indirecta." (BADÁN, Didier Opertti. *Op. cit.* p. 141)

[51] Interesante mencionar todavía que en 05/12/2002, por ocasión de la XVIII Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur (Decisión CMC nº 27/02), fue firmado el Acuerdo Complementario al Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del Mercosur y el Acuerdo Complementario al Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, todavía no vigentes. Recientemente, en 30/06/2008, la República de Ecuador adhirió a estos nuevos instrumentos. Cumple destacar que estos dos acuerdos complementarios, de igual contenido, entre otras cosas, reglamentan cuestiones administrativas, contemplando en sus textos dos formularios: uno para la solicitud de asistencia judicial y otro sobre informaciones respecto al cumplimiento de la solicitud formulada.

[52] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* pp. 219-220.

[53] Según destaca el profesor Piombo: "si se pone el acento en el hecho de que el instituto puede dar lugar a una repatriación de reclusos en forma recíproca, se pone de manifiesto un dato que es común con un instituto del Derecho humanitario bélico como es el intercambio de prisioneros (…). Sin embargo, no debe olvidarse que los prisioneros de guerra no son personas condenadas, sino cercenadas en el goce de sus derechos por el estado de necesidad originado en el conflicto bélico, respecto de los cuales la repatriación es ajena a todo designio de 'resocialización'." (PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* p. 220)

[54] A título de curiosidad, conviene mencionar que a mediados de marzo de 2009, se llevó a cabo entre ambos países el centésimo vigésimo sexto intercambio de condenados, en donde México entregó a Estados Unidos diez estadunidenses que cumplían sentencias en cárceles del país latinoamericano y recibió de EEUU un total de 26 reos mexicanos. (Información disponible en: http://www.vanguardia.com/mundo/america/23542-mexico-y-estados-unidos-intercambian-presos, acceso en 31/08/2009.)

[55] En el ámbito Mercosur, el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes, firmado en Belo Horizonte, el 16/12/2004, todavía no vigente por estar pendiente de ratificación de Argentina, Paraguay y Uruguay, explicita, en su art. 3º, inciso 4, que es condición para el otorgamiento de la transferencia "que el condenado sea nacional o residente legal y permanente del Estado receptor", adoptando la moderna tendencia humanitaria respecto a la ampliación del ámbito personal de incidencia del traslado. En el mismo sentido, está el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile, hecho en la misma ciudad y fecha del anterior, igualmente no vigente, por faltar la ratificación por parte de Brasil, Uruguay, Bolivia y Chile. La Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, *a contrario sensu*, solamente admite el traslado de nacionales (art. 3º, inc. 4), condición que es comúnmente encontrada en los tratados bilaterales celebrados entre los Estados miembros del Mercosur entre sí y con relación a terceros, extra-zona o Estados Asociados. Con relación al Tratado bilateral celebrado entre la República Argentina y la República de Chile sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscripto en Santiago de Chile, el 29/10/2002, conviene destacar que este, en su art. 3º, apartado "c", aborda, más allá de la cuestión de la nacionalidad, la doble nacionalidad argentino-chilena, adoptando, en este caso, como criterio último, el del domicilio o residencia habitual, para la resolución del conflicto surgido, teniendo en cuenta el principio de la rehabilitación del condenado. Según este dispositivo: "la aplicación del presente Tratado quedará sujeta a las siguientes condiciones: (…) c) que la persona condenada sea nacional del Estado receptor. La condición de nacional será considerada en el momento de la solicitud del traslado. En caso de doble nacionalidad argentino-chilena, será de aplicación en cada caso la legislación sobre nacionalidad vigente en el Estado sentenciador. Asimismo, a los efectos de la doble nacionalidad se tendrá en cuenta, siempre que pueda favorecer la resocialización de la persona, su último domicilio o residencia habitual."

[56] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* p. 229.

[57] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit.* p. 245.

[58] En este sentido, por ejemplo, se puede citar el Tratado sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscripto entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina, en Buenos Aires, el 11/09/1998 (art. 4, apartado "d") y el Convenio sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscripto entre la República Argentina y la República de Bolivia, en La Paz, el 19/11/1996 (art. 4º, apartado "d"). En sentido contrario, el Convenio entre la República Argentina y la República Dominicana sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscripto en Santo Domingo, el 23/02/2004, impone, en su art. 4º, apartado "d", como condición para la concesión de la transferencia que "la parte de la condena que faltare cumplir al momento de efectuarse la solicitud sea superior a 2 años".

[59] Interesante destacar que la Convención Interamericana sobre la Asistencia Mutua en Materia Penal, vista por ocasión del estudio del traslado de detenidos para la producción de pruebas en el extranjero, expresamente alude, en su art. 20, apartado "a", que se podrá denegar la transferencia "si la persona detenida o que se encuentre cumpliendo una pena negare su consentimiento a tal traslado".

[60] Este Acuerdo todavía no está vigente, una vez que solamente Paraguay, en 12/08/2008, ha ratificado e internalizado la norma en destaque.

[61] Eso es, por ejemplo, lo que dispone el Tratado sobre Transferencia de Presos Condenados, celebrado entre la República Federativa de Brasil y la República de Chile, en 29/04/1998. Según el art. 5º, apartado 4 de esta norma: "o Estado que receber a solicitação de transferência da outra Parte poderá solicitar a comprovação do consentimento expresso do condenado em relação à transferência. O consentimento não poderá ser revogado depois da aceitação da transferência pelos dois Estados."

[62] DELUCA, Santiago. "Traslado Internacional de Condenados". In: *La Ley,* nº 154. Buenos Aires: La Ley, 14/08/2009. p. 2.

[63] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit.* p. 245.

[64] En este sentido: art. 3º, inciso 5 del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur; art. 3º, inciso 5 de la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, que se refiere solamente a que la condena a cumplirse no sea pena de muerte; art. 4º, inciso "b" del Tratado entre Brasil y Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, que, además de exigir que la condena no sea pena de muerte, hace una salvedad en los siguientes términos: "a menos que ésta haya sido conmutada", etc.

[65] Este Tratado fue celebrado en Brasilia, el 10/02/2000.

[66] Respecto a este principio, también conocido como "*ne bis in idem*", es importante destacar que se trata de un criterio de interpretación o solución a constante conflicto "entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya cumplido no debe volverse a cumplir. Esta finalidad (…) se traduce en un impedimento procesal que negaba la posibilidad de interponer una nueva acción, y la apertura de un segundo proceso con un mismo objeto. En otras palabras, el *ne bis in idem,* garantiza a toda persona que no sea juzgado nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión." (*El Principio No bis in Idem*. Disponible en: http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/805F5242-24E6-4D5F-AD86-A008D886F9C6/0/LicPauladelSagrarioNunezVillalobos.pdf, acceso en 02/09/2009.)

[67] SOUZA, Carolina Yumi de. *Op. cit.* pp. 323-324.

[68] En igual sentido: art. 12 del Tratado entre Argentina y Costa Rica sobre Ejecución de Sentencias Penales, suscripto en Buenos Aires, el 15/08/2001.

[69] Todos los tratados referentes al tema abordan la cuestión del Estado receptor no poder alargar la pena para más allá de la duración establecida por el Estado de condena. Por ejemplo: art. 12 del Convenio entre Bolivia y Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento

de Sentencias Penales, entre otros.

[70] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Op. cit.* p. 246. Brasil fue el único país, entre los ratificantes de esa Convención, que opuso reserva al artículo 7º, inciso 2.

[71] Dicta el art. 10: "A execução da sentença e o tratamento a ser aplicado à pessoa transferida reger-se-ão pelas leis do Estado recebedor, inclusive as condições de concessão ou revogação da liberdade condicional ou mudança de regime carcerário."

[72] Acá es interesante mencionar la salvedad contenida en el art. 10, inciso 2 del Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, el cual permite que el Estado receptor pueda solicitar al Estado sentenciador, mediante petición fundada, el indulto o conmutación de la pena.

[73] La Convención Europea sobre Traslado de Personas Condenadas, en su art. 12, permite que el indulto, conmutación, gracia o perdón sean asignados también por el Estado receptor.

[74] Se puede citar todavía, mismo que no haya relación con el Mercosur, el Tratado entre Argentina y Costa Rica sobre Ejecución de Sentencias Penales (art. 11) y el Convenio sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales entre Argentina y República Dominicana, suscripto en Santo Domingo, el 23/02/2004 (art. 10).

[75] PIOMBO, Horacio Daniel. *Op. cit.* pp. 230-231.

[76] ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Op. cit.* p. 113. En sentido contrario, Carolina Yumi de Souza destaca que: "com relação aos pedidos passivos, quando a base for um tratado (a menos que este disponha de maneira diversa), traz ainda a possibilidade de cumprimento por meio do auxílio direto, não havendo a necessidade de envio ao Superior Tribunal de Justiça para a concessão do *exequatur."* (SOUZA, Carolina Yumi de. *Op. cit.* p. 314)

[77] El tema del reconocimiento y ejecución de sentencias penales extranjeras, en razón de su extensión, no será tratado en la presente investigación.

[78] Con referencia a los acuerdos bilaterales, cabe resaltar que el procedimiento del traslado está previsto para desarrollarse por vía diplomática. Por ejemplo: art. 6 del Tratado entre Brasil y Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales; art. 6º del Convenio entre Argentina y Bolivia sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales; art. 6º del Tratado entre Argentina y Chile sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales.

[79] Estas son las condiciones exigidas, igualmente, por el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur con la República de Bolivia y la República de Chile (art. 5º), y por el Protocolo sobre Traslado de Personas Sujetas a Regímenes Especiales, complementario al Acuerdo anterior (art. 6º), ambos todavía no vigentes.

[80] Respecto al procedimiento del traslado en Brasil, es interesante destacar las conclusiones prácticas de la profesora Ela Wiecko de Castilho, para quien: "o procedimento se desenvolve na Secretaria Nacional de Justiça/Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério de Justiça, indicado nos tratados como a autoridade central brasileira. Na maioria dos países com que o Brasil celebrou tratados é igualmente o Ministério da Justiça a autoridade central. De qualquer modo, sempre intervém a autoridade diplomática. A transferência passiva tem início com a solicitação, em regra por Nota Verbal, formulada por embaixada, de ofício ou decorrente de pedido do estrangeiro preso ou de seu familiar. A seguir, comunica-se ao juízo da execução penal, solicitando os documentos necessários. Depois de traduzidos são encaminhados à Embaixada do país recebedor. Se houver concordância são ultimados atos administrativos no âmbito do Ministério da Justiça e contatada novamente a embaixada para apresentar compromisso de respeito aos termos da transferência. A Polícia Federal encarrega-se da entrega do preso aos agentes do Governo estrangeiro. As despesas correm à conta do Brasil até a entrega. A transferência ativa é deflagrada a partir de correspondência do preso brasileiro dirigida às autoridades brasileiras, aqui ou no exterior, diretamente ou por intermédio de amigos ou familiares. Tomando conhecimento, o Ministério das Relações Exteriores contata a embaixada do local da prisão a fim de solicitar os documentos, que deverão ser traduzidos. Após, verifica-se com o juízo da execução penal mais próximo da residência originária do preso,

a possibilidade de vaga no sistema prisional. Se houver anuência o procedimento tramita até aprovação pelo Secretário Nacional de Justiça. Por fim, necessário obter, via diplomática, o aval para a transferência. Cabe a Polícia Federal receber o preso dos agentes do Governo estrangeiro e encaminhá-lo ao local de cumprimento da pena. As despesas correm à conta do país estrangeiro até a entrega à Polícia Federal." (CASTILHO, Ela Wiecko V. *Op. cit.* pp. 247-248)

[81] Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina. Disponible en: http://www.mrecic.gov.ar/, acceso en 03/09/2009.

[82] Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil. Disponible en: http://www2.mre.gov.br/dai/bilaterais.htm, acceso en 03/09/2009.

[83] Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay. Disponible en: http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/tratados%20bilaterales/cuadro%20bilateral/por%20paises/inicio%20america%20del%20sur.htm, acceso en 03/09/2009.

[84] Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay. Disponible em: http://www.mrree.gub.uy, acceso en 03/09/2009.

[85] DELUCA, Santiago. *Op. cit.* p. 2. Cuando habla de normas consuetudinarias vigentes, el autor expresamente se refiere a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1933. Además, hace referencia igualmente a la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero y a la Convención Interamericana de Cooperación Internacional en Materia Penal de Bahamas.

[86] Es conveniente destacar que existe un Proyecto de Reforma del texto de la Ley mencionada, de autoría del Dr. Marcelo Alejandro Peluzzi, el cual busca modificar, por ejemplo, el capítulo referente al cumplimiento de condenas, para que abarque, además de eso, el cumplimiento de suspensiones del juicio a prueba y el cumplimiento de medidas de seguridad curativas y educativas. (DIBUR, José Nicasio.; DELUCA, Santiago. *Op. cit.* pp. 57-61)

[87] Las condiciones previstas por el art. 85 son las siguientes: a) que el condenado sea argentino al momento en que se presenta la solicitud; b) que la sentencia de condena en el país extranjero sea definitiva y esté firme; c) que el condenado haya dado ante una autoridad diplomática o consular argentina, y con asistencia letrada, su libre y expreso consentimiento al traslado, después de ser informado de las consecuencias; d) que la duración de la pena pendiente de cumplimiento sea de por lo menos dos años al momento de presentarse el pedido; e) que el condenado haya reparado los danos ocasionados a la víctima en la medida que le haya sido posible." Al final del dispositivo, se hace mención a que "no importará para la concesión del traslado que el hecho cometido no sea delito para la ley argentina", de lo que deviene que no es exigida la condición de doble incriminación, común en los tratados ya analizados.

[88] Es curioso mencionar que el art. 90 de la Ley nº 24.767 permite que el condenado por un tribunal de un país extranjero a cumplir una pena en régimen de condena condicional o libertad condicional, pueda cumplirla en la Argentina, bajo la vigilancia de las autoridades argentinas. Cuanto a esto, se puede decir que igualmente se permite a los demás extranjeros que con la Argentina mantengan algún tipo de vínculo que allí cumplan sus penas, no siendo el beneficio de la transferencia concedido exclusivamente a los nacionales de este país.

[89] SOUZA, Carolina Yumi de. *Op. Cit.* p. 302. En el mismo sentido véase: PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. "Cooperação Penal Internacional nos Delitos Econômicos". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Nº 54. São Paulo: RT, may/jun 2005. pp. 160 y ss.

[90] Ministerio de Justicia de la República Federativa de Brasil. *Transferência de Condenados. Op. cit.*

[91] DELUCA, Santiago. *Op. cit.* p. 2.

BIBLIOGRAFÍA

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. "Cooperação Internacional na Luta contra o Crime. Transferência de Condenados. Execução de Sen-

tença Penal Estrangeira. Novo Conceito". In: *Revista brasileira de ciências criminais.* Nº 10, abr/jun 1995.
BADÁN, Didier Opertti. "La Asistencia Judicial Internacional. Un enfoque general, Últimos desarrollos en el ámbito penal." In: LANDONI SOSA, Angel (dir.) *Curso de derecho procesal internacional y comunitario del MERCOSUR.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997.
BALESTRA, Ricardo R. *Derecho internacional privado.* 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.
BARREIROS, Lucas E. "El Derecho Internacional Contemporáneo y el Problema de la Soberanía. Un intento de reconciliación". In: PINTO, Mónica (comp.). *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización.* Buenos Aires: Eudeba, 2009.
BITENCOURT, César R.; REGIS PRADO, Luiz. "Princípios Fundamentais do Direito Penal". In: *Revista brasileira de ciências criminais.* Nº 5. São Paulo: RT, 1996
CASTILHO, Ela Wiecko V. de. "Cooperação Internacional na Execução da Pena: a transferência de presos". In: *Revista brasileira de ciências criminais.* Nº 71. São Paulo: RT, mar/abr 2008.
CERVINI, Raúl; ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. "Cooperación Penal Internacional en el Mercosur. Concepto y limites." In: ZAFFARONI, Baigún; PIERANGELI, García-Pablos. *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti.* Buenos Aires: Depalma, 1997.
DELUCA, Santiago. "Traslado Internacional de Condenados". In: *La ley,* nº 154. Buenos Aires: La Ley, 14/08/2009.
DIBUR, José Nicasio.; DELUCA, Santiago. *El traslado de condenados nacionales a su país de origen (una forma reciente de cooperación internacional en materia penal).* Buenos Aires: La Ley, 2005.
El principio no bis in Idem. Disponible en: http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/805F5242-24E6-4D5F-AD86-A008D886F9C6/0/LicPaulaDelSagrarioNunezVillalobos.pdf, acceso en 02/09/2009.
GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
MASCIOTRA, Mario. "XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano". In: *Revista de derecho procesal.* Nº 2007-1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

MENDES DE SOUZA, Solange. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Ministerio de Justicia de la República Federativa de Brasil. *Sistema integrado de informações penitenciárias – INFOPEN - Relatório estatístico junho 2009*. Disponible en: http://www.mj.gov.br/data/Pages/JD574E9CEITEMIDC37B2AE-94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm, acceso en 02/09/2009.

Ministerio de Justicia de la República Federativa de Brasil. *Transferência de condenados*. Disponible en: http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJCD90C52DI-TEMID74E57DE62CF440278C1991CB3746DEC1PTBRIE.htm, acceso en 20/06/2009

Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la República Argentina. *Informe anual de la República Argentina – SNEEP 2007*. Disponible en: http://www2.jus.gov.ar/politicacriminal/Informe%20SNEEP%20TotalPais%202007.pdf, acceso en 02/09/2009

PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. "Cooperação Penal Internacional nos Delitos Econômicos". In: *Revista brasileira de ciências criminais*. Nº 54. São Paulo: RT, may/jun 2005.

PIOMBO, Horacio Daniel. "La Transferencia de Condenados: nuevo instituto de la cooperación penal internacional (fundamentos, realidad y proyecciones de tal problemática contemporánea, todavía no abordada en la doctrina patria)". *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Córdoba, 1991.

PIOMBO, Horacio Daniel. *Tratado de la extradición (internacional e interna)*. 2 vol. Buenos Aires: Depalma, 1998.

SOUZA, Carolina Yumi de. "Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: considerações práticas." In: *Revista brasileira de ciências criminais*. Nº 71. São Paulo: RT, mar/abr 2008.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Nuevos Desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internacional en el ámbito del MERCOSUR y del Derecho Uruguayo". In: *El Dial – Suplemento de derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: Albremática, 23/05/2008.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "Protocolo sobre Ajuda Jurídica Mútua em Assuntos Penais". In: VENTURA, Deisy (org). *Direito comunitário do Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997*.

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Elisa Bastos Frota
Bacharela em Direito pela UFS, especialista em Direito Ambiental pela PUC-RS e em Gestão Empresarial pela FGV.

A capacidade de prever o futuro é a condição de todo comportamento considerado racional ...
Para conceber um projeto revolucionário, isto é, para ter uma intenção bem formulada de transformar o presente por referência a um futuro projetado, é necessário um mínimo de controle sobre o presente.
Pierre Bourdieu, em 1998[1]

1. INTRODUÇÃO

Costuma-se ver o Direito como última instância e via de solução final dos conflitos de interesses. Tal visão, entretanto, precisa ser adaptada à complexidade de interesses tutelados hoje. É preciso que ocorra uma mudança de paradigma e que o Direito seja repensado para que não atue prioritariamente de forma repressiva. É necessária, pelo bem da presente e das futuras gerações, a crescente utilização da precaução.

Ainda mais forte é a necessidade de cautela prévia contra riscos que ameacem a vida no planeta Terra, em virtude da própria natureza dos bens tutelados. Como decorrência, o Direito Ambiental assume, então, um caráter essencialmente relacionado à precaução. Por isso, a mudança de paradigma proposta é inevitável, pois nada adianta todo um aparato legal e judicial para tentar reparar danos irreversíveis.

Além disso, ao se pretender a defesa dos bens ambientais, é preciso considerar diversos fatores, tais como a coexistência de diferentes ecossistemas, sua complexidade e também os riscos de irreparabilidade. Assim, é preciso antever possibilidades de desequilíbrio ecológico e suas consequências, sem apenas esperar que o pior aconteça.

Vislumbra-se, desse modo, a importância do princípio da precaução

para a proteção ambiental, como bem expressa Nardy, em trecho abaixo transcrito:

> Em consequência mesmo do antigo adágio de que "é melhor prevenir do que remediar" (*mieux vaut prevenir que guérir)*, o princípio da precaução sempre assumiu posição central na orientação dos procedimentos destinados a promover a formulação e a implementação de medidas de política ambiental. Segundo esse princípio, os atores que interferem em tais procedimentos devem buscar a completa eliminação das ameaças de degradação do meio ambiente. Em particular, o princípio exige do Poder Público e dos agentes econômicos que atuem aquém de uma faixa de constituição do perigo de dano aos bens, recursos e valores socioambientais.[2]

Nesse sentido, este artigo tem como objetivo uma análise da definição do princípio da precaução, através do estudo de seus elementos característicos, a fim de se traçar o seu perfil atual e demonstrar a sua importância como instrumento para a proteção ambiental.

2. EVOLUÇÃO

O princípio da precaução, um dos mais inovadores e importantes princípios do Direito Ambiental, surgiu na década de 1970. A sua origem data da Lei sobre Produtos Perigosos para o Homem e para o Meio Ambiente, aprovada na Suécia em 1973.

Inobstante, foi no direito alemão que o princípio, conhecido como "Vorsorgeprinzip", ganhou sistematização e maior clareza. No início da década de 1980 a então Alemanha Ocidental enfrentava o problema da chuva ácida sobre as florestas de coníferas, fato que ensejou o governo federal a buscar políticas públicas para evitar ou minimizar os danos ambientais que estavam sendo causados. O "Vorsorgeprinzip" significou, assim, "o reconhecimento de que a responsabilidade pela proteção do meio ambiente envolve a adoção de medidas de prevenção de danos futuros irreversíveis, ainda que inexistam evidências conclusivas

sobre suas causas e sobre a plausibilidade de sua ocorrência"[3].

De acordo com os ensinamentos de Sampaio, a Lei de Proteção das Águas, ao incluir "como tarefa estatal prevenir ou reduzir danos ambientais futuros mesmo na ausência de riscos presentes"[4], lançou a noção da cautela quando houver a incerteza de dano ambiental, questionando o absolutismo científico diante de riscos ambientais.

Acrescenta-se que o princípio também despontou como uma resposta às demandas sociais e ao desenvolvimento do Direito Ambiental, preocupados com as consequências do contínuo desenvolvimento científico e tecnológico, número de desastres ambientais e riscos futuros, associados à ineficácia de ações apenas reparadoras para a proteção do ambiente. Segundo Platiau e Varella:

> Por um lado a sociedade civil tem mais acesso às informações científicas e exige que os riscos sejam controlados pelas autoridades públicas. Por outro lado, a comunidade internacional, formada por atores públicos e privados, mobiliza-se em grandes reuniões multilaterais para discutir a proteção internacional do planeta, resultando no rápido desenvolvimento do direito internacional ambiental"[5].

Dessa forma, a partir do emprego do princípio da precaução na Alemanha, o mesmo foi progressivamente aceito na Europa, tendo sido reconhecido na Conferência Internacional sobre o Mar do Norte (1987), Convenção de Bamako sobre Movimento Transfronteiriço de Rejeitos Perigosos (1991), Convenção de Helsinki sobre o Mar Báltico (1992), e Convenção de Helsinki sobre Águas Transfronteiriças (1992)[6].

Nesse contexto, em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, o princípio da precaução foi consagrado através do princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, passando, a partir de então, a ser citado em grande número de documentos relacionados ao ambiente.

Dentre os vários textos de grande relevância para a afirmação do princípio da precaução, podemos citar a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas (1992), a Convenção-Quadro sobre a Diversidade Biológica (1992), Convenção de Paris para a Proteção do Meio Marinho

do Atlântico Nordeste (1992), a Carta Europeia de Energia (1994), Protocolo de Biossegurança (2000), Tratado da Comunidade Econômica Europeia (artigo 174.2, título XVI, parte III) e as Emendas de Londres ao Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Provocam a Depleção da Camada de Ozônio.

3. DEFINIÇÃO

A palavra precaução deriva do latim *precautio-onis* e significa "medida antecipada que visa prevenir um mal", cautela, cuidado[7]. Na língua inglesa traduz-se na palavra "precaution", com a seguinte significação: "something you do in order to prevent something dangerous or unpleasant from happening[8]". Em francês trata-se da "précaution: action de prendre garde. Disposition prise par prévoyance pour éviter un mal. Circonspection, ménagement, prudence[9]". E no espanhol "precaución: reserva, cautela para evitar o prevenir los inconvenientes, dificultades o danos que pueden temerse[10]".

No entendimento de Treich e Gremaq, a precaução, a fim de proteger o meio ambiente, assume um caráter de questionamento, de cautela quanto ao risco e à incerteza decorrentes da falta de informação presente sobre o perigo, como expõem:

> O mundo da precaução é um mundo onde há a interrogação, onde os saberes são colocados em questão. No mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo. A precaução visa a gerir a espera da informação. Ela nasce da diferença temporal entre a necessidade imediata de ação e o momento em que nossos conhecimentos científicos vão modificar-se.[11]

Há, portanto, na raiz da precaução um paradoxal rompimento quanto à adoção absoluta do conhecimento científico, quando este ainda não encontrou resposta sobre os riscos de eventual ação e, ao mesmo tempo, a necessidade de contínuos estudos e pesquisas científicas que elucidem as informações necessárias à proteção ambiental.

A criação de políticas públicas voltadas para a precaução, tal qual ocorreu na Alemanha Ocidental no início dos anos 1980, ao se enfrentar o problema das chuvas ácidas, significou um novo enfoque quanto à visão da certeza/incerteza científica diante do risco ambiental, como pode ser verificado no trecho de Sampaio abaixo transcrito:

> Significava dizer que a verdade da ciência deveria ser posta entre parênteses antes de justificar uma determinada atividade humana que pudesse causar dano ao ambiente, pois seus prognósticos poderiam ser provisórios e mesmo incorretos. E poderiam nem existir. Vinha ao mundo a "prudência da espera" ou a cautela decisória diante da incerteza do dano ambiental – a precaução.[12]

Por outro lado, o princípio da precaução trouxe como elemento inovador o tempo de uma ação jurídica[13]. Isto significa agir previamente à execução de atividade potencialmente degradadora do meio ambiente, antecipando-se a ação jurídica do âmbito da reparação para a precaução. Trata-se de evitar a omissão consistente em esperar que a ação danosa ocorra para agir somente depois da sua verificação concreta. Através da aplicação do princípio da precaução, ao contrário, o trabalho é voltado para a supressão ou mitigação do risco que venha a causar a degradação ao meio. Há, portanto, uma inversão do processo decisório, o qual passa a ser direcionado a partir da cautela, gerindo-se o tempo de espera entre a ação presente e o progresso científico.

Explica Sampaio que o "caráter semanticamente aberto do princípio da precaução tem possibilitado diversas interpretações que, *grosso modo*, podem ser resumidas em duas grandes concepções: uma forte, outra fraca"[14] (itálicos no original). Ambas trabalham com a incerteza quanto ao risco de degradação decorrente de atividades humanas e a adoção de medidas de proteção ambiental, medidas essas que assumem visões diferentes entre si.

Segundo a concepção forte, apoiada na visão biocêntrica, para a liberação de uma nova tecnologia, é necessário que não haja risco de dano além do previsto, comprovado mediante prova absolutamente segura. Cita-se como exemplo a Carta Mundial sobre a Natureza de

1982, que estabelece: "sempre que efeitos potenciais adversos não forem plenamente conhecidos, as atividades não podem ocorrer"[15].

A concepção fraca, a seu turno, tem como orientação assegurar o menor risco da atividade humana. Busca, portanto, adaptar a proteção do meio ambiente ao desenvolvimento econômico de forma a encontrar o benefício global. Para tanto, em geral, parte de uma "ética ambiental antropocêntrica responsável"[16]. É a corrente majoritária entre os teóricos. De acordo com esta concepção, procura-se analisar o custo-benefício das atividades que envolvam riscos de difícil quantificação, bem como alterações legislativas quanto à responsabilidade civil e à prova.

3.1. PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO

Existe na doutrina uma divergência acerca da distinção entre o princípio da precaução e o princípio da prevenção. Segundo Krämer, "os juristas alemães tendem a considerar que os princípios de prevenção e de precaução não formam mais do que um grande princípio, enquanto a Escola anglo-saxônica prefere fazer a distinção entre os dois"[17].

Para aqueles que distinguem os dois princípios, como Machado, para a prevenção é preciso existir informação organizada e pesquisa[18], enquanto que a precaução tem um "significado mais específico, querendo fornecer indicação sobre as decisões a tomar nos casos em que os efeitos sobre o meio ambiente de uma determinada atividade não sejam ainda plenamente conhecidos sob o plano científico"[19].

Nesse sentido, Antunes distingue os dois princípios da seguinte forma:

> A prevenção se aplica a impactos ambientais já conhecidos, informando tanto o estudo de impacto e o licenciamento ambientais; enquanto a precaução diz respeito a reflexos ao ambiente ainda não conhecidos cientificamente[20].

Platiau e Varella, que também distinguem os princípios, informam que diante das contínuas agressões ao meio ambiente tornou-se necessária a utilização de um novo instrumento que permitisse antecipar os riscos

mesmo nos casos de incerteza científica, sem mais esperar que um dano ocorresse para só então agir. Assim expõem:

> Foi nesse contexto evolutivo que o princípio da precaução começou a tomar forma, notadamente a partir da insuficiência jurídica do princípio de prevenção. Em outros termos, percebeu-se que a reparação não era suficiente para proteger o meio ambiente, por isso o princípio da precaução veio completar a lacuna que o princípio da prevenção deixou[21].

Ao contrário, Fiorillo[22] e Milaré não distinguem os dois princípios. Entende Milaré que o princípio da prevenção, por seu caráter genérico, engloba a precaução, que tem caráter possivelmente específico[23]. Outros doutrinadores sustentam que a prevenção é um meio de aplicação do princípio da precaução[24].

Apesar da divergência doutrinária apontada, defende-se a corrente que entende que a precaução precede à prevenção, pois enquanto aquela pretende evitar os riscos ambientais, esta se refere apenas os danos ambientais[25], ou seja, enquanto a precaução, que desconhece o risco, não negocia na incerteza dos danos ambientais, a prevenção, por já conhecer as consequências envolvidas, negocia quanto aos danos, adotando medidas para preveni-lo, mitigá-lo ou compensá-lo.

Inobstante diferenciação existente, os dois princípios são essencialmente complementares para a efetiva proteção ambiental. E como bem expressa Sampaio: "o esforço de distinção é louvável não fosse a necessária interrelação e a forma complementar de ambos os princípios"[26]. Marcada, está, portanto, a importância basilar para o Direito Ambiental tanto do princípio da prevenção, quanto da precaução, independentemente de como as correntes doutrinárias os interpretem.

3.2 CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

A título de compreensão do princípio da precaução, utilizar-se-á como base de análise o texto do artigo 15 da Declaração do Rio de

Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, por se tratar da sua forma mais conhecida e empregada[27]. Versa o referido artigo:

> De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental[28].

A partir dessa definição, destaca-se como características do princípio da precaução: a incerteza presente na ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a possibilidade de cautela diante da incerteza científica, mudança temporal da ação, observância universal do princípio, proporcionalidade de atuação dos Estados. Há ainda outra característica que, apesar de não estar expressa na citada definição do princípio da precaução, merece destaque, diante da sua importância. Trata-se da questão do ônus probatório.

Passar-se-á agora a descrever essas características a fim de identificar os principais aspectos que envolvem o princípio da precaução.

3.2.1 DANOS SÉRIOS OU IRREVERSÍVEIS

Primeiramente, é importante pontuar a forma como nos posicionamos em relação ao risco. Segundo a Teoria de Ulrick Beck vive-se em uma "sociedade de risco"[29]. Isto significa que a sociedade tolera alguns danos. Explica Leite que "diuturnamente danos ocorrem e o homem não consegue se dar conta de que eles existem. Subjugou-se como um todo a segurança do planeta"[30]. Expõe também que o homem consegue visualizar apenas riscos concretos, mas não os riscos abstratos, os quais estão acima da sua racionalidade[31].

Diante, então, da contínua geração de riscos ambientais que a humanidade provoca, a precaução surge como um meio para gerenciar os riscos envolvidos, em especial aqueles cuja falta de conhecimento presente leva a uma incerteza sobre suas consequências futuras.

Com vistas, assim, a caracterizar os aspectos que envolvem o princípio da precaução, o princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, bem como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima e outras declarações e tratados estabeleceram como um dos parâmetros para determinação das circunstâncias que tornam obrigatória a aplicação da precaução a gravidade do dano envolvido, delimitando que deve haver uma ameaça de danos sérios ou irreversíveis.

A atuação das políticas públicas e ações humanas na aplicação do princípio da precaução passaram, dessa maneira, a ser fixadas a partir da gravidade do dano em questão, considerando-se como irreversibilidade a impossibilidade do meio de retornar ao seu estado anterior.

Controvertida, entretanto, é o entendimento acerca da definição de gravidade do dano. Para alguns doutrinadores a aplicação prática do princípio torna-se difícil em razão disso, podendo variar caso a caso. Sampaio explica que essa dificuldade decorre da noção de risco sofrer variações nas diversas culturas e inclusive dentro de um mesmo cenário cultural[32]. Wold também concorda quanto à problemática decorrente das diferenças culturais na percepção de riscos ambientais[33].

Em contrapartida, o próprio Wold defende que os "contornos da noção de impacto ambiental significativo já se encontram perfeitamente delineados nos processos de adoção de medidas de política ambiental, oferecendo um critério de avaliação suficiente para que os tribunais possam aplicar o princípio da precaução"[34]. Baseia sua afirmação no fato de que a maioria dos países utiliza o estudo de impacto ambiental (EIA) como instrumento de aferição antecipada dos riscos envolvidos em empreendimentos que interfiram no meio ambiente.

3.2.2 INCERTEZA CIENTÍFICA

Uma outra característica do princípio da precaução traduz-se no entendimento de que a ausência de absoluta certeza científica não pode justificar adiamento de medidas para evitar a degradação ambiental. Este parâmetro definido para a utilização do princípio da precaução nos casos concretos fundamenta-se na ideia de que a incerteza do conhecimento científico sobre o perigo ou mesmo a falta de consenso científico sobre os riscos envolvidos nas atividades humanas não podem justificar omissões quanto à proteção do meio ambiente.

Como reflexo desse posicionamento introduzido pelo princípio da precaução na defesa ambiental, a "ação positiva com vistas a proteger o meio ambiente pode ser requerida sem que provas científicas do dano tenham sido apresentadas"[35].

A partir disso, como bem explica Sampaio, o sentido da racionalidade moderna, baseado no desenvolvimento das técnicas de domínio da natureza, foi questionado[36] em prol da precaução contra danos ambientais. Assim, aplica-se o princípio diante da incerteza, responsabilizando-se a sociedade inclusive sobre o que desconhece e deveria ser prudente em relação aos efeitos.

Segundo Machado, a grande inovação do princípio da precaução foi justamente a possibilidade de se agir prevenindo mesmo diante da incerteza. Pontua que "a dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção"[37].

Nardy explica que a pesquisa científica possui um papel de suma importância na identificação das ameaças ou riscos ambientais, mas também acrescenta que, mesmo quando não sejam encontradas evidências causais conclusivas, deve-se agir prevenindo[38].

Da mesma forma, Varella e Platiau afirmam que o papel da comunidade científica foi valorizado a partir do princípio da precaução, visto que a ela incumbe o fornecimento de "dados e provas para que o princípio da prevenção não seja o único instrumento jurídico de antecipação de danos ambientais"[39].

Asseveram ainda os mesmos autores que um dos principais efeitos do princípio da precaução foi "reduzir a importância da certeza científica como fator inibidor de novas legislações para, ao mesmo tempo, aumentar a responsabilidade de autoridades públicas e atores privados quanto à avaliação de impactos ambientais"[40].

Destaca-se que o debate ainda persiste quanto ao grau de incerteza científica necessário para a adoção de medidas de precaução. Por isso, a questão relacionada à quantidade necessária de informações para a tomada de decisões sobre a aplicação do princípio continua em aberto[41].

Apesar disso, ressalta-se que no momento de ponderação entre o grau de ameaça de dano e o grau de incerteza científica presentes no caso concreto, quando o dano é considerado muito grave, percebe-se um relaxamento nas exigências de plausibilidade da ocorrência, enquanto

nas situações em que a ameaça não é considerada grave, há um aumento do grau de exigência de certeza científica para ensejar a obrigatoriedade de medidas de precaução[42].

3.2.3 MUDANÇA TEMPORAL DA AÇÃO

A ação privilegiada até a inserção do princípio da precaução no ordenamento internacional era a reparatória. O foco estava em se atuar após a verificação do dano. No entanto, o princípio da precaução, inversamente, exige uma atuação prévia, baseada na cautela, com o objetivo de evitar o dano. Como decorrência, ações para prevenir a destruição ambiental não devem ser postergadas.

Medidas eficazes em relação ao tempo de atuação passaram, então, a ser exigidas. Pois do contrário, por exemplo, qual seria a eficácia de uma ação para reparar o hábitat dos micos leões dourados quando a espécie já estivesse extinta? O tempo não permitiria mais a medida. O passado teria vencido a ação presente. Por isso, as atitudes de hoje devem estar voltadas para o futuro, porque muitas vezes ações postergadas podem ser ineficazes para a proteção dos bens ambientais. O meio ambiente necessita, portanto, de políticas públicas e ações imediatas para garantir a sua sobrevivência.

A precaução atua, assim, como um meio de gestão da espera da informação necessária para se conhecer quais os reais riscos envolvidos nos empreendimentos humanos, garantindo a ação presente, em tempo oportuno, a proteção ambiental e da saúde humana, enquanto o conhecimento científico se desenvolve. Desse modo, entende-se que *in dubio pro natura*, ou seja, na dúvida diante da incerteza, deve-se agir em favor da natureza, evitando-se ações precipitadas e esperando-se, consequentemente, para agir no tempo certo. Elucida Ulrick Beck:

> (. . .) Do outro lado, a verdadeira força social do argumento do risco reside justamente nos perigos que se projetam para o futuro. *Na sociedade de risco, o passado perde sua função determinante para o presente. É o futuro que vem substituí-lo e é, então, alguma coisa de inexistente, de construído, que se torna a 'causa' da experiência e da ação no presente*" [43]. (Grifou-se).

3.2.4 OBSERVÂNCIA UNIVERSAL DO PRINCÍPIO

A obrigatoriedade conjunta de todos os países do planeta Terra em preservar o meio ambiente decorre da sua própria natureza intrínseca, visto que não há como se desmembrar os bens ambientais, dando-lhes fronteiras, pois a sua sobrevivência depende de um sistema global.

Danos ambientais podem provocar efeitos em todo o planeta, independentemente de onde sejam produzidos. A emissão de poluentes ao ar atmosférico, onde quer que ocorra, por exemplo, gera alterações climáticas que serão sentidas globalmente. Da mesma forma, a degradação da Floresta Amazônica causa danos ambientais de dimensões transfronteiriças, atravessando os seus próprios limites territoriais.

Por essa razão, medidas eficazes para a preservação ambiental dependem de uma observância universal do princípio da precaução, sem exceção, pois todos os países habitam o mesmo planeta e dependem da mesma fonte de vida.

3.2.5 PROPORCIONALIDADE DE ATUAÇÃO DOS ESTADOS

Como expõe o princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento "medidas eficazes e economicamente viáveis" devem ser adotadas para a proteção ambiental.

A partir disso, reconhecem-se tanto a obrigatoriedade da aplicação de medidas eficazes para prevenir ou mitigar possíveis impactos negativos ao meio ambiente, quanto à proporcionalidade da atuação dos Estados, decorrente de suas capacidades, expressas através dos custos envolvidos e da viabilidade econômica de cada país, região ou local para a sua implementação.

Consequentemente, "as medidas adequadas podem variar conforme estejam sendo adotadas por um país desenvolvido ou por um país em desenvolvimento, ajustando-se aos respectivos contextos socioeconômicos"[44].

De acordo com afirmação de Wold, os tribunais já se encontram aptos a adotar o parâmetro relacionado à capacidade dos Estados, o que pode ser demonstrado pelas decisões já proferidas em diferentes países. Cita como exemplos um caso na Austrália, segundo o qual se decidiu

pela alteração do traçado de uma rodovia para evitar a interferência no hábitat de uma espécie de sapo ameaçada de extinção, enquanto numa questão no Paquistão, referente à insuficiência de estudos sobre a viabilidade ambiental da construção de uma linha de transmissão de alta voltagem, optou-se pela formação de uma comissão para avaliar melhor a dimensão dos riscos à saúde humana como medida de atuação prévia à autorização da implantação da linha[45].

3.2.6 ÔNUS PROBATÓRIO

De acordo com este aspecto do princípio da precaução, o interessado em realizar um empreendimento que provoque riscos de degradação ambiental deve provar que a sua atividade não causará ameaças ao bem ambiental. Estabelece-se, assim, uma distribuição do ônus da prova.

Não se trata, especificamente, de uma inversão do ônus probatório, a despeito desta nomenclatura ser muito utilizada, vez que o ônus incumbido ao potencial poluidor é prévio à sua ação, devendo ser feito como pré-requisito para a implantação da atividade. A distribuição do ônus da prova do risco ambiental assume, portanto, um caráter material, baseada em uma atitude em prol da natureza e da sociedade diante da dúvida.

Nesse sentido, aquele que pretende se beneficiar de uma ação prejudicando a uma maioria deve arcar com o ônus antecipado de demonstrar a viabilidade ambiental de seu empreendimento.

Instrumentos como o estudo de impacto ambiental para a autorização de uma obra ou atividade que apresente riscos ambientais, exigido em países como o Brasil e a Austrália, bem como o procedimento de justificação prévia, existente nos EUA[46], constituem exemplos de medidas que preconizam a precaução através da inversão do ônus probatório.

4. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O artigo 4º, em seus incisos I e IV, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), traça como objetivos da política nacional do meio ambiente a compatibilização do desenvolvimento econômico-

social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, bem como o desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais. Da mesma maneira, seu artigo 9º, III, destacou como instrumento dessa política a avaliação de impactos ambientais. Inseriu-se, dessa forma, a prevenção no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 1986, a fim de definir as diretrizes gerais para a avaliação de impactos ambientais, editou-se a Resolução 1/86 do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), a qual estabeleceu em seu art. 6º, II, o seguinte:

> Art. 6º O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:
> (. . .)
> II – análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição do ônus e benefícios sociais.

Igualmente, a Constituição Federal de 1988, no art. 225, *caput*, definiu como direito de todos o "meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o *dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*" (grifou-se). Estabeleceu, assim, tanto o direito como o dever de usufruir e preservar o meio ambiente.

Além disso, a Constituição Federal, através do art. 225, § 1º, determinou diversas e fundamentais formas, sob a responsabilidade do Poder Público, de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre as quais se destaca a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental (inciso

IV). Nesse sentido, ressalta Machado que "a palavra potencialmente abrange não só o dano de que não se duvida, como o dano incerto e o dano provável"[47].

Outrossim, o art. 225, § 1º, da Constituição Federal, incumbiu ainda ao Poder Público proteger a fauna e a flora, vedando práticas que coloquem em risco sua função ecológica (inciso VII), assim como controlar a produção comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (inciso V). Assevera-se, portanto, o valor dado pelo legislador constitucional para a necessidade de cautela quanto aos riscos de danos ao meio ambiente e à saúde humana.

Através da ratificação pelo Poder Legislativo, entrada em vigor e posterior promulgação pelo Brasil da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima[48] e da Convenção da Diversidade Biológica[49], o princípio da precaução foi definitivamente incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalta-se também que o Brasil aderiu à Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e que, "embora não mandatórios, os princípios emanados da Declaração do Rio de 1992 sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, são, segundo Trindade (apud Mirra, 2001), juridicamente relevantes e não podem ser ignorados pelos países na ordem internacional, nem pelos legisladores, pelos administradores públicos e pelos tribunais na ordem interna. Assim, o princípio da precaução é um dos princípios gerais do direito ambiental brasileiro, integrante do nosso ordenamento jurídico"[50].

A Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) também adota o princípio da precaução, dispondo de forma expressa em seu artigo 54, § 3º, que "incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível".

Da mesma forma, a jurisprudência nacional tem afirmado o princípio da precaução em diversas decisões, como pode ser vislumbrado através das ementas abaixo transcritas:

> Agravo de instrumento. Ação civil pública. Liminar para cessação de atividade nociva ao meio ambiente. Liminar impondo prazo a empresa

de fabricação de rações animais para cessação de atividade poluente, sob pena de multa diária, arrimada em veementes elementos de convicção coletados em inquérito civil público. Decisão que se justifica cabalmente, tanto pelos fatos nela considerados, quanto pelo direito aplicável (art. 12 da Lei 7.347/85). Prevalência do princípio da precaução, dada a frequente irreparabilidade do dano ambiental. Agravo desprovido[51].

Embargos de declaração – pedido para ser agregado efeito infringente ao recurso – inexistência no caso concreto de situação excepcional que permita a pretendida substituição da decisão por outra que acolha as teses da embargante – omissões apontadas que não se ostentam – acórdão que, aplicando o princípio da precaução, entendeu como imprescindível a dilação probatória com ampla discussão entre as partes, impedindo a pretendida demolição de prédios definidos como de valor cultural e histórico, em fundamentação suficiente para a solução da lide. Embargos desacolhidos[52].

Embargos infringentes. Administrativo. Ação civil pública. Construção de hotel. Promontório. Área de preservação permanente. Estudo de impacto ambiental. Imprescindibilidade. Demolição da obra. Licenças indevidas. Boa-fé.

- A necessidade do estudo de impacto ambiental não é indispensável, ao revés, sua imprescindibilidade é marcante. Na hipótese, evidente a precariedade das licenças concedidas, diante da necessidade do estudo prévio de impacto ambiental na área em questão.

- O fato de que dispensado tal estudo em razão de que implantada grama na área aplainada de solo argilo-arenoso, descaracterizada a vegetação remanescente por ocupações anteriores, bem como porque na frente do terreno foi construído aterro hidráulico por obra do Poder Público, além

> da estrada que liga Porto Belo a Bombinhas, não afastam a necessidade de tal estudo e nem tampouco motivam a dispensa efetivada pela FATMA.
>
> - O ora embargante procedeu ao início das obras amparado em licenças fornecidas por órgão estadual e municipal, firme e convicto na legalidade e na veracidade de tais documentos públicos; dispendeu recursos financeiros e esforços no sentido de concretizar empreendimento hoteleiro de sua titularidade, agindo de boa-fé, descabido, pois, que, julgada indevida a licença, arque com custos inerentes à demolição daquilo que construído, repito, após a obtenção das autorizações havidas à época pertinentes e suficientes[53].

No Superior Tribunal de Justiça também há o reconhecimento do princípio da precaução em diversos julgamentos. Pacificou-se o entendimento da inversão do ônus probatório nas ações por danos ambientais nas quais cabe a aplicação do princípio da precaução[54]. Vale destacar o julgamento paradigmático da Segunda Turma do STJ, proferido em 25 de agosto de 2009 e relatado pela Ministra Eliana Calmon, cuja ementa transcreve-se a seguir:

> PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.
>
> 1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.

> 2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.
> 3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.
> 4. Recurso especial parcialmente provido.[55]

Para o Ministro Herman Benjamin, o princípio da precaução inicia uma nova fase para o Direito Ambiental, no qual "já não cabe aos titulares de direitos ambientais provar efeitos negativos (ofensividade) de empreendimentos levados à apreciação do Poder Público ou do Poder Judiciário, como é o caso dos instrumentos filiados ao regime de simples prevenção (exemplo: estudo de impacto ambiental). Impõe-se, agora, aos degradadores potenciais, o ônus de corroborar a inofensividade de sua atividade proposta, principalmente naqueles casos nos quais eventual dano possa ser irreversível, de difícil reversibilidade ou de larga escala".[56]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da precaução surgiu como uma forma de encontrar um meio de gestão dos riscos que possam causar a degradação ambiental ou afetar a saúde humana. Sua aplicação deve ocorrer em casos de incerteza científica quando exista a possibilidade da ocorrência de danos ambientais graves.

Diante, portanto, da "cultura do risco"[57] na qual vive a sociedade contemporânea, em que a precipitação e a indiferença em relação à criação de ameaças a bens alheios, públicos, tais quais os bens ambientais, acontecem diuturnamente, seja através de atitudes individualmente consideradas, seja através da ação de grandes empresas ou do governo, convém a reflexão sobre até quando se continuará assim. Significa

dizer: até quando se arriscará a existência da espécie humana e do planeta em favor de valores baseados no consumo desmedido presente na atualidade?

Resta como alternativa uma mudança de comportamento fundada em um questionamento constante quanto às necessidades efetivas para a vida. O que é realmente importante? Quantos têm essa necessidade? O que define a imprescindibilidade? É preciso, por exemplo, esperar anos para descobrir os efeitos que alimentos geneticamente modificados ou as radiações eletromagnéticas produzidas por aparelhos celulares causam à saúde humana? É preciso aguardar que o clima do planeta seja bastante alterado para somente depois tentar agir?

Propõe Sampaio que a lógica do risco deve ser invertida. Expressa:

> Mas antes mesmo de se aventar sobre as possibilidades dos riscos, deve-se indagar sobre a *necessidade* efetiva da atividade. "É, de fato, necessária"? Propostas alternativas são o passo seguinte. Certo que também aqui ronda uma grande imprecisão. "Necessária para quem"? "O que é necessário"? O entorno de um parque nacional preservado e imune à ocupação é mais necessário do que um entorno explorado por redes hoteleiras? A resposta não é fácil. A definição da necessidade passa necessariamente por uma construção intersubjetiva e por uma justa adequação dos interesses envolvidos. *O que não se pode é partir do risco para avaliar a viabilidade socioambiental de um empreendimento. Como acentua Derani, a base da precaução é a necessidade, por mais tormentosa que seja sua identificação*[58]. (Grifou-se).

Nesse mesmo entendimento, asseverando a finalidade de determinada atividade como premissa para a utilização do princípio da precaução, expõe Winter, apoiado por Machado:

> A participação do Poder Público não se direcionaria exatamente à identificação e posterior afastamento dos riscos de determinada atividade. À pergunta 'causaria *A* um dano?' seria

> contraposta a indagação 'precisamos de *A*?'. Não é o risco, cuja identificação torna-se escorregadia no campo político e técnico-científico, causado por uma atividade que deve provocar alterações no desenvolvimento linear da atividade econômica. Porém, o esclarecimento da razão final do que se produz seria o ponto de partida de uma política que tenha em vista o bem-estar de uma comunidade. No questionamento sobre a própria razão de existir de uma determinada atividade colocar-se-ia o início da prática do princípio da precaução[59].

Por outro lado, não se trata de advogar uma política de risco zero, mas apenas de se dar a "devida importância à proteção da saúde pública e do meio ambiente sempre que o número de informação científica disponível for insuficiente para uma segura tomada de decisão"[60]. Assim, sua aplicação não visa imobilizar as atividades humanas, mas sim proporcionar "a durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta"[61].

Destarte, em discussão acerca da utilização da prudência e do princípio da proporcionalidade no confronto entre os princípios do Direito Ambiental e tantos outros existentes, complementa Baggio: "Para isso, entretanto, é necessário que haja uma mudança radical na postura dos operadores do dirieto (*sic*), o que ainda vai demorar um tempo p/ acontecer. Só vamos ter operadores do direito em condições de tratar as questões ambientais com prudência quando estiverem conscientes da finitude dos recursos naturais, da irreversibilidade de algumas intervenções humanas, da indisponibilidade de alguns recursos já nos dias atuais, etc[62]".

Enfim, independentemente do que conhecemos hoje, o meio ambiente deve ser protegido, por isso a cautela deve ser observada mesmo diante das incertezas.

Retoma-se, por fim, a mudança de paradigma proposta inicialmente para se ponderar, a partir da prudência e da cautela, quais as nossas reais necessidades e interesses envolvidos diante das incertezas que podem gerar danos potenciais ao meio ambiente e à saúde humana, de modo a redirecionar a perspectiva comportamental da sociedade e

jurídica para um direito precavido, em busca de uma racional e efetiva compatibilização entre um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a sadia qualidade de vida e o desenvolvimento econômico e social sustentável para o planeta Terra.

Notas

[1] SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 43.
[2] NARDY, Afrânio. Uma leitura transdisciplinar do princípio da precaução. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 173.
[3] *Ibidem*, p. 174.
[4] SAMPAIO. *Op.cit.,* p. 59.
[5] VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. O Princípio da Precaução e sua Aplicação Comparada nos Regimes da Diversidade Biológica e de Mudanças Climáticas. *Revista de direitos difusos*, São Paulo, ano 2, vol. 12, p. 1587-1596, abril/2002, p. 1588.
[6] *Ibidem*, 2002, p. 1589-1590.
[7] HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.
[8] *Longman dictionary of contemporary english*. Suffolk: Longman, 1995, p. 1106. Significa algo que você faz para prevenir alguma coisa perigosa ou desagradável de acontecer.
[9] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 57.
[10] *Ibidem.*
[11] TREICH e GREMAQ. A*pud* MACHADO. *Op.cit.*, p. 58.
[12] SAMPAIO. *Op.cit.,* p. 59.
[13] VARELLA e PLATIAU. *Op.cit.,* p. 1589.
[14] SAMPAIO. *Op.cit.*, p. 59.
[15] *Ibidem*, p. 60.
[16] *Ibidem*, p. 62.
[17] KRÄMER. A*pud* VARELLA e PLATIAU. *Op.cit.*, p. 1590.
[18] MACHADO. *Op.cit.*, p. 74.
[19] *Ibidem*, p. 59.
[20] ANTUNES. *Apud* SAMPAIO. *Op.cit.*, p. 71.
[21] VARELLA e PLATIAU. *Op.cit.*, p. 1588.
[22] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35.
[23] MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144.
[24] HUNTER, SALZMAN e ZAELKE. *Apud* SAMPAIO. *Op.cit.*, p. 70.
[25] RODRIGUES, Marcelo Abelha *apud* SAMPAIO, 2003, p. 71.
[26] SAMPAIO. *Op.cit.*, p. 72.
[27] WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de Direito Internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 17.
[28] Texto original em inglês: "In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing

cost-effective measures to prevent environmental degradation". MACHADO. *Op.cit.*, p. 57.
[29] BECK. *Apud* LEITE, José Rubens Morato. *Disciplina teoria geral do direito ambiental.* 2004. Curso de Especialização em Direito Ambiental, Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
[30] LEITE, José Rubens Morato. *Disciplina teoria geral do direito ambiental.* 2004. Curso de Especialização em Direito Ambiental, Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
[31] *Ibidem.*
[32] SAMPAIO. *Op.cit.*, p. 65.
[33] WOLD. *Op.cit.*, p. 21.
[34] *Ibidem*, p. 19.
[35] VARELLA e PLATIAU. *Op.cit.*, p. 1589.
[36] SAMPAIO. *Op.cit.,* p. 58.
[37] MACHADO. *Op.cit.*, p. 65.
[38] NARDY. *Op.cit.*, p. 175.
[39] VARELLA e PLATIAU. *Op.cit.*, p. 1589.
[40] *Ibidem.*
[41] WOLD. *Op.cit.*, p. 17.
[42] *Ibidem*, p. 19.
[43] MACHADO. *Op.cit.*, p. 56.
[44] WOLD. *Op.cit.*, p. 20.
[45] *Ibidem.*
[46] "Prior justification procedure". MACHADO. *Op.cit.*, p. 70.
[47] MACHADO. *Op.cit.*, p. 71.
[48] BRASIL. Decreto nº 2.652, de 01 de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 02 jul. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Quadros/1998.htm>. Acesso em: 19 dez. 2004.
[49] BRASIL. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Quadros/1998.htm>. Acesso em: 19 dez. 2004.
[50] ATTANASIO JÚNIOR, Mario Roberto; ATTANASIO, Gabriela Muller Carioba. *Análise do Princípio da Precaução e suas Implicações no Estudo de Impacto Ambiental*. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro/segundo/Papers/GT/GT09/gabriela.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2004, p. 4 e 5.
[51] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Especial Cível. Agravo de instrumento 70004725693. Relator: Des. Eduardo Uhlein, julgado em 25 set. 2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=3>. Acesso em: 20 dez. 2004.
[52] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Especial Cível. Embargos de Declaração 70008099871. Relator: Des. João Carlos Branco Cardoso, julgado em 17 mar. 2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=1>. Acesso em: 20 dez. 2004.
[53] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Segunda Seção. Embargos infringentes. Acórdão 199804010096842. Relator: Des. Luiz Carlos de Castro Lugon, julgado em 10 maio 2004. Disponível em: <http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/Hipertextos/jurisprudencia/juris>. Acesso em: 20 dez. 2004.
[54] SALA DE NOTÍCIAS. Brasília: STJ. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. Inversão do ônus da prova marcou nova racionalidade jurídica nos julgamentos de ações ambientais, notícia publicada em 01 jun. 2010. Disponível em: <
http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97506&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=princ%EDpio%20da%20precau%E7%E3o
>. Acesso em: 10 jul. 2010.
[55] _____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso especial 972.902/RS. Relatora: Min. Eliana Calmon, julgado em 25 ago. 2009, publicado no DJe em 14 set. 2009. Disponível em: <

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=principio+da+precaucao&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4
>. Acesso em: 01 nov. 2009.

[56] SALA DE NOTÍCIAS. Brasília: STJ. Coordenadoria de Editoria e Imprensa Obrigação de provar inocência é de empresa que polui, afirma nova orientação do STJ, notícia publicada em 18 out. 2009. Disponível em: <
http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94257&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=princ%EDpio%20da%20precau%E7%E3o
>. Acesso em: 20 maio 2010.

[57] MACHADO. *Op.cit.*, p 67.

[58] SAMPAIO. *Op.cit.,* p. 63.

[59] WINTER. *Apud* MACHADO. *Op.cit.*, p. 67.

[60] SAMPAIO. *Op.cit.,* p. 63.

[61] MACHADO. *Op.cit.*, p. 56.

[62] BAGGIO, Roberta Camineiro. *Disciplina teoria geral do direito ambiental.* 2004. Mensagem 40 do fórum eletrônico do Curso de Especialização em Direito Ambiental, Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATTANASIO JÚNIOR, Mario Roberto; ATTANASIO, Gabriela Muller Carioba. *Análise do princípio da precaução e suas implicações no estudo de impacto ambiental*. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro/segundo/Papers/GT/GT09/gabriela.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2004.

BAGGIO, Roberta Camineiro. *Disciplina teoria geral do direito ambiental*. 2004. Mensagem 40 do fórum eletrônico do Curso de Especialização em Direito Ambiental, Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

BRASIL. Constituição (1988). *Coletânea de legislação de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Quadros/1998.htm>. Acesso em: 19 dez. 2004.

_____. Decreto nº 2.652, de 01 de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 02 jul. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Quadros/1998.htm>. Acesso em: 19 dez. 2004.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e

aplicação, e dá outras providências. *Coletânea de legislação de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Coletânea de legislação de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente. Dispõe sobre os critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental - RIMA. *Coletânea de legislação de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso especial 972.902/RS. Relatora: Min. Eliana Calmon, julgado em 25 ago. 2009, publicado no DJe em 14 set. 2009. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=principio+da+precaucao&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>. Acesso em: 01 nov. 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Segunda Seção. Embargos infringentes. Acórdão 199804010096842. Relator: Des. Luiz Carlos de Castro Lugon, julgado em 10 maio 2004. Disponível em: <http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/Hipertextos/jurisprudencia/juris>. Acesso em: 20 dez. 2004.

BÜHLER, Gisele Borghi; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. O Direito Ambiental Face à Telefonia Móvel: aplicação concreta do princípio da precaução. *Revista de direitos difusos*, São Paulo, ano 1, vol. 3, p. 303-314, outubro/2000.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. O Princípio da Precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado? São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 16, n. 2, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/spp/v16n2/12111.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Mini Houaiss: dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco

Manoel de Mello. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

LEITE, José Rubens Morato. *Disciplina teoria geral do direito ambiental*. 2004. Curso de Especialização em Direito Ambiental, Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

Longman dictionary of contemporary english. Suffolk: Longman, 1995.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NARDY, Afrânio. Uma leitura transdisciplinar do princípio da precaução. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Santos de; BUDÓ, Marília Denardin. O Princípio da Precaução nas Relações Internacionais: uma análise sobre o confronto entre liberação comercial e proteção ambiental. [S.l.]: Jus Navigandi. Doutrina. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5759>. Acesso em: 20 dez. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Especial Cível. Agravo de instrumento 70004725693. Relator: Des. Eduardo Uhlein, julgado em 25 set. 2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=3>. Acesso em: 20 dez. 2004.

_____. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Especial Cível. Embargos de Declaração 70008099871. Relator: Des. João Carlos Branco Cardoso, julgado em 17 mar. 2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=1>. Acesso em: 20 dez. 2004.

RODRIGUES, Melissa Cachoni; ARANTES, Olívia Márcia Nagy. *Direito ambiental e biotecnologia: uma abordagem sobre os transgênicos sociais*. Curitiba: Juruá, 2004.

SALA DE NOTÍCIAS. Brasília: STJ. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. Inversão do ônus da prova marcou nova racionalidade jurídica nos julgamentos de ações ambientais, notícia publicada em 01 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97506&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=princ%EDpio%20da%20precau%E7%E3o>. Acesso em: 10 jul. 2010.

SALA DE NOTÍCIAS. Brasília: STJ. Coordenadoria de Editoria e Imprensa Obrigação de provar inocência é de empresa que polui, afirma nova orientação do STJ, notícia publicada em 18 out. 2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94257&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=princ%EDpio%20da%20precau%E7%E3o>. Acesso em: 20 maio 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de Direito Internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. O Princípio da Precaução e sua Aplicação Comparada nos Regimes da Diversidade Biológica e de Mudanças Climáticas. *Revista de direitos difusos*. São Paulo, ano 2, vol. 12, p. 1587-1596, abril/2002.

CUMPRIMENTO DA SENTENÇA: O PRAZO DO ARTIGO 475-J, DO CPC

Ulysses Maynard Salgado
Juiz de Direito

RESUMO: Este trabalho pretende examinar a nova disciplina do cumprimento de sentença relativa à obrigação de pagar quantia certa, para estabelecer o termo inicial do prazo para incidência da multa de dez por cento decorrente do não adimplemento espontâneo pelo devedor, imposta pelo art. 475-J do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.232/05. Inicia-se com um breve retrospecto das reformas do Código de Processo Civil e considerações sobre o novo paradigma do processo sincrético para os procedimentos executórios. Feitas considerações iniciais sobre a liquidação de sentença e as formas de execução, promove-se uma análise dos posicionamentos de três correntes na literatura jurídica, bem como demonstra-se a uniformização do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Conclui-se que o termo inicial do prazo é a intimação do devedor, na pessoa do seu advogado, observadas as regras gerais dos arts. 184 e 241, do CPC, e também pela possibilidade de o juiz, de ofício, determinar aquela intimação.

PALAVRAS-CHAVE: Cumprimento de sentença; Art. 475-J do CPC; prazo; termo inicial.

ABSTRACT: This article intends to examine the new discipline about the execution of judicial sentence related to the obligation of a fixed amount payment, in order to establish the initial deadline to the application of a ten percent charge due to a not spontaneous accomplishment of payment by the debtor, imposed by the article 475-J of the Civil Procedural Code, added by the Law 11.232/05. It begins with a short retrospect of the reforms done in the Civil Procedural Code and considerations about the recent paradigm of syncretic procedure to the execution process. Made these first considerations about judicial sentence liquidation and the forms of execution, it promotes an analysis of the

three main positions in the judicial literature, as well as it demonstrates the uniformity of understanding by the Superior Justice Tribunal about the matter. It concludes that the deadline's initial term is the debtor's summons, in the person of his or her lawyer, observed the general rules of the articles 184 and 241, of the Civil Procedural Code, and also the possibility of the judge, on his or her own, determines that summons.

KEYWORDS: Execution of judicial sentence; Article 475-J of the Civil Procedural Code; deadline; initial term.

1. INTRODUÇÃO

A morosidade da prestação jurisdicional e a crise do Poder Judiciário são temas recorrentes em matérias nos meios de comunicação, bem como em estudos científicos.

O crescente número de demandas, a ampliação de acesso à justiça com a criação dos Juizados Especiais, o número insuficiente de magistrados e de funcionários, problemas orçamentários do Poder Judiciário, a lentidão do processo, a formalidade e a complexidade dos procedimentos, a previsão de um vasto sistema recursal são exemplos dos problemas que geram o quadro negativo da Justiça perante a sociedade e os meios de comunicação.

As inovações legislativas têm procurado solucionar o problema da morosidade do processo, principalmente, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, assegurando a razoável duração do processo e os meios adequados que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), bem como a efetividade da prestação jurisdicional com a satisfação do direito tutelado.

Criaram-se mecanismos para acelerar o andamento do feito, seja através de tutelas de urgência, seja com procedimentos diferenciados para determinadas questões. Suprimiram-se artifícios processuais utilizados para protelar o feito. Instituiu-se o processo coletivo, além de se reforçar as conciliações e formas de solução extrajudicial, como a arbitragem.

O presente trabalho objetiva analisar uma das inovações processuais que buscam dar celeridade aos feitos e efetividade ao provimento jurisdicional instituída pela Lei nº 11.232/05, qual seja, o procedimento

executivo para o cumprimento da sentença relativa à obrigação de pagar quantia certa e o prazo de quinze dias para pagamento espontâneo pelo devedor, cuja inobservância acarretará o acréscimo da multa de dez por cento sobre o valor do débito.

A relevância do estudo científico fica evidenciada por se tratar da última alteração quanto ao rito da execução de sentença no Código de Processo Civil, que também promoveu e continua promovendo discussões forenses com teses diferenciadas, em especial, no que diz respeito ao termo inicial do prazo previsto em seu art. 475-J. Aliás, qualifica-se o estudo em virtude de as discussões terem sido objeto de recursos junto aos Tribunais Superiores, havendo decisões divergentes nas turmas do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que somente uniformizou seu entendimento, em votação majoritária, em 07 de abril de 2010, através de sua Corte Especial.

A elaboração deste artigo utilizou os métodos dedutivo e comparativo, além da técnica de pesquisa bibliográfica, dividindo-se em cinco seções.

Após um breve retrospecto das reformas do Código de Processo Civil que trouxe um novo paradigma através do processo sincrético para o procedimento executório, são feitas considerações sobre a liquidação de sentença e as formas de execução.

Ao analisar o atual procedimento para o cumprimento da sentença relativa à obrigação de pagar quantia certa e suas inovações, são apresentados os posicionamentos de três correntes na literatura jurídica e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Enfrentar-se-ão as controvérsias acerca do termo inicial do prazo do art. 475-J do CPC, bem como demonstrar-se-á a uniformização do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

2. REFORMAS PROCESSUAIS

As reformas do Processo Civil brasileiro realizadas nos últimos anos objetivaram criar novos mecanismos para a efetividade processual, associada à maior celeridade, em especial, à satisfação do direito reconhecido judicialmente com a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 deu nova redação ao art. 5º,

LXXVIII, da Constituição Federal, assegurando a razoável duração do processo e os meios adequados que garantam a celeridade de sua tramitação. Esse princípio inovador não se limita apenas ao processo ou à fase de conhecimento, devendo abranger a satisfação do direito reconhecido por sentença judicial para lhe conferir a efetividade necessária à atividade jurisdicional.

O ordenamento jurídico prevê para a execução de títulos judiciais normas específicas a depender do tipo da obrigação: de fazer ou não fazer; de entrega de coisa e de pagar[1]. Todas elas sofreram mudanças nas sucessivas reformas processuais para alcançar os objetivos já citados.

Há que se registrar a experiência com o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), quanto à tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer. Em 1994, a Lei nº 8.952 alterou o art. 461, do CPC, ampliando a disciplina do rito executório próprio das obrigações de fazer ou não fazer. Em 2002, a Lei nº 10.444 acrescentou o art. 461-A, versando sobre a realização concreta do título executivo de obrigação de entrega de coisa[2] que não seja dinheiro[3].

As mencionadas inovações legislativas simplificaram o procedimento para a execução das sentenças que determinam obrigação de fazer ou não fazer, bem como de entrega de coisa, denominada aquela sentença de mandamental e esta de executiva *lato sensu*[4], a exemplo do que já ocorria com mandado de segurança e ações possessórias e despejo[5].

Em 2005, a Lei nº 11.232 manteve inalteradas as regras próprias daquelas execuções de títulos judiciais (art. 461 e 461-A, do CPC), segundo previsão expressa do art. 475-I, do CPC. Por outro lado, a mesma lei promoveu significativa reforma do cumprimento da sentença quanto à obrigação de pagar quantia certa, com a realocação de seus dispositivos no CPC, a mudança conceitual de seus institutos e alterando algumas de suas expressões, estabelecendo-se um novo paradigma procedimental[6].

Percebe-se que, embora persistam as regras específicas para a execução de cada tipo de obrigação, as gradativas mudanças trouxeram uma característica comum, a saber, o processo sincrético, antes restrito às execuções por desapossamento e transformação[7].

3. PROCESSO SINCRÉTICO

A busca do legislador reformista pela efetividade, satisfação concreta do direito reconhecido e simplificação dos ritos impôs uma mudança de paradigma da tutela jurisdicional executiva, abandonando o princípio da autonomia para adotar o princípio do sincretismo[8].

A literatura jurídica tradicionalmente considerava que a atividade jurisdicional executiva demandava um "processo" autônomo, chamado de "processo de execução", diverso dos demais tipos de "processo", principalmente o "de conhecimento"[9].

O Código de Processo Civil reflete aquele pensamento por estar dividido em livros identificados pelos respectivos processos: I – processo de conhecimento; II – processo de execução; III processo cautelar e IV – procedimentos especiais, sendo o V dedicado às disposições finais e transitórias[10].

O princípio do sincretismo se opõe à ideia do princípio da autonomia, desde quando permite que um só processo realize a atividade de conhecimento e sua execução de forma contínua. As atividades de reconhecimento do direito e de sua realização concreta representam etapas ou fases de um mesmo processo.

Apesar da reconhecida relevância do princípio da autonomia para distinção entre as atividades jurisdicionais cognitiva, voltada ao reconhecimento do direito, e executiva, à realização do direito já declarado judicialmente, o momento atual do Processo Civil brasileiro não permite sua aplicação de forma estrita e rígida. Ao contrário, tornou-se cada vez mais frequente que a atividade jurisdicional de realização do direito ocorra de forma sucessiva e, algumas vezes, simultânea à de seu reconhecimento[11].

As reformas processuais já citadas apontam exatamente nesse sentido, promovendo-se a execução dos títulos judiciais através de um processo sincrético, independentemente da natureza da obrigação reconhecida[12].

Esse novo paradigma ensejou uma série de mudanças para a execução de sentença quanto à obrigação de pagar quantia certa.

A realocação de suas normas para o livro I, do Código de Processo Civil, em seu título VIII, mediante a criação do capítulo X, do cumprimento da sentença, contendo os arts. 475-I a 475-R, evidencia que os atos executórios ocorrerão no mesmo processo de conhecimento

que condenou ao pagamento de quantia. O mesmo ocorreu com o procedimento de liquidação de sentença, acrescentando-se o capítulo IX, com os arts. 475-A a 475-H, por se tratar de incidente processual prévio e indispensável à execução das sentenças que não determinam o valor devido[13].

Não se tratando de outro processo, suprimiu-se a citação e os embargos à execução, comunicando-se o devedor por intimação, que poderá se defender através de impugnação à execução.

Também foram necessárias adequações das expressões utilizadas, como ocorreu no art. 269, do CPC, não mais se tratando de "extinção do processo com julgamento do mérito", mas sim "haverá resolução do mérito"[14], uma vez que o processo continuará na fase de execução após a solução judicial do litígio.

4. O NOVO RITO PARA CUMPRIMENTO DA SENTENÇA POR QUANTIA CERTA

A Lei nº 11.232/05 introduziu um novo modelo para a execução da sentença, denominado cumprimento de sentença, como se observa no capítulo X, do título VIII, do livro I, do Código de Processo Civil.

A nova denominação do capítulo deve ser tratada como sinônima da execução[15], até porque o próprio art. 475-I, do CPC expressamente estabelece que aquele se dará por execução[16].

Diante da necessidade de se analisar o novo rito para o cumprimento da sentença por quantia certa previsto no art. 475-J do CPC e seguintes, importante a transcrição do primeiro dispositivo:

> Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.
> § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o

> seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.
> § 2º Caso o oficial não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.
> § 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.
> § 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.
> § 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, se prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte[17].

Como já foi ressaltado anteriormente, suprimiu-se a citação do devedor, ao tempo em que ficou expressamente estabelecido o prazo para o cumprimento espontâneo da sentença e o acréscimo de dez por cento após seu término. Por isso, essencial que se conheça o termo inicial e a forma de contagem daquele prazo, com breves considerações sobre a liquidação de sentença e as formas de execução.

4.1 LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

Considerando que se trata de obrigação de pagar dinheiro, pressupõe-se a liquidez do valor da obrigação por ter sido determinado na sentença ou mesmo apurado no incidente de liquidação, agora disciplinada nos arts. 475-A a 475-H, do CPC.

Embora tenha havido mudança conceitual da liquidação de sentença, por representar mais uma etapa do processo sincrético, além de topográfica no CPC, com a realocação para o Capítulo IX, do Título VIII, do seu Livro I, foram, de modo geral, mantidas as regras anteriores sobre a matéria[18].

Persiste a possibilidade de o credor promover a execução da parte líquida da sentença simultaneamente à liquidação da ilíquida (art. 475-I, do CPC). Mantiveram-se duas modalidades de liquidação: por

arbitramento e por artigos (arts. 475-C e 475-F, do CPC).

No caso de a apuração do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o próprio credor elaborará a memória discriminada do cálculo, quando do requerimento da execução da sentença (art. 475-B, do CPC), dispensado o incidente de liquidação.

4.2 EXECUÇÃO DEFINITIVA E PROVISÓRIA

Assim como ocorreu com a liquidação de sentença, embora tenha havido alteração topográfica para o art. 475-I do CPC e mudança da redação da norma, continua a lógica de que a execução de sentença é definitiva quando esta é eficaz, não mais se sujeitando a recursos ordinários ou extraordinários (art. 467, do CPC).

Em contrapartida, será provisória a execução quando a sentença for impugnada por recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

O presente trabalho adota o posicionamento de somente ser possível a imposição da multa do art. 475-J, do CPC na execução definitiva[19]. Sua imposição na execução provisória comprometeria o princípio constitucional do devido processo legal[20], diante a incompatibilidade entre a satisfação do direito estimulada pela exclusão da multa e o exercício regular a via recursal. Por isso, a abordagem dos próximos tópicos será feita em relação à execução definitiva.

4.3 O PRAZO PARA INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC

Uma das principais novidades no rito do cumprimento da sentença transitada em julgado é a previsão expressa do prazo de quinze dias para que o devedor promova o pagamento espontâneo do débito.

Naturalmente, as novidades são objeto de análise de diversos estudos científicos e de discussões forenses, responsáveis pelo surgimento de correntes divergentes sobre o tema. Não foi diferente com o termo inicial daquele prazo de quinze dias, desde quando o art. 475-J do CPC não o identificou de forma direta e clara.

A discussão se qualifica ainda mais porque a inobservância do prazo acarreta o acréscimo de dez por cento sobre o débito. Consequentemente, surgiram as primeiras controvérsias entre os autores. Nos tribunais, houve

divergência até mesmo no STJ, cujo posicionamento foi recentemente uniformizado, em votação majoritária, em 07 de abril de 2010, através de sua Corte Especial[21].

4.3.1 CONTROVÉRSIAS NA LITERATURA JURÍDICA

Necessário expor os argumentos dos autores acerca do tema, que se repetiram nos tribunais e repercutiram no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, para concluir qual o procedimento adequado aos princípios do direito processual civil.

As interpretações verificadas na literatura jurídica podem ser condensadas em três correntes.

A primeira defende a imprescindibilidade de intimação pessoal do devedor para pagar o valor da condenação[22]. A segunda entende suficiente a intimação do advogado do devedor[23]. A terceira sustenta que o prazo corre automaticamente com o trânsito em julgado, independentemente de qualquer tipo de intimação[24].

Há também variações da primeira e da segunda correntes, ao discutir sobre a imprescindibilidade de requerimento do credor e ainda com a juntada da memória do cálculo do débito para que haja a intimação capaz de iniciar a fluência daquele prazo.

Segundo Alexandre Freitas Câmara, tornando-se eficaz a sentença com seu trânsito em julgado, necessária a intimação pessoal do devedor para, no prazo de quinze dias, pagar o valor da condenação, conforme se vê no seguinte trecho:

> **Esta intimação é exigida para que corra o prazo por força do disposto no art. 240 do CPC**, segundo o qual os prazos, salvo disposição em contrário, correm da intimação. **Não havendo no art. 475-J do CPC a indicação de um termo inicial para o prazo de quinze dias, é imperioso que se aplique a regra geral**, por força da qual os prazos correm a partir da intimação. Além disso, é de se considerar que a intimação far-se-á pessoalmente ao devedor em razão do próprio conceito de intimação, estabelecido pelo art. 234 do CPC. Segundo

> esse dispositivo, a intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa. É evidente, pois, que o destinatário da intimação é aquele de quem se espera um determinado comportamento processual. No caso, **o comportamento esperado (pagar o valor da condenação) é da parte, e não de seu advogado**, razão pela qual é aquela, e não a este, que se deve dirigir a intimação. O não-pagamento no prazo de quinze dias implicará a incidência de multa de dez por cento sobre o valor da condenação (aí incluídos o principal e eventuais acessórios, como despesas processuais e honorários advocatícios)[25] (grifou-se).

Marcelo Abelha Rodrigues comunga do mesmo posicionamento, inclusive, cita o autor acima no que diz respeito ao ato processual ser destinado exclusivamente à parte. Outrossim, acrescenta uma justificativa de ordem prática:

> Assim, primeiro, é preciso de intimação, porque não seria sensato admitir que a parte tivesse de acompanhar o exato momento de eficácia da decisão condenatória, bastando imaginar a confusão que seria se o prazo fluísse imediatamente da publicação do acórdão que manteve em parte a condenação imposta na sentença. Como o valor da condenação havia sido alterado, então teria o advogado de buscar o seu cliente para avisá-lo do prazo de quinze dias para cumprimento da decisão sob pena de multa[26].

No mesmo sentido, Dorival Renato Pavan por se tratar de ato voluntário do devedor, que refletirá sobre a conveniência e oportunidade, além de implicar restrição ao seu direito. Argumenta ainda:

> Os poderes conferidos no artigo 38 do CPC e 5º, § 2º, da Lei 8.904/94 – Estatuto do Advogado

> – habilita o advogado a praticar, tão-somente, os *atos do processo*, como são os atos destinados a, por exemplo, oferta impugnação à contestação, impugnar rol de testemunhas, recorrer, contra-arrazoar recurso interposto pela outra parte, ofertar memoriais, debates orais, e ainda oferecer impugnação à pretensão de cumprimento de sentença (art. 475-J, § 1º), dentre outros atos de idêntica carga e natureza[27] (itálicos no original).

Já o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno, embora idêntico ao de Alexandre Freitas Câmara acerca da aplicabilidade da regra geral do art. 240, do CPC, diante da omissão do art. 475-J, do mesmo diploma, diverge quanto à pessoa a ser intimada, já que não seria o próprio devedor, mas seu advogado. Merece destaque seu pensamento:

> A intimação a que se referem os parágrafos anteriores deve ser feita ao *advogado* do devedor. Não há razão para entender que ela seja encaminhada para as partes diretamente, porque não há qualquer exigência neste sentido na lei processual civil, prevalecendo, destarte, a regra geral (v. n. 4.4.1 do Capítulo 3, da Parte I do vol. 1). Que o pagamento será feito pelo devedor e não pelo seu advogado é entendimento irrecusável, mas ocorre que **importam para o art. 475-J os efeitos *processuais* deste pagamento** e não, apenas, sua ocorrência no plano material. Por isto, é irrecusável ver, neste ato, um ato *processual* e, consequentemente, um ato de postulação. **O advogado é, nos casos em que representa o seu constituinte em juízo**, verdadeira ligação entre o que ocorre no plano material e no plano processual. Trata-se de múnus ínsito à profissão, de inspiração, por isso mesmo *constitucional* (v. n. 4 do Capítulo 4 da Parte II do vol 1)[28] (itálicos no original) (grifou-se).

Há que se transcrever ainda o raciocínio do mesmo autor sobre a

regra geral das intimações acima referida:

> As intimações são dirigidas aos advogados ou às partes, consoante o caso. A melhor interpretação é que **a intimação dirigida diretamente às partes, contudo, só deve se justificar nos casos em que a lei expressamente a preveja**. Assim, por exemplo, nos casos em que há abandono da prática dos atos processuais (art. 267, II e III c/c §§ 1º e 2º); nos casos de depoimento pessoal (art. 343, § 1º); ou, ainda, quando a parte não tiver advogado constituído nos autos (arts. 652, § 4º e 687, § 5º). Nas demais hipóteses, na falta de lei expressa, em sentido contrário, deve prevalecer o entendimento de que a intimação, que é ato que envolve a prática de algum ato processual, deve ser dirigida a quem detém "capacidade postulatória" (v. n. 3.2.5, supra)[29] (grifou-se).

Athos Gusmão Carneiro é representante da terceira corrente que dispensa qualquer tipo de intimação, expondo: "Com a intimação da sentença, o réu está ciente do prazo em lei para que cumpra a decisão e pague a quantia devida. Não o fazendo, estará inadimplente, e sujeito à incidência da multa"[30].

Humberto Theodoro Júnior e Ernane Fidélis dos Santos adotam uma posição intermediária entre a segunda e a terceira correntes. Na hipótese de o trânsito em julgado ter ocorrido no primeiro grau, defendem que o prazo corre automaticamente, já que "a sentença condenatória líquida, ou a decisão de liquidação da condenação genérica, abrem, por si só, o prazo de 15 dias para o pagamento do valor da prestação devida"[31].

Por outro lado, os mesmos autores argumentam problemas de ordem prática com o retorno dos autos quando o trânsito em julgado ocorre nos tribunais em grau de recurso. Diante disso, exigem a intimação das partes, através de seu advogado, acerca do retorno dos autos para ter início aquele prazo de cumprimento espontâneo. Os trechos abaixo elucidam o posicionamento de cada um dos autores:

> Vai haver, na prática, certa questão que merece a contemporização dos julgadores, quando o trânsito em julgado ocorrer nos tribunais. No comum, há certa demora e embaraços na baixa dos autos à comarca de origem, o que, principalmente para aqueles que não têm advogados acompanhando o processo em instâncias superiores, acontece com certa dificuldade no conhecimento do trânsito em julgado. Nesse caso, é de bom alvitre que o prazo de pagamento comece a correr após a descida dos autos, o que será noticiado na forma própria de intimação. Não se trata, evidentemente, de intimação para início da execução, mas apenas de notícia de que os autos baixaram e estão à disposição das partes, para os fins que entenderem necessários[32].

> É do trânsito em julgado que se conta dito prazo, pois é daí que a sentença se torna exequível. (…). Se o trânsito em julgado ocorre em instância superior (em grau de recurso), enquanto os autos não baixarem à instância de origem, o prazo de 15 dias não correrá, por embaraço judicial. Será contado a partir da intimação às partes da chegada do processo ao juízo da causa[33].

No tocante às duas correntes que exigem a intimação da parte ou seu advogado para ter início o prazo, alguns autores defendem que esta pode ser determinada de ofício pelo juiz[34]. Todavia, outros consideram imprescindível o requerimento do credor com memória do cálculo discriminada e atualizada do débito[35].

4.3.2 UNIFORMIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO PELO STJ

Nos tribunais, foram debatidas as mesmas correntes da literatura jurídica quanto ao termo inicial do prazo para aplicação da multa do art. 475-J, do CPC.

O Superior Tribunal de Justiça apreciou em várias oportunidades o

tema através de suas Turmas de forma divergente, até que a Terceira Turma do STJ, em 25 de setembro de 2007, afetou a matéria à Corte Especial para promover sua uniformização[36].

Ultrapassados quatro anos da promulgação da Lei nº 11.232/05 e quase dois anos e meio de discussão, em 07 de abril de 2010, a Corte Especial do STJ uniformizou seu entendimento, mediante votação majoritária, de acordo com ementa abaixo:

> PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 11.232, DE 23.12.2005. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. JUÍZO COMPETENTE. ART. 475-P, INCISO II, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. **TERMO INICIAL DO PRAZO DE 15 DIAS. INTIMAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO PELA PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. ART. 475-J DO CPC. MULTA.** JUROS COMPENSATÓRIOS. INEXIGIBILIDADE.
>
> 1. **O cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.**
>
> **2. Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do "cumpra-se" pelo juiz de primeiro grau, o devedor haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a**

> **partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, caput, do Código de Processo Civil.**
> 3. O juízo competente para o cumprimento da sentença em execução por quantia certa será aquele em que se processou a causa no Primeiro Grau de Jurisdição (art. 475-P, II, do CPC), ou em uma das opções que o credor poderá fazer a escolha, na forma do seu parágrafo único – local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou o atual domicílio do executado.
> 4. Os juros compensatórios não são exigíveis ante a inexistência do prévio ajuste e a ausência de fixação na sentença.
> 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido[37] (grifou-se).

Todas as correntes foram devidamente expostas no item anterior.

Ressalta-se que prevaleceu o entendimento de que o termo inicial do prazo do art. 475-J, do CPC, ocorre com a devida intimação do devedor, na pessoa de seu advogado.

Por outro lado, o STJ não menciona a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a intimação do devedor. Na realidade, sinaliza em sentido oposto, ao imputar ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente, requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.

4.3.3 TERMO INICIAL DO PRAZO

A solução para todos os questionamentos e controvérsias acima sobre o termo inicial do prazo deve ser amparada nos argumentos teóricos, sem prejuízo da ratificação pelos de ordem prática, sempre de acordo com os princípios constitucionais e infraconstitucionais do direito processual civil.

O art. 475-J do CPC não identificou o termo inicial do prazo de forma clara e direta. Na ausência de regra específica do dispositivo

comentado, através de uma interpretação sistemática do CPC, há que se aplicar a regra geral de que os prazos serão contados da intimação, segundo seu art. 240[38].

Não há dúvidas da extrema celeridade que se teria com o início do prazo automaticamente após o trânsito em julgado, mas a interpretação acima não indica ter sido esta a vontade do legislador.

A intimação afasta o embaraço processual mencionado pelos autores acima quanto ao retorno dos autos após o trânsito em julgado na instância superior ou mesmo por reforma da sentença.

A possibilidade de cumprimento espontâneo da sentença transitada em julgado não é novidade. No anterior processo autônomo de execução ou mesmo no atual processo sincrético, a pretensão executiva só tem início se aquele não ocorrer. Aliás, o revogado art. 570, do CPC conferia legitimidade ao devedor para propor a execução. A inovação decorre da multa de dez por cento pelo não cumprimento espontâneo e, por se tratar de uma restrição, justifica-se a mudança de procedimento no sentido de haver, agora, a intimação.

Solucionada a necessidade de intimação, surge o questionamento de quem deve ser intimado, uma vez que o próprio CPC, no art. 234, define a intimação como o ato pelo qual se dá ciência a alguém, partes, advogados e terceiros (testemunhas, peritos e assistentes técnicos), dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

Mais uma vez, diante da omissão do art. 475-J, do CPC, deve-se recorrer à disciplina da parte geral do código quanto às intimações. Em regra, as partes são intimadas dos atos processuais através de seus advogados, enquanto seus representantes legais no processo e detentores de capacidade postulatória (arts. 236 e 237, do CPC), ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na legislação[39].

Destacam-se alguns exemplos citados por Cassio Scarpinella Bueno já transcritos acima[40]: abandono da prática dos atos processuais (art. 267, II e III c/c §§ 1º e 2º); depoimento pessoal (art. 343, § 1º); ou quando a parte não tiver advogado constituído nos autos (arts. 652, § 4º, 687, § 5º e o próprio 475-J, § 1º).

O fato de a intimação objetivar o pagamento pelo devedor da quantia da condenação não é suficiente para exigir a intimação pessoal, por não ser essa a sistemática do CPC. A intimação do advogado é hábil para impor o pagamento, em caso de emenda da inicial, das custas iniciais

(arts. 19 e 284), bem como das despesas processuais, como preparo de recursos e honorários periciais (art. 33).

O modelo anterior de execução da sentença justificava a necessidade de comunicação pessoal ao devedor, por se tratar exatamente de processo autônomo, o que demandava nova citação. Destarte, a intimação pessoal do devedor no modelo atual representaria mera alteração da forma de comunicação do ato, mas manteria a essência do início do rito executivo anterior, em desacordo com a intenção do legislador reformista.

Ressalva-se, porém, a hipótese de intimação pessoal do devedor, na falta de advogado constituído, a exemplo do revel que sequer constituiu advogado ou foi citado por edital. Ainda que represente o réu revel citado por edital, o curador especial não pode ser intimado para a finalidade de pagamento, já que sua atuação pressupõe, desde o início, o desconhecimento da localização da parte, que deverá ser intimada novamente por edital[41].

Relevante ainda analisar que a intimação se fará na pessoa do advogado constituído no momento da sentença, independentemente de haver renúncia ou destituição logo após sua prolação.

Ernane Fidélis dos Santos expõe:

> Ao contrário da antiga execução que se formava em processo autônomo, com necessidade de formação de nova relação processual, sem razão era a intimação do advogado, sendo obrigatória, necessariamente, a citação do devedor condenado. Agora, no entanto, o cumprimento do julgado é mero apêndice, prosseguimento do processo de conhecimento. Daí, se, no momento da sentença, houver advogado constituído, ainda que haja renúncia ao mandato ou destituição do procurador, a intimação será feita só a ele, a não ser que a representação se tenha extinguido por razões de força maior ou caso fortuito, como morte do representante ou cessação de sua capacidade postulatória. Em outras palavras, se o advogado renunciar ou for destituído após a sentença, sempre será ele o intimado, nas hipóteses previstas, para a fase procedimental do cumprimento da sentença[42].

Reitera-se que o importante é que advogado esteja constituído no momento em da sentença para possibilitar sua intimação capaz de iniciar o prazo de quinze dias do art. 475-J, do CPC.

Assim, evita-se que haja renúncia, destituição ou até mesmo limitação do mandato inicial até o término da fase de conhecimento, com a finalidade exclusiva de retardar o início do prazo do art. 475-J, do CPC. Consequentemente, estimula-se a boa-fé processual nessa etapa.

4.3.4 INTIMAÇÃO DE OFÍCIO OU REQUERIMENTO DO CREDOR?

Outro ponto controvertido intrinsecamente relacionado ao prazo é sobre a possibilidade de o juiz, de ofício, determinar aquela intimação ou se é imprescindível o requerimento pelo credor[43].

A despeito da uniformização pelo Superior Tribunal de Justiça, não há prejuízo que a atividade executiva seja iniciada de ofício pelo julgador verificado o trânsito em julgado, uma vez que se trata da efetivação ou realização concreta da sentença que impõe a obrigação de pagar[44].

Nesse caso, a apuração do valor deverá ser feita pelo próprio devedor. A revogação do art. 570, do CPC, que legitimava o devedor para promover o processo de execução, em nada interfere na relação de direito material do devedor, a quem é facultada sua liberação (art. 334, do Código Civil).

A revogação do dispositivo sem norma correspondente na nova disciplina da matéria está relacionada com a simplificação do rito executório, mas não retira a iniciativa do devedor seja pelo oferecimento direto ao credor ou simples requerimento de depósito da dívida acompanhado da memória do cálculo por ele elaborado[45].

De qualquer forma, caso o cálculo elaborado pelo devedor seja inferior ao efetivamente devido, a multa recairá sobre o restante do débito, por força do art. 475-J, § 4º, do CPC.

Atente-se que o próprio art. 475-J, do CPC somente demanda requerimento do credor com memória discriminada e atualizada do cálculo para expedição do mandado de penhora e avaliação. A regra de arquivamento prevista no seu § 5º versa sobre o mesmo requerimento para se promover a penhora, o que não impede o anterior cumprimento espontâneo após intimação do devedor, ainda que determinada de ofício.

As mencionadas dificuldades do Poder Judiciário provavelmente representarão um obstáculo para a prática de tal medida, de ofício, pelo juiz antes de eventual requerimento do credor, interessado no imediato pagamento ou, não havendo, na contagem do prazo para obter o acréscimo de dez por cento pela omissão do devedor.

Por isso, recomendável que conste na própria sentença que, não havendo interposição de recurso, o advogado da parte vencida fica intimado para promover o pagamento espontâneo, no prazo de quinze dias após o trânsito em julgado, sob pena de incidência da multa de dez por cento, na forma do art. 475-J, do CPC.

Entretanto, essa medida não parece adequada para as hipóteses de interposição de recurso, uma vez que o novo julgamento poderá alterar a situação, total ou parcialmente, além de dificultar o cumprimento daquela decisão, espontaneamente ou não, enquanto os autos não retornarem da segunda instância.

Portanto, havendo recurso, devem ser intimadas as partes, através de seus advogados, acerca do retorno dos autos, ficando o devedor advertido do prazo de quinze dias para promover o pagamento espontâneo, sob pena de incidência da multa de dez por cento, na forma do art. 475-J, do CPC.

4.3.5 INÍCIO E CONTAGEM DO PRAZO

Ocorrida a intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, regra geral, pela publicação em órgão oficial. Realizada por qualquer outra forma, começa a correr o prazo na forma do art. 241, do CPC.

Em contrapartida, a contagem do prazo deverá ser realizada segundo o art. 184, do CPC, excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento, observadas as prorrogações para o dia útil seguinte quando o início ou o término coincidirem em dias sem expediente regular.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as sucessivas reformas processuais para simplificar o procedimento executório, a Lei nº 11.232/05 promoveu significativa reforma do cumprimento da sentença quanto à obrigação de pagar quantia certa, com a realocação de seus dispositivos no CPC, a mudança

conceitual de seus institutos e alterando algumas de suas expressões.

Com isso, estabeleceu-se um novo paradigma procedimental, a saber, o processo sincrético, no qual as atividades jurisdicionais de conhecimento e execução ocorrem de forma contínua e num mesmo processo.

Embora tenha havido mudança conceitual e topográfica da liquidação de sentença, foram, de modo geral, mantidas as regras anteriores sobre a matéria. Mantiveram-se duas modalidades de liquidação: por arbitramento e por artigos (arts. 475-C e 475-F), enquanto que compete ao próprio credor elaborar a memória discriminada e atualizada do cálculo, nos casos em que a apuração do valor da condenação depende apenas de cálculo aritmético.

Também não houve significativas mudanças quanto às formas de execução definitiva e provisória, limitando-se àquela a aplicação da multa do art. 475-J, do CPC.

Uma das principais novidades no rito do cumprimento da sentença transitada em julgado é a previsão expressa do prazo de quinze dias para que o devedor promova o pagamento espontâneo do débito.

Várias foram as divergências na literatura jurídica e nos tribunais sobre o termo inicial daquele prazo, que podem ser condensadas em três correntes. A primeira defende a imprescindibilidade de intimação pessoal do devedor para pagar o valor da condenação. A segunda entende suficiente a intimação do advogado do devedor. A terceira sustenta que o prazo corre automaticamente com o trânsito em julgado, independentemente de qualquer tipo de intimação.

Há também variações da primeira e da segunda correntes, ao exigir o requerimento do credor acompanhado da memória do cálculo do débito para que haja a intimação do devedor, em detrimento da possibilidade de o juiz determiná-la de ofício.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, após quase dois anos e meio de discussão, em 07 de abril de 2010, uniformizou seu entendimento, mediante votação majoritária. Prevaleceu o entendimento de que o termo inicial do prazo do art. 475-J, do CPC, ocorre com a devida intimação do devedor, na pessoa de seu advogado.

Por outro lado, o STJ não menciona a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a intimação do devedor. Na realidade, sinaliza em

sentido oposto, ao imputar ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente, requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.

A solução para o termo inicial do prazo, na ausência de regra específica do art. 475-J, é aplicar a regra geral de que os prazos serão contados da intimação, segundo o art. 240, através de uma interpretação sistemática do CPC. A intimação afasta o embaraço processual em virtude de o trânsito em julgado ter ocorrido na instância superior ou mesmo por reforma da sentença.

A possibilidade de cumprimento espontâneo já existia no modelo anterior através de processo autônomo de execução, impondo-se, no atual, a necessidade de intimação do devedor pelo surgimento da multa de dez por cento.

A mesma interpretação sistemática do CPC indica que a intimação do devedor deve ser feita na pessoa de seu advogado, conforme seu art. 234, pois somente nas hipóteses expressamente previstas na legislação deverá ser feita a intimação pessoal da parte. Destaca-se ainda que existem outros casos previstos no CPC em que o advogado é intimado para que a parte promova pagamento.

A despeito da uniformização pelo Superior Tribunal de Justiça, possível que, verificado o trânsito em julgado, o juiz, de ofício, determine a intimação do devedor, na pessoa de seu advogado. Nesse caso, caberá ao próprio devedor elaborar o cálculo, por ainda lhe ser facultada a liberação do débito (art. 334, do Código Civil).

Portanto, o termo inicial do prazo será a intimação do devedor, na pessoa do seu advogado, observadas as regras gerais dos arts. 184 e 241, do CPC, ressalvada também a possibilidade de o juiz, de ofício, determinar aquela intimação.

Notas

[1] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10-11.

[2] PAVAN, Dorival Renato. *Comentários às Leis nºs 11.187 e 11.232, de 2005,e 11/382, de 2006: o novo regimento do agravo, o cumprimento da sentença, a lei processual civil o tempo e a execução por título extrajudicial*. 2ª ed. São Paulo: Editora Pillares, 2007, p. 241.

[3] JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A t erceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 106.

[4] SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo:

Saraiva, 2006, p. 40.
[5] PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 240.
[6] JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 106-107.
[7] JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 106.
[8] BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 15.
[9] BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.* , p. 15.
[10] JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 106.
[11] BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 15.
[12] Nesse sentido: JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 113. PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 241.
[13] JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 111-112.
[14] PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 275.
[15] BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 68.
[16] PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 275.
[17] BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o código de processo civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 02.07.2010.
[18] BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 36.
[19] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 146.
[20] A síntese desse princípio é de que a atuação do Estado-juiz somente ocorra segundo as regras previstas no ordenamento jurídico, constitucionais e infraconstitucionais, que devem assegurar aos envolvidos, através dos meios necessários, as possibilidades de atuação no feito para defender suas alegações. Trata-se de um princípio que engloba muitos outros capazes de pautar o método de atuação do Estado-juiz, ditando critérios mínimos a serem observados, a exemplo do contraditório, da ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade etc. Nesse sentido: PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 145.
[21] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Recurso Especial nº 940.274-MS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Relator para o acórdão: Min. João Otávio Noronha. Brasília, DF, 07 de abril de 2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4037177&sReg=2007007>. Acesso em: 02.07.2010.
[22] Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14ª ed. v. II. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, p. 353-354. JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha.
Op. cit. , p. 129. PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 285 e 309.
[23] Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167-171. SANTOS, Ernane Fidélis dos.
Op. cit., p. 55. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.,* p. 145-146.
[24] CARNEIRO, Athos Gusmão *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 354.
[25] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 354.
[26] JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 129.
[27] PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 285 e 309.
[28] BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 168-169.
[29] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 434-435.
[30] CARNEIRO, Athos Gusmão *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*,p. 145.

[31] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.,* p. 145.
[32] SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Op. cit.*, p. 55.
[33] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*,p. 146.
[34] BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil.* v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54-55.
[35] Nesse sentido: JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 129. PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 290. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.,* p. 45.
[36] Acompanhamento processual do REsp nº 940.274-MS. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700779461&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 02.07.2010.
[37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Recurso Especial nº 940.274-MS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Relator para o acórdão: Min. João Otávio Noronha. Brasília, DF, 07 de abril de 2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4037177&sReg=2007007>. Acesso em: 02.07.2010.
[38] Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva.* v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167-171. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 353-354.
[39] Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 169. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 354. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de processo civil.* 4ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1996*,* p. 269.
[40] Ver item 4.3.1, p. 15.
[41] PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 317.
[42] SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Op. cit.*, p. 62.
[43] Nesse sentido: JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JÚNIOR, Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 129. PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 290. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.,*p. 45.
[44] BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil.* v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54-55.
[45] Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.,* p. 138-139. PAVAN, Dorival Renato. *Op. cit.*, p. 322.

IV. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 02.07.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Recurso Especial nº 940.274-MS. Acompanhamento processual. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700779461&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 02.07.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Recurso Especial nº 940.274-MS. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Relator para o acórdão: Min. João Otávio Noronha. Brasília, DF, 07 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/

Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4037177&sReg=2007007>. Acesso em: 02.07.2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007. v. II.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PAVAN, Dorival Renato. *Comentários às leis nºs 11.187 e 11.232, de 2005, e 11.382, de 2006*: o novo regimento do agravo, o cumprimento da sentença, a lei processual civil no tempo e a execução por título extrajudicial. 2ª ed. São Paulo: Editora Pillares, 2007.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Manual de processo civil*. 4ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ADOÇÃO TARDIA: UMA REALIDADE EM SERGIPE

Dayse Cristina Souza Santos
Advogada. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce – FADIVALE. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho – UGF. Especialista em Direito de Família e Políticas Sociais pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. Aluna da Escola da Magistratura do Estado de Sergipe – ESMESE. E-mail: dayse.adv@bol.com.br

RESUMO: A cultura de adoção no Brasil historicamente privilegiou a adoção de crianças recém-nascidas, tendo em vista que a maioria absoluta dos candidatos à adoção era formada por casais com dificuldades para gerar filhos biológicos que buscavam, em regra, crianças que portassem características físicas semelhantes às suas, com o objetivo precípuo de ocultar sua origem genética. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o instituto da adoção passou a proteger o interesse da criança e do adolescente prevalecendo os direitos destes acima de qualquer outro, sendo observados inúmeros avanços acerca desse tema tão complexo e ainda muito cercado de tabus. A atual cultura de adoção trata o tema não como um meio de dar filhos àqueles impossibilitados de gerá-los, mas principalmente de dar pais a crianças em situação de abandono. A proteção integral do menor, preconizada pela nossa Carta Magna e ratificada pelo ECA, traz indicativos que apontam gradual quebra de preconceitos acerca da adoção, e em especial de crianças mais velhas, antes rechaçadas pela maioria dos adotantes. O presente artigo, utilizando-se do método dedutivo de pesquisa, demonstra essa evolução em nosso Estado, onde nos últimos quatro anos houve um movimento crescente no percentual das adoções tardias.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono; adoção tardia; mudança de paradigma; responsabilidade social.

ABSTRACT: The culture of adoption in Brazil historically favored the adoption of newborn children in order that the absolute majority

of the candidates for adoption was made up of couples struggling to generate biological children who sought a rule, children who possess physical characteristics similar to its, with the ultimate goal of hiding their genetic origin. With the advent of the 1988 Federal Constitution and the Statute of Children and Adolescents, Institute of adoption passed to protect the interests of the child and adolescent prevailing their rights above any other, where we observed numerous advances on this topic as complex and still surrounded by taboos. The current culture of adoption is the issue not as a means of giving those children unable to generate them, but mainly to give parents of children in situation of abandonment. The full protection of the child, as recommended by our Constitution and ratified by the ECA, that link brings indicative gradual break prejudices about adoption, especially of older children, first repulsed by the majority of adopters. This article, using the deductive method of research shows that development in our state, where in the last four years there has been a growing movement in the percentage of adoptions late.

KEYWORDS: Abandonment; adoption late; paradigm shift; social responsibility.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a prática da adoção no Brasil, bem como o sistema jurídico que tutela esse instituto, dando enfoque às adoções de crianças com mais de dois anos de idade e às mudanças percebidas em nossa cultura da adoção.

Tradicionalmente, as ações do Estado em relação à adoção e/ou colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas, sempre atenderam apenas aos interesses daqueles que não poderiam gerar biologicamente seus próprios filhos em detrimento dos interesses das crianças e adolescentes disponibilizados para adoção (Ladvocat, 2002).

O ato de adotar, muito mais do que uma instituição jurídica definida e regulada por lei, é a construção de uma família. Segundo Freire (1994),

"o que os pais adotivos fazem, na verdade, é transformar 'crianças' em 'filhos', reinventam a família, tornando a família adotiva, uma família inventada pela cultura e pelos afetos".

Partindo desse pressuposto, em geral, a escolha do perfil do adotado reflete uma escolha pensada pelo adotante, já que cada um sabe de seus limites. O fato é que quanto mais restrito for este perfil, pior a espera, pois a maioria absoluta dos adotantes tem preferência por crianças do sexo feminino, de cor branca e recém-nascidas. Porém, restringir idade, sexo e cor ao mesmo tempo dificulta as coisas.

Nesse contexto surge a figura do adotante tardio, aquele que opta pela criança enquadrada fora do padrão idealizado pela grande massa de candidatos à adoção. Com relação ao perfil desse adotante inclusivo, tradicionalmente observou-se que esse grupo era predominantemente composto por estrangeiros e sua escolha era motivada principalmente pelo fato de não haver pretendentes habilitados e/ou interessados em adotar essas crianças, tornando assim bem mais curto e fácil o caminho burocrático a ser percorrido.

Por outro lado, hodiernamente têm sido cada vez mais corriqueiras as histórias de adoção de crianças maiores, também denominada de adoção tardia, realizadas por brasileiros, corroborando com a tese de que há um movimento – ainda lento, mas progressivo – de desconstrução dos preconceitos, fábulas e medos em torno da adoção tardia.

Através destas colocações, que servirão de objeto de reflexão, iremos trabalhar sobre a ideia de que a mudança na atual cultura de adoção tornará possível a realização de inúmeros ideais, presentes tanto no imaginário das crianças e adolescentes como no dos adultos candidatos à adoção: a oportunidade de conciliação dos interesses de ambas as partes, investigando ainda se a adoção tardia realizada por locais já é ou não uma realidade em nossa sociedade.

Os procedimentos metodológicos adotados centraram-se na fundamentação teórica através de pesquisa bibliográfica de obras sobre adoção, artigos, leis e demais publicações, em especial aquelas que tratam da adoção tardia. Foi realizada também pesquisa documental de corte transversal junto ao órgão da justiça especializada, compreendendo os anos de 2006 a 2009, com o fim de levantar dados estatísticos concretos acerca dos números dessas adoções em nosso Estado.

2. CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS DA ADOÇÃO

De acordo com Weber (1998), a adoção, seja ela precoce ou tardia, é fonte de realização familiar. Freire (1994) afirma ser "o caminho para a complementação do núcleo familiar e realização dos sentimentos paternais e maternais do adotante". Ainda, "É encontrar pais para uma criança, acolher alguém gerado em outro corpo para ser seu filho" (Schettini Filho & Schettini, 2006, p. 84).

Para Fernandes (2005), dentro do conceito de adoção:

> "Há o estabelecimento de um novo vínculo parental, denominado parentesco civil, sendo elevado pela Constituição Federal de 1988 ao mesmo plano de igualdade dos filhos biológicos, como o reconhecimento da completa igualdade, com total vedação ao tratamento discriminatório." (p. 102)

Desde que o mundo existe a adoção aconteceu. Contudo, com a implementação e em seguida com a evolução das leis, as formas de adoção mudaram: de acordo com Schettini Filho & Schettini (2006), da roda dos expostos ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069 de 13/07/1990, houve grande evolução para proteger o adotado e dar segurança ao adotante.

Segundo Vargas (1998), ao longo da história a adoção no Brasil existiu precipuamente marginal aos processos legais, consequentemente, escapando às estatísticas. Trata-se da chamada "adoção à brasileira", em que pessoas registram como próprias, filhos de outrem.

Tradicionalmente, tinha-se a adoção como um meio de garantir a descendência para casais sem filhos, visando-se atender exclusivamente aos interesses do adotante, tendo em vista que, via de regra, os candidatos à adoção compõem-se de casais com problemas de infertilidade biológica. No atual contexto, porém, o objetivo maior é solucionar a crise da criança abandonada, provendo-lhe uma família substituta. Nesta perspectiva, trata-se de um instituto do direito civil, que visa a proteção dos menores a fim de lhes conceder o direito de ter uma família que suprirá suas necessidades, tanto materiais quanto morais e afetivas, indispensáveis ao seu bom desenvolvimento.

Atualmente, o interesse do menor é o grande pilar no qual o ordenamento jurídico deve se apoiar para dirimir os conflitos de interesses oriundos do instituto da adoção.

A nossa Constituição Federal de 1988 busca a eficácia máxima dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, elencados em seu artigo 227, proclamando a Doutrina da Proteção Integral:

> "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

Para isso, é acompanhada na sua concretização pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que organizou toda a matéria relativa à proteção da infância e da adolescência, e tratou do direito ao estabelecimento da filiação, enfatizando a igualdade entre os filhos e a necessidade de garantir-se o interesse da criança.

Nesse novo contexto, algumas outras formas alternativas de convivência familiar estão sendo incentivadas com o objetivo principal de tutelar o interesse dos menores de mais difícil colocação em famílias substitutas, como é o caso das crianças maiores (leia-se: crianças acima dos dois anos de idade), mulatas, negras ou com algum tipo de necessidade especial. Como exemplo dessas alternativas, não podemos deixar de citar os programas de apadrinhamento que vêm sendo implementados em todo o Brasil, inclusive em nosso Estado, onde foi lançado em 02/02/2009 pela Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ) do Tribunal de Justiça de Sergipe, intitulado "Programa de Apadrinhamento Ser Humano". Consiste no apoio afetivo a crianças abrigadas que se encaixam no citado perfil. Os padrinhos podem optar por cuidar de uma ou mais crianças fazendo-lhes visitas, levando-as para passeios nos fins de semana, comemorando seu aniversário e orientando-a nos estudos, tudo com vistas a proporcionar-lhes vínculos externos à instituição (Ferreira & Carvalho, 2002).

3. ADOÇÃO TARDIA

O tema adoção é permeado por dúvidas, mitos e preconceitos, que devem ser destacados e devidamente esclarecidos a fim de promover uma sólida reflexão sobre a realidade do ato de adotar, sendo certo que um dos aspectos é a preocupação de muitos com a questão da herança biológica na determinação do comportamento, o medo da revelação da condição de adotado, o receio quanto à adaptação de crianças nas adoções tardias, dúvidas quanto à adoção monoparental e por homossexuais, entre outros que integram as relações humanas.

Com os mitos instalados e os medos atuando, muitos casais e famílias com potencial para adoção deixam de concretizá-la. Postula-se que tal fato se deva à ação do paradigma biologista que privilegia o chamado laço de sangue como componente indispensável à constituição familiar em detrimento da prática da adoção. Associada a tal paradigma encontra-se também, e em pleno funcionamento, uma cultura da adoção que, dentre os muitos obstáculos que impede a difusão da prática do perfilhamento, favorece a integração de crianças recém-nascidas ao seio de famílias e desabona o acolhimento de crianças mais velhas e adolescentes.

Apesar da visível evolução dos dispositivos legais na legislação brasileira, fatores sociais e culturais inviabilizam o exercício democrático da adoção. A presença de valores e padrões estéticos no imaginário social influencia na definição de critérios seletivos rigorosos para a escolha da criança a ser adotada, possibilitando a reprodução dessas ideias falsas e preconceitos.

Segundo Vargas (1998), consideram-se tardias as adoções de crianças com idade superior a dois anos. Contudo, este está longe de ser o único aspecto definidor desta modalidade de adoção. Ainda de acordo com a autora, são consideradas crianças idosas para adoção aquelas que

> "ou foram abandonadas tardiamente pelas mães, que por circunstâncias pessoais ou socioeconômicas, não puderam continuar se encarregando delas ou foram retiradas dos pais pelo Poder Judiciário, que os julgou incapazes de mantê-las em seu pátrio poder, ou, ainda, foram esquecidas pelo Estado desde muito pequenas em orfanatos que, na realidade, abrigam uma minoria de órfãos". (p. 35)

Essa expressão, além de reforçar o preconceito de que ser adotado é prerrogativa de recém-nascidos e bebês, revitimizando a criança, resume o drama dos que esperam por um novo lar, de abrigo em abrigo. Dentre as diferentes modalidades de adoção, a tardia é a que recebe de modo direto o impacto da atual cultura. O perfil exigido por pretendentes à adoção apresentou pouca variação nos últimos anos: eles procuram crianças do sexo feminino (75%), com até dois anos (74%) e, de preferência, de cor branca. Uma recente pesquisa, realizada por Almeida (2003) em cidades do interior paulista consideradas de porte médio (Bauru e Marília) aponta para uma sequência de dados que confirmam esses índices. No ano de 2001, dos 133 casais e famílias cadastrados como postulantes à adoção nas duas comarcas, 118 deles colocaram como condição para a realização da adoção o fato da criança ser branca, ou seja, 82,72% do total; somente 9 casais e famílias, o que equivale a 6,72% do total, aceitaram adotar crianças pardas ou negras; 5 casais e famílias cadastradas manifestaram-se indiferentes em relação à cor e etnia das crianças (3,76% do total cadastrado); e apenas 1, entre os 133 cadastrados, manifestou explícito interesse em adotar uma criança negra (0,75% entre os cadastrados) - vale dizer que este casal ou família candidatos à adoção, conforme afirmação do pesquisador, também são negros.

Os números da pesquisa de Almeida (2003) apontam para uma incontestável preferência dos postulantes à adoção por crianças brancas. Em contrapartida, o número de crianças pardas e negras em instituições asilares (orfanatos, casas transitórias, etc.) é muito maior do que o de crianças brancas, logo, têm menos chances de serem adotadas e usufruírem do constitucional direito à família. Em consequência disso, permanecem por muito mais tempo nas referidas instituições e quando são adotadas configuram outro quadro estatístico, o das adoções tardias.

Em novo procedimento investigativo, Almeida (2003) levantou informações referentes à comarca de Bauru e cruzou dados que vão além da cor da pele (ou etnia) das crianças em função dos interesses dos postulantes à adoção, considerando também a idade, sexo e estado de saúde das crianças. Em termos gerais, sua conclusão corrobora com as estatísticas nacionais. 76,19% dos postulantes à adoção interessam-se por crianças brancas e os demais se distribuem entre as categorias: "branca até morena clara" (12,70%), "branca até parda clara" (3,17%),

"parda" (1,59%), "parda até negra" (3,17%) e "indiferente" (3,17%). Com relação à idade – e tais dados nos são preciosos porque definem a faixa etária das crianças consideradas idosas para adoção – temos um grande número de postulantes interessados por crianças recém-nascidas e/ou com idade inferior a 18 meses (72,36%) em detrimento ao diminuto número de postulantes interessados em crianças com mais de 2 anos (26,99%). Quanto ao sexo, a preferência é por meninas, na proporção de 50,79% contra 46,03% de interesse por crianças do sexo masculino. Ao serem cadastrados no programa de adoção, os postulantes respondem se aceitam ou não adotar crianças com HIV negativado e o levantamento de Almeida (2003) aponta para o seguinte resultado: 61,90% não aceitam adotar tais crianças, enquanto que 38,10% aceitam: elas também engrossam as estatísticas das adoções tardias ou as estatísticas de crianças institucionalizadas no Brasil.

Esses números auxiliam na caracterização ou definição do perfil das crianças consideradas não adotáveis no contexto social brasileiro. Não seria redundante mencionar que essas crianças – negras, com mais de dois anos de idade, portadoras de alguma deficiência ou possuidoras de um histórico de problemas médico-biológicos – são aquelas destinadas a um período muito extenso de institucionalização e vitimadas por múltiplos abandonos: o abandono da família biológica que, por motivos socioeconômicos ou ético-morais, são impedidas de manter os seus filhos; o abandono da sociedade que ainda não entendeu o sentido do termo inclusão, uma vez que se vê ocupada com a invenção de novas, refinadas e eficientes técnicas de exclusão do diferente e das minorias; e o abandono do Estado que, por meio de deficitárias políticas públicas e sua atuação negligente, permanece inerte quanto ao acolhimento de seus órfãos.

Os mitos que constituem a atual cultura da adoção no Brasil apresentam-se como fortes obstáculos à realização de adoções tardias, uma vez que potencializam crenças e expectativas negativas ligadas à prática da adoção enquanto forma de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas. Apesar disso, o gesto de adotar e/ou de colocar crianças e adolescentes em famílias, que não a sua de origem biológica, define um traço típico nos paradigmas de paternidade, maternidade e filiação, pois representa a possibilidade da construção do vínculo afetivo

que, enquanto tal, assemelha-se à qualidade do vínculo biológico e suas ressonâncias (apego, afeto, sentido de pertença à família, etc.).

A criança recém-nascida, como apontam os números, é mais procurada pelas famílias postulantes à adoção. Tal fato se justifica pelo encontro de possibilidades e expectativas que nas mesmas se materializam, porque, segundo o imaginário dos adotantes, representam a oportunidade de construção de um vínculo afetivo mais profundo entre mãe-pai-filho, a tal ponto de apagar as marcas da rejeição e abandono promovidos pela mãe e pai biológicos, além do tempo hábil para a construção do aqui denominado pacto sócio-familiar, caso seja opção da família adotiva manter segredo quanto às origens da criança adotada.

Questões referentes ao abandono e à adoção de crianças e adolescentes devem necessariamente fazer parte das reflexões e proposições acerca da política social brasileira. A fundação de instituições-abrigo de níveis federal e estadual tornaram ainda mais degradante a situação das crianças e adolescentes abandonados que, uma vez institucionalizados, passam por processos de subjetivação extremamente comprometedores.

Apesar da atenção e apoio das equipes que compõem os abrigos, as crianças, adolescentes e jovens institucionalizados têm uma série de desafios a enfrentar e crescem envoltos em uma sensação de ansiedade. Seja pela esperança de que, a qualquer momento, alguém os leve para um novo lar ou pelo medo da vida longe do abrigo, que uma hora precisará ser encarada.

Quando finalmente esses menores são colocados em uma família substituta, surge um novo dilema: a questão de encontrar dificuldades com a educação de filhos é universal, porém, nas filiações por adoção é atribuída uma significância extrapolada a determinados aspectos do processo evolutivo infantil, pois o mito popular de que "o filho adotivo sempre dá problema" está muito impregnado no imaginário social (Schettini Filho & Schettini 2006).

Em se tratando de adoção tardia, esse mito é ainda mais potencializado, pois, segundo Vargas (1998), a ele

> "é acrescido o medo da sombra do passado, ou seja, de que a criança nunca mais se recuperará das experiências que teve antes da adoção, não importando o quanto de cuidado e amor elas

> recebam e que a educação das mesmas sempre ficará prejudicada".

Entretanto, "há evidências de que as crianças que em seus primeiros anos de vida foram privadas de vínculos parentais duradouros podem vir a construí-los mais tarde" (Vargas, 1998).

Ainda de acordo com a autora, a criança adotada tardiamente vive um processo psíquico de regressão, vivenciando uma espécie de segundo nascimento. Esse desejo de renascer da barriga dessa nova mãe é um ponto importante na identificação do processo de filiação que a criança começa a estabelecer com as novas figuras parentais. Após essa primeira fase, inicia-se uma busca da criança de identificação física com os pais adotivos. Por fim, aparece um distanciamento, numa espécie de teste de vínculo causada pelo temor de um novo abandono, que retrata a tentativa de proteger-se de mais uma frustração.

De acordo com Brodzinsky (1990), citado por Vargas em sua obra, uma boa porcentagem de crianças adotivas e seus pais experienciam como estressante o período que se segue após a colocação, o que aumenta a vulnerabilidade da criança para problemas emocionais e comportamentais. Ainda segundo o autor, a ideia de que a adoção é estressante contraria vários mitos e estereótipos prevalentes sobre essa situação, já que a mesma tem sido vista tipicamente como uma solução da sociedade para as três partes que compõem o triângulo da adoção, quais sejam:

a) os pais biológicos – que não podem ou não desejam ficar com o filho;

b) os pais adotivos – que desejam ter filhos, seja em virtude da infertilidade ou pela ausência de filhos biológicos, ou ainda, movidos pelo desejo de ter outros filhos; e

c) a criança a ser adotada – que encontra-se em um estado de insegurança e de ausência de lar.

Mas como bem definiu Vargas, "Tanto na adoção tardia como na vida, as chances de sucesso ou fracasso das relações que se estabelecem dependem da capacidade de suporte, de entrega, de trocas afetivas profundas, verdadeiras, entre os protagonistas".

Em nossa cultura, apesar dos avanços, a reprodução desses mitos e preconceitos que sempre permearam o tema adoção ainda influencia na

definição de critérios para a escolha da criança a ser adotada, excluindo todas aquelas que não se encaixem no seleto perfil estabelecido.

Conforme estudo apresentado por Weber (1998), os casais estrangeiros, diferente dos brasileiros, constantemente realizam adoções visando a ajuda humanitária, estando mais abertos a adotar crianças de etnias diferentes das suas, bem como de mais idade, crianças que em nosso país são consideradas inadotáveis, tendo em vista a grande procura por parte de casais brasileiros de filhos adotivos que possuam características físicas semelhantes às suas, visando, desta forma, evitar a constatação imediata da origem da filiação por parte de terceiros.

Outro dado que dá maior impulso à adoção internacional é a baixa taxa de natalidade dos países desenvolvidos, fazendo com que o número de crianças disponíveis para a adoção seja bastante reduzido.

Outrossim, grande parte dos estrangeiros que buscam um filho no Brasil, adotam crianças acima dos quatro anos de idade, são indiferentes a raça, estando dispostos a adotar crianças pardas e negras, bem como não se importam em adotar irmãos, o que demonstra que os estrangeiros desejam, primeiramente, serem pais, enquanto os brasileiros procuram criar a ilusão de família natural, tendo como objetivo adotar bebês brancos e saudáveis, nos primeiros seis meses de vida.

Dessa forma, muito embora a adoção internacional seja medida extrema, que nega o direito à nacionalidade brasileira ao adotado, integrando-o a um novo país, uma nova realidade, ela é recomendável, de acordo com as circunstâncias fáticas a serem apuradas, quando constitui-se na única hipótese para algumas crianças de crescerem dentro de um ambiente familiar.

Todavia, estudos apontam que essa está deixando de ser a única opção para essas crianças consideradas inadotáveis no Brasil. Embora tradicionalmente apenas estrangeiros manifestassem interesse pelo grupo rejeitado, localmente há uma nova cultura de adoção se formando. Fábulas e medos têm sido vencidos pelo amor e pela entrega.

A adoção tardia em nosso país, e mais especificamente em nosso estado, deixou de ser uma prática utilizada predominantemente por estrangeiros, para tornar-se cotidiana entre candidatos à adoção nativos, conforme dados da pesquisa documental realizada, adiante abordada.

3.1 AS VÁRIAS FACES DO ABANDONO

De acordo com Schettini Filho & Schettini (2006),

> "Há certa tendência em encarar toda separação entre mãe e filho entregue em adoção como abandono e esta se deve primordialmente aos valores socialmente estabelecidos, segundo os quais a maternidade e a maternagem são naturais e, portanto, presentes em todas as mulheres".

Ainda sobre o abandono, os autores Schettini Filho & Schettini (2006) denotam que

> "Ao engravidarem sem que tenham desejado ou planejado, muitas mulheres se encontram sozinhas e em verdadeira situação de desamparo para enfrentar uma realidade difícil e a necessidade de tomar iniciativas importantes e de muita complexidade".

Na maior parte dos casos, a entrega do filho para adoção reflete um ato de amor por parte da mãe. Por estar impotente, a mãe doadora desejou o melhor para a criança, a deixou nascer e viver e certamente sofreu para tomar esta atitude, em verdade, trata-se de uma entrega protetiva. Ainda segundo Schettini Filho & Schettini (2006), "Somente quando estivermos liberados do mito do amor materno é que poderemos compreender que nem sempre a criança estará melhor com sua mãe ou sua família biológica".

Por conta disso, temos que as próprias mulheres, criadas nessa mesma cultura, não conseguem se "autorizar" a fazer a entrega de seu filho livre de culpa ou remorsos. Para algumas, livrar-se do filho anônima e rapidamente é a única alternativa possível. Para tantas, o problema está fincado na falta de informação acerca da entrega legal feita na Vara da Infância e Juventude. E outras ainda, tentam lidar com a situação de criar uma criança sem a mínima capacidade (psicológica, afetiva e financeira). Destes casos, não raras vezes resultam maus-tratos, negligência e, via de regra, nasce a institucionalização.

O abandono tardio pode ocorrer por diversos fatores. Um deles é o afastamento gradual através do tempo, a distância proporcionada pela ausência aumenta e rarefaz as visitas, instaurando-se o abandono no lugar daquilo que poderia ter sido uma entrega espontânea, acompanhada e adequada da criança, proporcionando-lhe um crescimento mais sadio e humano no seio de uma família (Weber, 1996).

Segundo Schettini Filho & Schettini (2006), "a orientação e o apoio a essa mãe, embasados numa compreensão de sua situação psicológica, poderiam talvez evitar que tivéssemos nas instituições de abrigo brasileiras tantos filhos do abandono".

Conforme aponta Motta (2001), os filhos do abandono "são crianças não assumidas numa cultura em que o abandono é condenado moralmente e muitas mães, para evitar um rechaço, desistem da opção da entrega precoce, mas acabam abandonando tardiamente".

Estudos referentes às mães que desejam entregar seus filhos em adoção demonstraram que a carência não se restringe à econômica e que, se há falta de patrimônio, muito frequentemente ele é de cunho emocional.

3.2 DIFICULDADES NA RECOLOCAÇÃO

Vargas (1998) analisa que "a adoção de crianças maiores é dificultada pela escassez de postulantes à prática, inscritos e avaliados como aptos." Observa ainda que essa dificuldade se agrava quando se trata de grupos de irmãos, crianças não brancas ou portadoras de algum tipo de deficiência, e frisa a importância de se criar alternativas para que a adoção internacional deixe de aparecer como a única alternativa possível de colocação dessas crianças em ambiente familiar.

Contudo, como anteriormente colocado, o grande fantasma da adoção tardia reflete-se no temor à hereditariedade patológica da criança adotiva, o medo de que a criança nunca mais se recuperaria das experiências que teve antes da adoção, apesar de nossa cultura ter como pressuposto a visão de que a educação é tão poderosa quanto a natureza (Vargas, 1998).

Ainda de acordo com Vargas (1998), "Vários estudos focalizam problemas com adotivos, como dificuldades de aprendizagem, sociopatias, distúrbios psicomotores e psiquiátricos." Porém, a autora

cita em sua obra um estudo de Santos (1987) que conclui que: "se adoção for adequadamente gestada, as possibilidades que terão os filhos e os pais adotivos de serem felizes serão, praticamente, as mesmas que têm os pais e filhos biológicos" (p. 113).

4. MARCOS NORMATIVOS E ATUAL SISTEMA JURÍDICO QUE TUTELA A ADOÇÃO

O antigo Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei nº 3.071 de 01/01/1916, que entrou em vigor um ano depois, sistematizou pela primeira vez o instituto da adoção no Brasil. Porém, pelo que se inferia dessa norma, a adoção não tinha o intuito assistencial que possui atualmente, o objetivo do instituto era dar filhos a quem na época não tivesse condições de gerá-los biologicamente. Em virtude disso, a lei impunha severas limitações que praticamente inviabilizavam a concretização da adoção, como, por exemplo, delimitando a idade mínima do adotante em 50 anos (art. 368) e desde que este não possuísse prole legítima ou legitimada.

Em 1957, com a advento da Lei nº 3.133 de 08/05/1957, algumas dessas rígidas exigências foram mitigadas, tendo sido reduzida de 50 para 30 anos a limitação de idade mínima dos candidatos à adoção e de 18 para 16 anos a diferença mínima de idade entre adotante e adotado. Por outro lado, fora estabelecido que somente após cinco anos de casamento é que os casais poderiam candidatar-se à adoção. Àquela época, a adoção era realizada por escritura pública e havia a possibilidade de reversão, podendo o vínculo ser dissolvido nas hipóteses de deserção ou de comum acordo entre as partes. Quão tênue era o vínculo, podia-se então falar-se em "ex-pai", "ex-mãe" e "ex-filho".

A legitimação adotiva, consagrada na Lei nº 4.655 de 02/06/1965, mostrou-se uma inovação importante no instituto da adoção. De acordo com o citado diploma legal, foi introduzida no Brasil a legitimação, sem extinguir a adoção simples do Código Civil. Mantida a idade mínima de 30 anos para os casais interessados na legitimação, essa lei autorizou o procedimento antes desta idade desde que o matrimônio tivesse mais de cinco anos e provada a esterilidade e estabilidade conjugal. Ainda segundo esse diploma legal, a legitimação adotiva só podia ser deferida quando o menor até sete anos de idade fosse abandonado, ou órfão

não reclamado por qualquer parente por mais de um ano, ou cujos pais tivessem sido destituídos do poder familiar (à época denominado de pátrio poder), ou ainda na hipótese do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de prover a sua criação. Pela legitimação cessava por completo o parentesco do adotado com toda a família natural.

Com a Lei nº 6.697 de 10/10/1979, que instituiu o Código de Menores, foi revogada a Lei nº 4.655/65 e introduzida em nosso ordenamento jurídico a adoção plena, substituindo a legitimação adotiva, porém, admitindo também a adoção simples regulada pelo Código Civil. Essa lei se destinava à proteção dos menores até dezoito anos de idade que se encontrassem em situação irregular, tendo em vista que os menores em situação regular poderiam ser adotados nos termos do Código Civil, independente de autorização judicial.

Todavia, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069/90, a adoção passou a proteger o interesse da criança e do adolescente prevalecendo os direitos destes acima de qualquer outro. Os menores, vítimas de maus-tratos ou em situação de abandono, serão desvinculados de sua família natural a fim de serem protegidos sendo, a partir disso, passíveis de adoção e colocação em família substituta.

A Carta Magna adotou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente determinando e assegurando no artigo 227 seus direitos fundamentais sem discriminação de qualquer tipo. Ainda, igualou os direitos de todos os filhos, ao estabelecer no § 6º do mesmo artigo, que "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Além disso, a partir de sua vigência foi também afastada a nefasta discriminação antes existente entre os filhos, não sendo mais possível utilizar as denominações discriminatórias de filho legítimo e ilegítimo.

Apenas para citar alguns exemplos, a Carta Federal nos artigos 1º, incisos II a IV, 3º, incisos I e IV, 4º, inciso II, e art. 170, valorizou a família e a pessoa humana, alçando a cidadania e a dignidade a fundamento do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil. E nos arts. 226 a 230, quando tratou da família, da criança, do adolescente e do idoso, o Constituinte revogou todos os dispositivos legais do Código Civil de 1916, ainda arraigados ao Direito Romano, em que prevalecia

a hierarquia e os interesses da família em detrimento do bem-estar de seus membros. Pelo Texto Constitucional brasileiro, a família é que deve ter como objetivo a felicidade de seus integrantes, pelo que está constitucionalizado o afeto, o carinho, o desvelo e a solidariedade.

Ademais, além da proteção dada pela Constituição à família, os menores têm diploma jurídico próprio que lhes assegura proteção integral, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Sua finalidade é dar ampla proteção aos menores, que merecem e necessitam tratamento diferenciado, pois, sujeitos de direito em situação peculiar de hipossuficiência. A Lei nº 8.069 de 13/07/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ao substituir o Código de Menores de 1979, estabeleceu uma nova concepção do que seja a criança e o adolescente. Até então, o Código de Menores era direcionado ao universo de pessoas menores de 18 anos que encontravam-se em suposta situação irregular. Com o advento do ECA, foi contemplada a Proteção Integral e, portanto, a criança e o adolescente passam a ser concebidos como cidadãos, ou seja, sujeito de direitos, independentemente de classe social, raça, etnia ou quaisquer outras distinções.

O Novo Código Civil Brasileiro (CC), Lei nº 10.406 de 10/01/2002, que entrou em vigor no ano de 2003, em seu Capítulo IV também tratou do tema adoção nos artigos 1.618 a 1.629.

A Lei Nacional da Adoção – Lei nº 12.010 publicada em 03/08/2009, veio finalmente concentrar em uma única lei todas as disposições a respeito do tema, dando ao ECA a disciplina legal da adoção de crianças e jovens, além de alterar a redação aos artigos 1.618 e 1.619 do CC e revogar os artigos 1.620 a 1.629 do mesmo diploma, entre outras modificações.

4.1 O PROCESSO DE ADOÇÃO

A seguir será feita uma sucinta abordagem acerca dos principais tópicos que norteiam o processo de adoção.

O ECA, respaldado pela nossa Constituição Federal, introduziu diversos normas facilitadoras do processo de adoção, viabilizando a recolocação em famílias substitutas de órfãos e abandonados que ficaram sob a tutela estatal.

Neste sentido, Vargas (1998) denota que

> "como exemplo de facilitação introduzida pelo ECA, o Art. 42 estabelece que qualquer pessoa

> maior de 21 anos, independente de estado civil, pode adotar, tendo como restrição apenas a diferença mínima de 16 anos entre o adotante e o adotado e o grau de parentesco (não podem adotar irmãos e avós do adotando)."

Inovando neste aspecto, a denominada Lei Nacional da Adoção – Lei nº 12.010 publicada em 03/08/2009, retificou o dispositivo reduzindo a idade mínima do adotante para 18 anos, relacionando-a à capacidade civil instituída em nosso Código Civil de 2002, em vigor desde 10/01/2003.

O ECA prevê ainda "um trabalho sistemático de preparação e acompanhamento por técnicos que orientam a criança e a família em todo o processo de adoção." (Vargas, 1998). E segundo Andrei (1999), é imprescindível preparar adequadamente os adotantes e a criança a ser adotada a fim de evitar-se possíveis desajustes futuros e novas quebras de vínculos afetivos.

Contudo, embora se tratando de assunto da maior relevância, o legislador deixou de implantar no referido diploma legal o procedimento a ser seguido nos processos de adoção. Por conta disso, à falta de um procedimento específico a ser seguido, cada juiz adota o que considera mais adequado. Destarte, o entendimento que o magistrado dá ao Cadastro Nacional de Adoção (CNA), previsto no artigo 50 do Estatuto, influi sobremaneira no processo, senão vejamos:

Esse sistema de fila, levado ao extremo, torna obrigatória a internação da criança em abrigo próprio, enquanto se consultam os interessados cadastrados. Caso estes, inadvertidamente, se apresentem com uma criança recebida diretamente da mãe, a uma Vara da Infância e Juventude que adota a fila, pretendendo a adoção, podem vê-la retirada de suas mãos, já que deve ser oferecida ao primeiro dos inscritos. Contudo, cabe aqui frisar que a lei não exige a inscrição no CNA como pré-requisito para a concessão da adoção, não prevendo sequer a existência da fila, mas tão somente a de um cadastro de pretendentes.

O ECA estabelece ainda que o processo é isento de custas e emolumentos, ou seja, é gratuito para ambas as partes (art. 141, § 2º); é da competência do juiz da Vara da Infância e da Juventude do domicílio dos pais ou responsáveis ou do lugar onde se encontre a criança (arts. 147 e 148, III); e tramita em segredo de justiça (art. 206).

4.2 HIPÓTESES DO PROCEDIMENTO ADOTIVO

Há duas hipóteses do procedimento adotivo: processo de jurisdição voluntária e procedimento contencioso.

Na primeira, não há litígio, tendo em vista que inexiste disputa com os genitores. Deste modo, diante de um casal previamente inscrito no CNA da Vara da Infância e Juventude da comarca onde reside, sendo o primeiro da lista e pretendendo adotar uma criança (que poderá estar abrigada), fará uma petição inicial, através de advogado, manifestando a sua vontade de acolher a criança que já conheceu e que deseja adotar. Esclarecerá que já foi submetido à avaliação da equipe técnica da Vara, tendo sido considerado apto. Após receber a criança sob "Termo de Guarda", aguardará a visita domiciliar do assistente social, que irá avaliar a compatibilidade da família à adotanda. Haverá ainda entrevista com o psicólogo judiciário que irá analisar a motivação do casal para a adoção e a possibilidade de oferecimento de um lar estável para o adotando. Juntados os laudos ao processo, ouvidos o advogado e o promotor de justiça e não tendo a criança mais de um ano de idade, o magistrado poderá dispensar o estágio de convivência e prolatará a sentença de adoção, quando também determinará ao Cartório de Registro Civil que o assento de nascimento da criança seja cancelado e que se proceda a novo registro com o nome dos adotantes e dos avós paternos e maternos, podendo ainda ser alterado o prenome, conforme previsão legal. Se for o caso de se aguardar o estágio de convivência previsto no artigo 46 do ECA, a sentença será proferida depois do cumprimento dessa exigência (Schettini Filho & Schettini, 2006).

A segunda hipótese, do procedimento contencioso, pretende-se inicialmente a destituição do poder familiar dos genitores da criança, para que em seguida possa ser pleiteada a adoção. É da competência do Ministério Público mover a ação de destituição do poder familiar de pais que tenham descumprido os deveres inerentes ao mesmo. Entretanto, o art. 155 do ECA, dispõe que "o procedimento para perda ou suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse", e por não esclarecer quem é o titular desse direito, tem sido prática usual em nossas Varas da Infância determinar que os adotantes também requeiram a destituição do poder familiar dos pais da criança que pretendem adotar, no mesmo processo de

adoção. Diferentemente deste, o procedimento de destituição do poder familiar está previsto no ECA. Neste processo, os genitores serão citados, terão direito à ampla defesa e a ação se desenvolverá como uma ação cível. Nos autos do processo de destituição do poder familiar cumulado com adoção, o juiz determinará que a equipe técnica realize estudo psicossocial tanto dos adotantes como dos genitores, para que possa concluir onde o menor ficará melhor atendido em suas necessidades. As demais fases processuais ocorrerão tal como no processo de jurisdição voluntária (Schettini Filho & Schettini 2006).

4.3 ADOÇÃO INTERNACIONAL

Há ainda os casos especiais de adoção internacional. A nossa lei considera como assim sendo, aquela que é pleiteada por pessoa ou casal domiciliado no exterior. Pessoa ou casal estrangeiro que resida permanentemente no Brasil não encontrará obstáculos para adotar um menor em nosso país, tendo apenas que seguir os mesmos trâmites a que se submete pessoa de nacionalidade brasileira.

Por muito tempo a adoção tardia internacional figurou como único recurso para o atendimento de um direito garantido às crianças nas Declarações Universais, segundo Vargas (1998), não só pela ausência de postulantes dispostos a enfrentarem todas as dificuldades que o processo implica, como também em virtude dos tabus que ainda são mantidos devido à falta de divulgação sobre as possibilidades de adoções bem-sucedidas.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 ter recepcionado a adoção internacional (art. 227, § 5º), esta passou a enfrentar maiores dificuldades com o advento do ECA, que estabeleceu em seu artigo 31 a excepcionalidade da colocação de criança em família estrangeira.

Pelo fato do Brasil ser signatário da Convenção Internacional de Haia desde 1999, na matéria relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, no mesmo ano foi designada uma Autoridade Central, encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas por aquela Convenção. Dessa forma, é indispensável a intermediação de agências de adoção credenciadas no país de origem dos adotantes e também credenciadas junto à Autoridade Central do Brasil. Assim, as tratativas para obtenção do laudo de habilitação para adoção

são feitas diretamente pelas agências credenciadas, que postularão o pedido junto a esses órgãos. Advogados somente podem pleitear laudo de habilitação para adotantes estrangeiros residentes no exterior quando estes forem oriundos de país não signatário da Convenção de Haia.

Em virtude do nosso país utilizar as Agências de Adoção Internacional como forma de cadastro dos estrangeiros interessados em adotar uma criança brasileira, faculta-se aos candidatos que compareçam ao país somente no momento de encontrar a criança. Portanto, a habilitação de estrangeiros será diferente da habilitação dos brasileiros adotantes, porquanto estes devem ser submetidos a entrevistas de técnicos do Juizado e receber visitas dos assistentes sociais em suas residências, enquanto aqueles passarão pelo procedimento previsto em seu país de origem, sendo chamados ao Juizado somente quando forem receber a criança brasileira em adoção.

5. LEVANTAMENTO ESTATÍSTICO: RESULTADOS E DISCUSSÃO

Realizado levantamento estatístico junto à 16ª Vara da Infância e Juventude da comarca de Aracaju/SE acerca do universo de crianças adotadas no período de 2006 a 2009, a fim de se obter informações concretas sobre as adoções realizadas em nosso Estado, os dados levantados foram compilados e resultaram em cinco categorias empíricas, conforme exposição nas tabelas a seguir.

Tabela 1 – Sergipe: nº total de crianças adotadas no período de 2006 a 2009

Ano / Faixa Etária	0 a 2 Anos	2 a 6 Anos	6 a 10 Anos	Acima 10 Anos	Total:
2006	7	4	2	0	13
2007	8	13	5	0	26
2008	7	3	3	1	14
2009	1	2	0	0	3
	23	**22**	**10**	**1**	**56**

A Tabela 1 ilustra os dados relativos à quantidade de adoções realizadas durante o intervalo pesquisado.

Foram realizadas um total de 56 (cinquenta e seis) adoções, sendo

que destas, na data em que foram deferidas: 23 crianças possuíam menos de 02 anos de idade; 22 estavam na faixa etária dos 02 aos seis anos de idade; 10 contavam entre 06 a 10 anos de idade; e apenas uma possuía mais de 10 anos de idade, conforme extraímos da Tabela 1.

Esses dados confirmam as análises realizadas pelos pesquisadores já citados, que evidenciam a grande procura dos adotantes por crianças recém-nascidas, seja pelo desejo de omitir sua origem não revelando a situação de adotada, seja por medo da "sombra do passado", que reflete-se no medo de que a criança jamais supere as experiências vividas antes da adoção, como foi colocado por Vargas (1998).

Por outro lado, revelam também que a cultura da adoção de crianças maiores em nosso Estado é uma realidade que vem crescendo, tendo, inclusive, superado as adoções convencionais (leia-se: crianças abaixo dos 2 anos de idade) nos últimos três anos, pois temos que estas representam 41% (quarenta e um por cento) do universo de adotados contra 59% (cinquenta e nove por cento) de adoções tardias.

Tabela 2 – nº de crianças adotadas: por gênero

Ano / Sexo	Masculino	Feminino	Total:
2006	7	6	13
2007	13	13	26
2008	6	8	14
2009	2	1	3
	28	**28**	**56**

De acordo com o observado na Tabela 2, nota-se que em nossa região não recai qualquer preferência em relação ao sexo das crianças adotadas, pois temos que a média dos adotados no período é igual para cada sexo.

Tabela 3 – nº de adoções tardias: por etnia

Ano / Cor/Etnia	Branca	Parda	Negra	Total:
2006	0	6	0	6
2007	3	10	5	18
2008	0	4	3	7
2009	1	1	0	2
	4	**21**	**8**	**33**

Os dados da Tabela 3 identificam um dado intrigante relacionado à etnia prevalecente em nossa região. Em que pese a preferência do adotante recair sobre crianças brancas, conforme pesquisa realizada por Weber (1996), em nosso Estado esse perfil muda, em virtude de dois fatores bastante evidentes: dispomos de um número reduzido de crianças brancas disponíveis à adoção, tendo em vista que a população local é predominantemente parda. E a preferência por crianças mestiças se dá exatamente em virtude desse fato, pois ainda de acordo com Weber (1998), os adotantes buscam crianças que possam assemelhar-se o máximo possível com eles mesmos.

Tabela 4 – nº de crianças adotadas: aspectos físicos e psicológicos

Ano	Portadoras de deficiência	NÃO Portadoras de deficiência	Total:
2006	0	13	13
2007	1	25	26
2008	1	13	14
2009	1	2	3
	3	**53**	**56**

Já em relação aos dados da Tabela 4, estes revelam um alarmante dado acerca do preconceito que ainda hoje permeia a adoção: a explícita rejeição às crianças portadoras de deficiência. De acordo com Costa e Campos (2003), "à medida que a criança fica mais velha ou, ainda, quando a criança tem problemas de saúde ou é portadora de deficiência, suas chances para adoção diminuem bastante". Deste modo, infere-se também dos dados acima a triste constatação da veracidade do termo "crianças inadotáveis".

No universo de 56 crianças adotadas no período levantado, não vislumbramos uma única adoção de maiores de 12 anos de idade e a adoção de crianças portadoras de necessidades especiais correspondeu a cerca de cinco por cento.

Há ainda uma peculiaridade a respeito desse grupo analisado: de acordo com Ebrahim (2001), citado por Costa e Rossetti-Ferreira (2007), os adotantes tardios, e em especial aqueles que adotam crianças classificadas como inadotáveis,

> "apresentam um nível sócio-econômico superior aos adotantes clássicos; estado civil mais diferenciado, o que significa a presença de adotantes solteiros, separados ou viúvos em contraposição à maioria absoluta de casados nas adoções de bebês; maior estabilidade e maturidade emocional; motivações mais altruístas para a adoção; além de uma maior presença de casais com filhos biológicos."

Tabela 5 – perfil dos postulantes

Ano	Adotantes sergipanos	Adotantes estrangeiros	Total:
2006	10	3	13
2007	22	4	26
2008	12	2	14
2009	3	0	3
	47	**9**	**56**

Por fim, na Tabela 5 analisamos o perfil dos adotantes em nosso Estado e constatamos que por aqui, além das adoções tardias serem uma realidade muito presente, essa é realizada majoritariamente por pessoas naturais de nosso Estado ou que aqui residem, sendo que o número de adotantes estrangeiros corresponde a apenas 16% (dezesseis por cento) do total apurado, em contraste com o senso comum de que, tradicionalmente, os adotantes tardios são predominantemente estrangeiros. Para Fonseca (2006a), a desaceleração do número de adoções internacionais foi, em grande medida, consequência de legislação nacional (o ECA de 1990) e internacional (a Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989, a Convenção de Haia sobre a Proteção de Crianças e a Cooperação para a Adoção Internacional, 1993). Ainda segundo Fonseca (2006b), uma outra hipótese é a de que "a quantidade de pais adotivos brasileiros pode ter aumentado a ponto de não haver mais crianças disponíveis para adoção por estrangeiros".

6. CONCLUSÃO

Partindo do interesse em obter informações acerca do perfil das crianças adotadas em Sergipe nos últimos anos, passando pela análise da

prática da adoção no Brasil, do sistema jurídico que tutela esse instituto – que evoluiu para proteger o adotado e dar segurança ao adotante, e da evolução da cultura da adoção em nosso Estado, observa-se que há um movimento crescente no percentual das adoções tardias realizadas.

A promulgação da nossa Carta Magna veio assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, adotando a doutrina da proteção integral. Com o advento do ECA, foi estabelecida uma nova concepção do que seja criança e adolescente e estes passaram a ser concebidos como sujeito de direitos independentemente de classe social, raça, etnia ou quaisquer outras distinções.

Embora o ECA tenha extirpado do nosso ordenamento jurídico a modalidade de adoção simples, regulada no antigo Código Civil de 1916, e implementado o modelo jurídico da adoção plena, que é irrevogável e não admite qualquer distinção entre os filhos, o tema permanece permeado por muitos mitos e preconceitos.

De um lado, há ainda o paradigma biologista que privilegia o chamado "laço de sangue" como componente indispensável à constituição familiar; de outro, a cultura da adoção que historicamente privilegiou a adoção de crianças recém-nascidas, tendo em vista que a maioria dos postulantes era formada por casais com dificuldades para gerar filhos biológicos.

A visível evolução da legislação brasileira que trata do assunto fez com que o instituto passasse a ser tratado não mais como meio de dar filhos a quem não pudesse gerá-los, mas acima de tudo como meio de dar pais para crianças que não os tivessem, buscando sobretudo o bem-estar do menor.

Os dados levantados na pesquisa documental realizada junto à Vara da Infância e Juventude desta capital denotam que localmente há uma nova cultura se formando na qual há um movimento progressivo de desconstrução dos preconceitos, fábulas e medos em torno da adoção tardia.

De tudo que já foi colocado sobre a necessidade da filiação para crianças em situação de abandono, vale ressaltar que, independentemente de idade, sexo ou origem, as crianças que ainda lotam abrigos anseiam por viver num ambiente familiar, sendo esta a melhor forma de se desenvolverem plenamente.

Diversos estudos apontam que relativamente aos processos de

adoção tardia, as possibilidades de sucesso ou fracasso estão diretamente relacionadas ao tipo de relação estabelecida entre os atores desse processo (Vargas, 1998).

Deste modo, para a construção de uma nova cultura de adoção, é necessário que as pessoas sejam estimuladas a conhecer seus novos conceitos e tratá-la como uma medida legal e fundamental para garantir a convivência familiar para todas as crianças e adolescentes abandonados. Assim, será possível proporcionar um lar para crianças que não o tem, sem valorizar demasiadamente quaisquer condições.

Nesta perspectiva, repensar a questão do abandono e da adoção de crianças e adolescentes significa dar passos no sentido de reconstruir valores, desmistificar crenças limitantes através da divulgação das possibilidades de adoções bem-sucedidas e reconsiderar, acima de tudo, o interesse da criança e do adolescente.

7. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, M. R. (2003). *A construção do afeto em branco e negro na adoção:* limites e possibilidades de satisfação. 210 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Faculdade de Ciências e Letras de Assis. Universidade Estadual Paulista. Assis.

ANDREI, D. (1999). *Reencontro com a esperança:* coletânea – reflexões sobre a adoção e a família. Londrina: M&C Gráfica.

BRASIL. *Código civil.* Brasília: Câmara dos Deputados, 2002.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado, 1988. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas.

_____. *Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990.* Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

_____. *Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009.* Dispõe sobre adoção.

COSTA, L. F.; CAMPOS, N. M. V. (2003). A avaliação psicossocial no contexto da adoção: vivências das famílias adotantes. *Psic.: Teor. e Pesq.*, Brasília, v. 19, n. 3, dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722003000300004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 17 ago. 2009.

COSTA, N. R. do A.; ROSSETTI-FERREIRA, M. C. (2007). Tornar-se pai e mãe em um processo de adoção tardia. *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto

Alegre, v. 20, n. 3, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722007000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 23 ago. 2009.

FERNANDES, R. F. M. (2005). *Registro civil das pessoas naturais* – conforme a legislação civil vigente. Porto Alegre: Norton Editor.

FERREIRA, M. R. P.; CARVALHO, S. R. (2002). *1º guia de adoção de crianças e adolescentes no Brasil*: novos caminhos, dificuldades e possíveis soluções. São Paulo: Winners.

FONSECA, C. (2006a). Da circulação de crianças à adoção internacional: questões de pertencimento e posse. *Cad. Pagu,* Campinas, n. 26, jun. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332006000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 17 ago. 2009.

FONSECA, C. (2006b). Uma virada imprevista: o "fim da adoção" internacional no Brasil. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582006000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17 de ago. 2009.

FREIRE, F. (org.). (1994). *Abandono e adoção:* contribuições para uma cultura da adoção II. Curitiba: Terre des Hommes.

LADVOCAT, C. (2002). *Mitos e segredos sobre a origem da criança na família adotiva.* Rio de Janeiro: Booklink; Terra dos Homens.

MOTTA, M. A. P. (2001). *Mães abandonadas:* a entrega de um filho em adoção. São Paulo: Cortez.

SCHETTINI FILHO, L. S. & SCHETTINI, S. M. (orgs.). (2006). *Adoção:* os vários lados dessa história. Recife: Bagaço.

VARGAS, M. M. (1998). *Adoção tardia:* da família sonhada à família possível. São Paulo: Casa do Psicólogo.

WEBER, L. N. D. (1996). Famílias adotivas e mitos sobre o laço de sangue. *Jornal Contato.* CRP - 08. n. 79, 1996, p.15.

_____. (1998). *Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção.* Curitiba: Santa Mônica.

SUPRIMENTO JUDICIAL PARA REALOCAÇÃO DE VERBAS ORÇAMENTÁRIAS (POSSIBILIDADE À LUZ DA MODERNA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL)

Saraí Araujo Alves
Advogada. Especialista Lato Sensu em Direito Processual Civil. Pós-graduanda em Direito do Estado.

RESUMO: Os artigos 166, §8°, e 167, incisos V e VI, todos da Constituição Federal, condicionam a realocação de verbas orçamentárias à prévia autorização legislativa. Analisa-se, com o presente estudo, se referida autorização legislativa poderia ser suprida pelo Poder Judiciário, nas hipóteses em que o Chefe do Poder Executivo, necessitando efetivar garantias fundamentais mínimas a uma existência digna para o ser humano, não encontra o necessário respaldo político (autorização) do Poder Legislativo respectivo, bem como uma ponderação dos interesses e valores protegidos constitucionalmente, sob a perspectiva da moderna hermenêutica jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Realocação; verbas orçamentárias; autorização legislativa; suprimento; Poder Judiciário; conflito; princípios.

ABSTRACT: Articles 166, § 8, and 167, V and VI, all of the Federal Constitution, dictate the reallocation of budget funds for the prior legislative authorization. We analyze, with this study is that legislative authorization would be supplied by the judiciary, in cases where the Chief Executive, requiring effecting fundamental guarantees a decent minimum for humans, does not find the necessary political backing (authorization) of the respective Legislative Branch, and a balancing of interests and values protected by the Constitution from the perspective of modern legal interpretation.

KEYWORDS: Relocation; budget allocations; legislative authorization; supply; judiciary; conflict; principles.

1. INTRODUÇÃO

O orçamento público, por ser discutido e aprovado pelo Poder Legislativo, obedecendo, portanto, aos trâmites exigidos para a elaboração das leis, é, sob o aspecto formal, uma lei. Não sem razão, a Constituição Federal, em diversos de seus dispositivos (art. 165, *caput*, e seus parágrafos quinto, sexto e oitavo, art. 166) assim o trata, razão pela qual a Constituição Federal, dentre outras coisas, veda a abertura de Créditos Suplementares e Créditos Especiais **sem a prévia autorização legislativa.**

Levando-se em consideração o que preceitua a Lei de Introdução ao Código Civil, no *caput* do seu art. 2°[1], e ainda o que dispõe o art. 5°, inciso II, da Constituição Federal[2], não é de surpreender o cuidado que a Carta da República teve ao condicionar a realocação de verbas orçamentárias à prévia autorização legislativa, com isso significando que, somente mediante uma **lei específica**, o orçamento público poderia ser alterado, e o Poder Executivo estaria autorizado a efetivar seu Programa de Trabalho.

Com isso, pode-se depreender que a prévia autorização legislativa busca salvaguardar uma infinidade de princípios, dentre os quais cabe destacar, por óbvio, o princípio da legalidade orçamentária (que nada mais é do que a aplicação, no campo do Direito Financeiro, do princípio da legalidade tributária, estatuído no art. 150, I, da CF); a vontade popular, inserida no Título I - Dos Princípios Fundamentais, evidenciada pelo parágrafo único do art. 1° da CF[3]; o princípio da separação dos poderes (art. 60, §4°, inciso III, da CF), além dos princípios orçamentários específicos, tais como o princípio da unidade, da universalidade, da exclusividade, dentre outros.

O presente estudo objetiva, sob a perspectiva da moderna hermenêutica jurídica, fazer uma ponderação de interesses, com uma interpretação especificamente constitucional, entre os princípios constitucionais vinculados ao orçamento público e aqueles atinentes à efetividade de garantias fundamentais que assegurem um mínimo de dignidade ao ser humano, nos quais podemos elencar aqueles indispensáveis à sobrevivência, tais como os direitos atinentes à saúde, à alimentação, pagamento de salários, enfim, todos aqueles que assegurem

cidadania (CF, art. 1°, inciso II) e **dignidade** (CF, art. 1°, inciso III) ao homem.

2. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS ANALISADOS

A Constituição Federal disciplinou a matéria nos seguintes artigos, *verbis:*

> "Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.
> (...)
> § 8º - Os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, **com prévia e específica autorização legislativa.**
> (...)
>
> Art. 167. São vedados:
> I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;
> (...)
> V - a abertura de crédito suplementar ou especial **sem prévia autorização legislativa** e sem indicação dos recursos correspondentes;
> VI - a **transposição**, o **remanejamento** ou a **transferência** de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, **sem prévia autorização legislativa**;" – *destaques acrescidos*

3. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Cabe trazer a lume alguns termos técnicos utilizados pelo Direito Financeiro e que serão úteis para uma melhor compreensão do presente trabalho.

Nesse sentido, temos que a lei orçamentária pode ser modificada por intermédio da **Transposição**, da **Transferência** e do **Remanejamento**, que nada mais são do que instrumentos legais por meio dos quais o administrador público movimenta as dotações consignadas no orçamento público.

Em comentário à Lei n° 4.320, de 17 de março de 1964, Afonso Gomes Aguiar ensina, *verbis:*

> (...) **Transposição** é o instrumento de que se serve a administração pública para movimentar recursos orçamentários de um para outro Programa de Trabalho; **Transferência** é a forma de que dispõe o administrador para movimentar recursos orçamentários de uma para outra Atividade integrante do mesmo Programa de Trabalho; e **Remanejamento** é a via pela qual o administrador redistribui os recursos orçamentários do órgão que foi extinto, para relocá-los em favor dos demais órgãos, ou para atender as despesas com o pagamento do servidor público removido de um Quadro de Pessoal de um órgão para um de outro órgão.[4] (...)
>
> (...) o orçamento é um **Programa de Trabalho** através do qual o Estado fica autorizado a arrecadar dinheiro dos particulares e a gastá-lo nas despesas de interesse público, por ele previstas, se o orçamento não se tratasse de uma lei, as atividades nele consignadas não poderiam ser executadas por falta de um suporte legal.[5] (...)
>
> (...) **Unidade Orçamentária**, na terminologia ou nomenclatura utilizada em Direito Financeiro, significa, de acordo com a redação do art. 14, **o agrupamento de serviços subordinados ao mesmo órgão ou repartição a que serão consignadas dotações próprias.** (...)
> **Órgão Público** e **Unidade Orçamentária** são duas realidades jurídicas distintas, sendo a primeira matéria do **Direito Administrativo**

> e a segunda de **Direito Financeiro.** Existem independentemente uma da outra, embora se completem uma com a outra. Da asserção se tem que tanto pode existir, em potencial, um **Órgão Público,** independentemente de existência de **Unidade Orçamentária**, quanto esta última pode existir sem necessária existência do outro (órgão público). Um **Órgão Público** pode ser criado por lei e passa a existir, podendo, somente no futuro, ser provido de dotação própria. Da mesma forma pode haver **Unidade Orçamentária** sem necessária existência de um **Órgão Público** a que ela se vincule, como condição para sua existência. (...)
> Sem querer, contudo, emitir um conceito de **Unidade Orçamentária,** penso que teria se havido com mais facilidade, o legislador federal, se tivesse deixado expresso que constitui **Unidade Orçamentária** o agrupamento ordenado de dotações orçamentárias vinculado ao **Órgão Público,** para o atendimento de suas necessidades. Na verdade é nisto que se resumem a existência e a finalidade da **Unidade Orçamentária.**[6] (...)

O presente estudo, ao analisar o suprimento da autorização legislativa na realocação das dotações orçamentárias, pelo Poder Judiciário, não irá se deter sobre o desvio ou mal uso das verbas públicas, visto não ser esta a finalidade primeira do presente trabalho. Não custa lembrar, no entanto, que o artigo 315 do Código Penal tipifica o crime de desvio de verbas, para quem der às verbas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei.

Segundo Hely Lopes Meirelles, "desvio de verba" assim se conceitua:

> é a transposição de recursos de determinada dotação para outra sem prévia autorização legal, com infração ao disposto no art. 167, VI, da CF.[7] (...)

Releva notar que, se essa conduta for praticada por Prefeito Municipal, poderá ser enquadrada no artigo 1°, inciso III, do Decreto-Lei

n° 201/67, podendo ainda constituir ato de improbidade administrativa, a teor do que dispõe o inciso XI, art. 10, da Lei 8.429/92.

4. A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA: A INTERPRETAÇÃO ESPECIFICAMENTE CONSTITUCIONAL

A moderna hermenêutica jurídica ensina que, em se tratando de interpretação do texto constitucional, houve a introdução de novos cânones, em complemento àqueles consolidados a partir do trabalho de F. C. Von Savigny, ainda no século XIX, assentados em época cujas matrizes de pensamento jurídico possuíam bases privatísticas.

Perceber a natureza diferenciada entre princípios e regras suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada, em comparação com a hermenêutica tradicional, isso porque os princípios se encontram em estado latente de colisão uns com os outros, requerendo o emprego dos cânones da interpretação constitucional.

Willis Santiago Guerra Filho enfrentou a matéria com brilhantismo, ao argumentar, *verbis*:

> (...) na formulação já clássica de Konrad Hesse, secundado, em língua portuguesa, entre outros, por Gomes Canotilho, sendo, no entanto, de se atribuir a Friedrich Müller, com sua "Teoria Estruturante do Direito" e a correspondente "metódica jurídica, o maior mérito pelo desenvolvimento dos novos cânones hermenêutico-jurídicos.
>
> O primeiro – e mais importante – desses cânones é o da **unidade da constituição,** o qual determina que se observe a interdependência das diversas normas da ordem constitucional, de modo a que formem um sistema integrado, onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores, expresso na

decisão fundamental do constituinte. O ato de interpretação constitucional, portanto, sempre tem um significado político e se dá calcado numa ideologia que, porém, não deve ser a ideologia particular do intérprete, mas sim aquela em que se baseia a própria Constituição. No caso da nossa, a fórmula política se acha claramente indicado no "Preâmbulo" e no seu art. 1°: Estado Democrático de Direito. (...)

Cânone do efeito integrador, indissoluvelmente associado ao primeiro, ao determinar que, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, se dê preferência à interpretação que mais favoreça a integração social, reforçando a unidade política.

Cânone da máxima efetividade, também denominado cânone da eficiência ou da interpretação efetiva por determinar que, na interpretação de norma constitucional, se atribua a ela o sentido que a confira maior eficácia, sendo de se observar que, atualmente, não mais se admite haver na Constituição normas que sejam meras exortações morais ou declarações de princípios e promessas a serem atendidos futuramente. Tal cânone assume particular relevância na inteligência das normas consagradoras de direitos fundamentais.

Cânone da força normativa da Constituição que chama a atenção para a historicidade das estruturas sociais, às quais se reporta a Constituição, donde a necessidade permanente de se proceder a sua atualização normativa, garantindo, assim, sua eficácia e permanência. Esse cânone nos alerta para a circunstância de que a evolução social determina sempre, se não uma modificação do texto constitucional, pelo menos alterações no modo de compreendê-lo, bem como às normas infraconstitucionais.

Cânone da conformidade funcional, que

> estabelece a estrita obediência do intérprete constitucional, da repartição de funções entre os poderes estatais, prevista constitucionalmente.
> **Cânone da interpretação conforme a Constituição,** que afasta interpretações contrárias a alguma das normas constitucionais, ainda que favoreça o cumprimento de outras delas. Determina, também, esse cânone, a conservação de norma, por inconstitucional, quando seus fins possam se harmonizar com preceitos constitucionais, ao mesmo tempo em que estabelece como limite à interpretação constitucional as próprias regras infraconstitucionais, impedindo que ela resulte numa interpretação *contra legem*, que contrarie a letra e o sentido dessas regras.
> **Cânone da concordância prática,** ou da harmonização, segundo o qual se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a que, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual (ou quais) dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros. Nesse ponto, tocamos o problema crucial de toda hermenêutica constitucional, que nos leva a introduzir o *topos* argumentativo da proporcionalidade. (...)[8] (grifou-se)

Com efeito, a percepção desses novos cânones muda a perspectiva do intérprete e do aplicador do Direito, ao se defrontar com o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, diante da mesma posição que ocupam na hierarquia normativa.

A solução é viabilizada com a adoção do "princípio dos princípios", qual seja, o princípio da proporcionalidade, que, nas palavras de Willis Santiago:

> *"(...) determina a busca de uma 'solução de compromisso', na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu 'núcleo essencial', onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana. Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do 'Estado Democrático de Direito', pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.(...)"*[9]

Colocadas tais premissas de hermenêutica jurídica, no tocante à especificidade da interpretação das normas constitucionais, podem-se vislumbrar os valores a serem sopesados a fim de autorizar, no caso concreto, a correta minimização de um princípio constitucional, maximizando a efetividade de outro, *in casu,* a supressão pelo Poder Judiciário da prévia autorização legislativa a autorizar a realocação de verbas orçamentárias, quando sua negativa acarretar a supressão da dignidade da pessoa humana e de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas.

5. PONDERAÇÃO DE INTERESSES EM CONFLITO

Inicialmente, uma premissa de ordem ética se coloca a fim de se perquirirem os motivos subjacentes a motivar o Poder Legislativo na negativa da necessária autorização legislativa à realocação de verbas orçamentárias, conforme determinação expressa no texto constitucional, quando se está em jogo a ausência de dotação específica para o pagamento de salários, medicamentos essenciais, assistência médica, dentre outras garantias existenciais mínimas.

Sendo os representantes do povo os defensores de seus interesses, por imposição constitucional (CF, art. 1°, parágrafo único), é de se questionar em que situações essa representação se efetivaria, quando se nega

(autorização legislativa) a efetividade de garantias fundamentais mínimas, tais como: fornecimento de medicamentos essenciais à preservação da vida, pagamentos de verbas de natureza alimentar, assistência médica gratuita, etc.? Estaria o Poder Judiciário, na análise do caso concreto, efetivamente protegendo a vontade popular ao negar o suprimento judicial necessário à efetivação de garantias fundamentais essenciais a uma existência digna mínima?

De forma brilhante, ressaltou o Juiz Federal Dirley da Cunha Júnior, *verbis:*

> (...) De feito, como bem observou CAPPELLETTI, **a ciência política vem demonstrando que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, os Poderes Legislativo e Executivo, embora tradicionalmente considerados diretamente responsáveis perante o povo, jamais constituem, distintamente do Poder Judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa.** Isso porque, conforme revela, não surpreendentemente, MARTIN SHAPIRO, analisando o sistema político-constitucional americano, cujas considerações, contudo, se estendem ao resto do mundo ocidental, **o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes**.(...) [10] (grifou-se)

É imprescindível que o aplicador do Direito não se limite apenas a uma simples aplicação literal da lei, mas que busque seu espírito, sua

essência maior, notadamente quando em sede de interpretação do texto constitucional.

Fiel a essa sensibilidade, cabe trazer à lembrança a advertência (ainda bastante atual), dada pela Desembargadora Clara Leite de Rezende, recentemente aposentada do Tribunal de Justiça de Sergipe, e cuja percepção pode ser ainda mais enaltecida quando, no decorrer de sua vida profissional, tendo o Brasil saído da ditadura militar e passado pela redemocratização, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com radical mudança, portanto, nos conceitos sociais e jurídicos, a fez antever, já no seu discurso de posse como membro do Tribunal de Justiça, a sensibilidade que deve nortear o aplicador do Direito e que foi sempre uma baliza em seus julgados:

> (...) **Defrontei-me com leis duras, discriminadoras e ultrapassadas e percebi que a missão do julgador não se cingia à aplicação literal dos textos escritos, mas à interpretação do Direito, fonte de lei.**[11] (grifou-se)

Esse mesmo raciocínio é defendido pelo Juiz Federal Dirley da Cunha Júnior, quando afirma, *verbis:*

> (...) Enfim, é o próprio Estado Democrático de Direito que se apresenta como condição de possibilidade e legitimidade de uma interpretação especificamente constitucional. Desse modo, cumpre ao juiz, no exercício da jurisdição constitucional das liberdades, desenvolver e efetivar as normas constitucionais, cabendo-lhe, até mesmo, se necessário à plena realização dos direitos fundamentais, viabilizar políticas públicas ante a omissão inconstitucional dos órgãos de direção política.
>
> A Constituição de 1988, portanto, inovou profundamente a função do Judiciário no âmbito do Estado Social, onde o Legislativo

e o Executivo não cumprem adequadamente a incumbência constitucional ou nada fazem para criar as condições materiais necessárias para assegurar a efetividade dos direitos sociais. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR bem percebeu essa inovação, quando anota que o "sentido promocional prospectivo" dos direitos sociais.

altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (...) **Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e Executivo, passa a ser imputada também à Justiça**.

Isso quer dizer, segundo aponta o citado autor, que o juiz agora também é responsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes pelas exigências do Estado do Bem-Estar Social, de tal sorte que, não obstante a ele não se atribua a função de criar políticas públicas, cabe-lhe a irrecusável função de impor a execução daquelas previstas e comandadas pela

> **Constituição. Assim exigem os postulados da justiça social, base de legitimação de todos os Estados modernos, notadamente dos Estados subdesenvolvidos. E sem justiça social não há Estado de Direito, nem democracia.**[12] (...) (grifou-se)

Embora não seja uma situação comum, alguns Tribunais Superiores já tiveram oportunidade de se manifestar em ocasiões análogas, tendo o Eminente Ministro Celso de Mello concebido o precedente encartado no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, no qual preleciona que, ***"entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado este dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: O respeito indeclinável à vida e à saúde humana"*** (STF - 2ª Turma - Julgamento: 12.09.2000 - Publicação: 24.11.2000) – destaques acrescidos.

Pela relevância do tema e pelo brilhantismo das ideias, cabe transcrever trecho do Acórdão da lavra do Eminente Ministro Celso de Mello, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n° 271.286-8/RS, senão vejamos:

> (...) **Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.** Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com

que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. **Todas essas considerações - que ressaltam o caráter incensurável da decisão emanada do Tribunal local - levam-me a repelir, por inacolhível, a pretensão recursal deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul e pelo Município de Porto Alegre, especialmente se se considerar a relevantíssima circunstância de que o acórdão ora questionado ajusta-se à orientação jurisprudencial firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal no exame da matéria** (RE 236.200-RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RE 247.900-RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 264.269-RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.): "ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos

dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido." (RE 242.859-RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - grifei) "PACIENTE COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. - **O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. - A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance,**

> **um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF."** (RE 232.335-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - grifei) Sendo assim, pelas razões expostas, e considerando, ainda, os precedentes mencionados, não conheço dos presentes recursos extraordinários. Publique-se. Brasília, 02 de agosto de 2000. Ministro CELSO DE MELLO Relator (grifou-se)

Nessa mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp nº 836.913/RS, em decisão da lavra do Ministro Luiz Fux, asseverou que os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, ***há de superar quaisquer espécies de restrições legais*** - REsp 836913/RS; Recurso Especial nº2006/0067408-0. 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/05/2007, publicado no *Diário de Justiça* de 31.05.2007 p. 371.

Não se desvincula, dentre os princípios norteadores do orçamento público, os princípios da solidariedade e o do desenvolvimento (CF, art. 1°, III c/c art. 3°, incisos I a IV) em tudo relacionados com o princípio da redistribuição de rendas, que devem ser paradigmas a serem seguidos num Estado ainda periférico como é o Brasil, detentor de uma das maiores concentrações de renda do mundo.

Não se está, com o presente estudo, a defender ativismos ideológicos, no entanto, não podemos nos esquecer que o Poder Judiciário tem exercido um papel imprescindível na sociedade atual, representando, muitas vezes, a última esperança na efetividade de garantias fundamentais mínimas, como o são a proteção à vida e à subsistência do cidadão, para citar apenas alguns exemplos.

O Direito Comparado nos tem enriquecido constantemente com institutos jurídicos maravilhosos, como, por exemplo, a tão falada *reserva do possível*, instituto de origem alemã. Cabe lembrar, no entanto, que a Alemanha é um país Central, fornecedor de excelentes políticas públicas

gratuitas aos seus cidadãos, motivo pelo qual o operador do Direito, no Brasil, deve servir como um filtro a interpretar de forma correta (sistemática e teologicamente) os objetivos almejados pelo constituinte originário.

Interpretar de forma isolada e literal o texto constitucional, escravizando-nos e engessando-nos num formalismo improdutivo, apenas transformará os aplicadores da lei em meros leitores de códigos, dissociados da real dinâmica social brasileira. Com certeza não é essa a razão pela qual chamamos o nosso Estado de Democrático de Direito.

6. CONCLUSÃO

Ao término deste estudo, percebeu-se que o suprimento judicial a autorizar a realocação de verbas orçamentárias é perfeitamente possível diante da nova visão trazida pela moderna hermenêutica jurídica, a qual, aplicando uma interpretação especificamente constitucional, não busca uma leitura apenas gramatical do Texto Maior, mais, ao contrário, busca sua essência, seu espírito, sempre zelando por uma interpretação integradora e uniforme de seus princípios e valores.

Nessa linha de raciocínio, não há dúvidas de que a vida, a saúde, a salvaguarda do pagamento de verbas de caráter alimentar, ou outros direitos inerentes a um mínimo de dignidade e de cidadania, devem ser sempre priorizados em detrimento da proteção de princípios outros, que, embora notavelmente relevantes, devem ceder por uma questão não só jurídica, mas também ética e moral, pois o ordenamento jurídico somente cumpre a sua função, se o modo como regula as relações sociais é bem-sucedido.

Encerro o presente estudo, com uma reflexão da eminente Desembargadora Clara Leite de Rezende, quando afirma, em pensamento lapidar, *verbis:*

> **"O Direito aplicado terá que representar, para a sociedade, a restauração do equilíbrio social rompido com as suas violações. Ao magistrado é dado refazer a lei, para que traduza o verdadeiro sentido desse direito.**[13]
> (grifou-se)

Notas

[1] LICC, art. 2°, *caput*: Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
[2] CF, art. 5, inciso II: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.
[3] CF, art. 1°, parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
[4] AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito Financeiro: a Lei 4.320 – comentada ao alcance de todos.* 3ª ed., 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2004, págs. 35/36.
[5] Idem, pág. 42.
[6] Idem, págs. 359/360.
[7] MEIRELLES, Hely Lopes.
Direito municipal brasileiro.
10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 227.
[8] FILHO, Willis Santiago Guerra. Notas para uma teoria hermenêutico-jurídica. Leitura Complementar referente à 5ª aula da Disciplina Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional. *Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual em Direito do Estado - Anhanguera –Uniderp|Rede LFG*, págs. 27/28.
[9] Idem, pág. 28.
[10] JÚNIOR, Dirley da Cunha. Interpretação Constitucional e a Criação Judicial do Direito: Contributo para a Construção de uma Doutrina da Efetividade dos Direitos Fundamentais. Leitura Obrigatória referente à 5ª aula da Disciplina Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional. *Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual em Direito do Estado - Anhanguera –Uniderp|Rede LFG*, pág. 8.
[11] LEITE, Fernanda Teixeira. A Colisão Aparente de Direitos Fundamentais: Direito à Informação x Direito à Imagem. *Seleta do Memorial do Poder Judiciário do Estado de Sergipe – Escritos em homenagem à Desembargadora Clara Leite de Rezende.* Vol. 1. Aracaju: Nossa Gráfica, 2010, pág.78.
[12] JÚNIOR, Dirley da Cunha. Interpretação Constitucional e a Criação Judicial do Direito: Contributo para a Construção de uma Doutrina da Efetividade dos Direitos Fundamentais. Leitura Obrigatória referente à 5ª aula da Disciplina Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional. *Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual em Direito do Estado - Anhanguera –Uniderp|Rede LFG*, págs. 12/13.
[13] REZENDE, Clara Leite de. *Seleta do Memorial do Poder Judiciário do Estado de Sergipe – Escritos em homenagem à Desembargadora Clara Leite de Rezende.* Vol. 1. Aracaju: Nossa Gráfica, 2010.

7. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Afonso Gomes. *Direito financeiro: a lei 4.320 – comentada ao alcance de todos.* 3ª ed., 2ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro.* 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FILHO, Willis Santiago Guerra. Notas para uma teoria hermenêutico-jurídica. Leitura Complementar referente à 5ª aula da Disciplina Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional. *Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado - Anhanguera–Uniderp|Rede LFG.*

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Interpretação Constitucional e a Criação Judicial do Direito: Contributo para a Construção de uma Doutrina da Efetividade dos Direitos Fundamentais. Leitura Obrigatória referente à 5ª aula da Disciplina Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional. *Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado - Anhanguera–Uniderp | Rede LFG*.

LEITE, Fernanda Teixeira. A Colisão Aparente de Direitos Fundamentais: Direito à Informação x Direito à Imagem. *Seleta do Memorial do Poder Judiciário do Estado de Sergipe – Escritos em homenagem à Desembargadora Clara Leite de Rezende*. Vol. 1. Aracaju: Nossa Gráfica, 2010.

REZENDE, Clara Leite de. *Seleta do Memorial do Poder Judiciário do Estado de Sergipe – Escritos em homenagem à Desembargadora Clara Leite de Rezende*. Vol. 1. Aracaju: Nossa Gráfica, 2010.

esmese - revista 14.indd 228 03/12/2010 14:30:50

O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Marilian Ribeiro de Sousa Mariano
Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes, pós-graduada em Processo Grandes Transformações pela Universidade Sul de Santa Catarina- UNISUL- LFG. Advogada.

RESUMO: Este trabalho busca analisar até que ponto pode o Poder Judiciário analisar, intervir nos atos administrativos sem ferir a Separação dos Poderes e que não configure uma usurpação de competência. Pois, de nada adiantaria os atos administrativos da Administração Pública estar submetidos à lei se não existisse um órgão distinto e imparcial para sua apreciação e controle. Por conseguinte hoje há um alargamento no controle do mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário em virtude da necessidade da preservação e defesa dos direitos e garantias individuais e coletivos, haja vista, que atualmente o controle judicial não fica mais restrito a verificação dos pressupostos objetivos da legalidade e da legitimidade

PALAVRAS-CHAVE: Ato administrativo; divisão dos poderes; controle judicial.

ABSTRACT: This paper seeks to explore how far the judiciary can analyze, intervened in the administrative actions without interfering with the separation of powers and did not set a usurpation of jurisdiction. Well, no use of administrative acts of the Public Administration Act shall be submitted if there was a distinct corporation for its impartial assessment and control. Therefore there is now an extension of the merit in control of administrative acts by the judiciary because of the necessity of preserving and protecting the rights and guarantees individual and collective, given that currently control the judiciary is no longer tied to compliance with the prerequisites of goals legality and legitimacy

KEYWORDS: Administration act; division of pawers; judicial control.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. Tripartição dos poderes; 3. Sistemas de controle; 4. Noções gerais do controle judicial nos atos administrativos; 5. Controle do Poder Judiciário nos atos administrativos; 6. Meios de controle judicial; 7.Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não é um tema novo, muito pelo contrário, já está muito bem consolidado tanto pela doutrina como na jurisprudência.

No entanto, até que ponto os atos administrativos podem ser examinados pelo Poder Judiciário tem muita divergência doutrinária e jurisprudencial, em virtude que atualmente o controle dos atos administrativos vai além do exame da legalidade, pois os princípios basilares da Administração Pública são fundamentais também para a garantia dos direitos individuais e coletivos.

O controle judicial dos atos administrativos é fundamental para o nosso Estado Democrático de Direito e para a preservação dos direitos individuais e coletivos, não permitindo a arbitrariedade dos agentes públicos diante do poder.

2. TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Segundo Montesquieu apud Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 145) "Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos".

O princípio da divisão dos poderes está expressamente previsto na nossa Constituição Federal, no art. 2º, que estabelece: "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e Poder Judiciário". O referido artigo tem status de cláusula pétrea.

Para José Afonso da Silva (2008, p. 109) a divisão dos poderes é:

> A divisão dos poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) *independência orgânica*, significando que além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.

No entanto, essa divisão dos poderes, como já mencionado pelo art. 2º, da CF, deve ser independentes e harmônicos entre si para que haja um equilíbrio entre os poderes.

A independência dos poderes consiste em cada órgão seja Executivo, Legislativo ou Judiciário administrar seus órgãos sozinhos, independentes, sem necessidade de interferência, de autorização ou explicações, devendo ser observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

Ressalta-se, que a divisão de funções e a independência dos órgãos dos Poderes não são absolutas, pois, existe o sistema de freios e contrapesos para dar equilíbrio entre eles na busca do interesse público e, evitar as arbitragens e abusos de um órgão a outro e para com a coletividade.

Assim, o sistema de freios e contrapesos mantém o equilíbrio entre os três Poderes, sem interferir na competência de cada um, para não configurar domínio de um pelo outro ou mesmo usurpação de atribuições. No entanto, será abordado especificamente o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

3. SISTEMAS DE CONTROLE

Sistemas administrativos ou sistemas do controle jurisdicional da Administração é o regime adotado pelo Estado para a correção dos atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados pelo Poder Público.

Há dois tipos de sistemas administrativos: o sistema francês e o sistema inglês, de acordo com os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 53).

O Sistema Francês originado na França, também conhecido por sistema do contencioso administrativo, o qual veda à Justiça Comum tomar conhecimentos de atos da Administração (MEIRELLES, 2008, p. 53).

Através desse sistema os atos da Administração serão submetidos unicamente à jurisdição especial do contencioso administrativo, o qual existe a figura do Conselho de Estado, órgão responsável pelo controle dos atos administrativos.

Já no Sistema Inglês, também conhecido como sistema judiciário ou sistema de jurisdição única, hoje modernamente, denominado de sistema de controle judicial, é aquele em que todos os conflitos de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados são resolvidos pelo Poder Judiciário (MEIRELLES, 2008, p. 56).

Esse sistema teve origem na Inglaterra, e foi adotado por países como os Estados Unidos, Bélgica, México, Brasil, entre outros.

O Brasil adotou desde a Constituição de 1891 o sistema da jurisdição única. Vale ressaltar, que nesse sistema ocorre a separação da Administração e da Justiça, pois, seja interesse privado ou interesse do Poder Público todos recorrerão ao mesmo Poder Judiciário. Assim, a Administração fica impossibilitada de exercer funções judiciais, mas isso não significa que não possa decidir.

4. NOÇÕES GERAIS DO CONTROLE JUDICIAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O controle jurisdicional ou também conhecido de controle judicial é o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. No entanto, como já foi mencionado este trabalho está restrito ao controle dos atos administrativos da Administração Pública pelo Poder Judiciário.

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário visa à preservação dos direitos individuais e coletivos, pois, impõe a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários.

Assim, está previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Dessa forma, qualquer ato seja do Executivo, Legislativo, ou mesmo do

Poder Judiciário, na função administrativa cabe o controle jurisdicional.

A Administração, conforme o Princípio da Legalidade deve agir sob a lei, logo, seja ato vinculado ou discricionário cabe controle judicial, a sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, o qual deve se limitar à legalidade, sendo vedado ao Poder Judiciário o exame da conveniência e oportunidade do ato administrativo.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2008, p. 716):

> Todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há de ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade) e com presteza e rendimento funcional (princípio da eficiência). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o à anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado.

Assim, o Poder Judiciário pode revisar os atos administrativos ilegais e os ilegítimos. A ilegalidade quando o ato não estiver em conformidade com a lei, quanto à ilegitimidade entende-se quando não forem observados os princípios basilares da Administração Pública.

5. CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O controle pelo Poder Judiciário quanto à legalidade dos atos administrativos é pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência a sua possibilidade, entretanto, em relação ao mérito dos atos discricionários, o qual são analisadas a conveniência e a oportunidade, não é pacífico nem na doutrina nem na jurisprudência.

Todavia, segue-se nesse trabalho, assim como na maioria da doutrina de que não é possível o controle do mérito nos atos discricionários pelo

Poder Judiciário, mas somente, cabe o controle da legalidade, devendo ser observado a lei, a Constituição e os seus princípios.

Pois, em certos casos concretos, só o administrador com os seus conhecimentos sobre o funcionamento da Administração Pública pode decidir no caso concreto através da conveniência e oportunidade o que é melhor para o povo, isso claro, quando a lei conferir ao administrador esta margem de liberdade.

Portanto, só é possível a análise pelo Judiciário dos atos administrativos que não observaram os preceitos da lei ou dos princípios constitucionais, como: os princípios da moralidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, entre outros.

Por conseguinte, há possibilidade do controle judicial no ato discricionário se na análise da conveniência e oportunidade não foram observados a lei, ou a Constituição Federal ou os princípios, sendo considerado ilegal.

Tendo em vista, que não se pode confundir a proibição do controle judicial no mérito administrativo, com a possibilidade de análise pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos discricionários, pois se exorbitou a margem de liberdade que tinha o ato deve ser invalidado.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 210) a rigor, pode-se dizer que, "com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade".

Porém, o que não pode é o Poder Judiciário invadir a análise da conveniência e oportunidade dada pela lei ao administrador, ou seja, não pode aferir sobre o mérito do ato administrativo, porque, do contrário, o juiz estará substituindo o juízo de valor do administrador, as suas escolhas. E só este tem legitimidade para tal, pois só o administrador pode decidir diante do caso concreto o que é melhor para o interesse público, por conhecer o cotidiano da atividade administrativa.

Logo, o Poder Judiciário não pode emitir juízo de mérito sobre os atos da Administração, porque ocorreria usurpação de competência, por estar examinando além da legalidade do ato. No entanto, vale ressaltar, que não se deve confundir o mérito do ato administrativo com o exame dos motivos determinantes, este sim, passíveis de exame em juízo.

Assim, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 640) "não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a sua ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário".

Existem algumas teorias que justificam a possibilidade do controle judicial nos atos administrativos, como a Teoria do Desvio de Poder, este ocorre quando o administrador usa do poder discricionário que possui para alcançar um fim diverso do estabelecido em lei.

Outra teoria é a Teoria dos Motivos Determinantes, na qual a validade do ato fica vinculado ao motivo declarado pelo administrador no seu fundamento, pois se o motivo for inexistente ou falso implica na nulidade do ato administrativo. Por exemplo, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 211), "quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes no processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu o motivo ou não foi verdadeiro, anulará o ato."

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também tem entendimento dessa forma, vejamos:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigi-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5.

> Recurso especial provido." (STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 429570 / GO ; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219) - (grifo nosso*)*
>
> RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – RECURSO PROVIDO.1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação.2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade.3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência "ex officio", para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.4. Recurso provido." (STJ, SEXTA TURMA, RMS 15459/MG, Rel. Min. PAULO MEDINA DJ 16.05.2005 p. 417) (grifo nosso*)*

Dessa forma, mesmo no exame do mérito deve ser observado o princípio da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade dos atos administrativos, caso não sejam observados os princípios pelo administrador o Poder Judiciário invalida-os, pois pelos padrões do homem comum, atentam contra o interesse público.

O controle judicial é, em regra, posterior ao ato; age mediante provocação pelo interessado ou legitimado. E, através do controle judicial dos atos administrativos só é possível decretar sua anulação, nunca a

revogação (porque este como já foi visto faz controle de mérito, não permitido ser feito pelo Poder Judiciário).

Em regra, um ato administrativo anulado pelo controle judicial gera efeitos *ex tunc,* retroage até a origem do ato, desfazendo as relações dele resultantes, sem gerar direitos ou obrigações para as partes, nem criando situações jurídicas definitivas e não admite convalidação. No entanto essa regra é excepcionada para os terceiros de boa-fé, que tenham sido atingidos pelos efeitos do ato anulado.

6. MEIOS DE CONTROLE JUDICIAL

São vias processuais garantidas ao titular do direito lesado ou ameaçado de lesão para obter a anulação do ato ilegal em ação contra a Administração Pública.

Muitos são os remédios constitucionais específicos para o controle dos atos administrativos tais como: mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, o *habeas* corpus, *habeas* data, mandado de injunção. Dos quais alguns deles serão analisados.

Todavia, além desses remédios específicos, o particular lesado por algum ato ilegal da Administração pode utilizar-se das vias judiciais comuns para obter a anulação como também reparação dos danos causados pela conduta ilegal, por exemplo, as ações possessórias, nunciação de obra nova, indenização, cautelar, entre outras.

Por fim, para se ter o controle judicial, basta escolher a via processual adequada e que o autor tenha legitimidade e interesse para obter a prestação jurisdicional devida.

7. CONCLUSÃO

O Poder Judiciário pode controlar todos os atos administrativos sejam eles vinculados ou discricionários, mas para isso deve respeitar a discricionariedade dada por lei à Administração Pública, haja vista, que a lei deu uma margem de liberdade para o agente público escolher, decidir, logo, não cabe o Judiciário invadir esta discricionariedade, ou seja, o mérito administrativo, porque estaria substituindo a sua vontade pela do administrador, e isso não é possível.

Assim, cabe ao Poder Judiciário analisar a atuação dos atos

administrativos discricionários anulando as medidas tomadas em flagrante desacordo com a finalidade prevista na lei, ou que ultrapasse os limites fixados pela lei.

Pois, mesmos nos atos discricionários existem limites que não pode ultrapassar a sua finalidade legal, os quais o agente deve se ater dentro da sua margem de escolha, assim a sua decisão deve observar de modo vinculado os regramentos e princípios norteadores da atividade administrativa.

Não há que se falar em interferência de um poder no outro, pois está garantida pela Constituição Federal apreciação do Poder Judiciário conforme o art. 5º, XXXV. E desde que observados os limites impostos ao Poder Judiciário que em regra não pode revisar o mérito dos atos administrativos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXENDRINO, Marcelo. PAULO,Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 15ª ed.Rio de Janeiro:Impetus, 2008, p.152

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. *O controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz da jurisprudência do STF e do STJ*. Jus Navigandi,Teresina,ano10,n.1078,14jun.2006.Disponíveem:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8508>. Acesso em: 22 de março de 2009

BRASIL, Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação da discricionariedade administrativa*. 1ª ed. Rio de Janeiro:Editora Forense, 2000.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

MARINELA. Fernanda. *Direito administrativo*. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo:Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES. Alexandre de. *Direito constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.

esmese - revista 14.indd 240 03/12/2010 14:30:51

CÂMERAS NAS ESCOLAS: LIMITAÇÕES EM FACE DA LIBERDADE DE APRENDER E ENSINAR

Antonio José Siqueira de Santana
Analista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes/SE, e pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Tiradentes. E-mail: antoniojosess@yahoo.com.br

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar os crescentes casos de instalação de câmeras em salas de aula sob o ponto de vista do direito constitucional à liberdade de aprender e ensinar. Após breve revisão da literatura e análise da legislação acerca da liberdade educacional, seu alcance e suas limitações, verificamos que a utilização de recursos audiovisuais como forma de policiamento de professores e alunos por pais e gestores escolares representa clara ofensa ao direito público subjetivo que ambos detêm de participar de um processo pedagógico livre de pressões e interferências externas.

ABSTRACT: This article aims to examine the increasing cases of installing cameras in classrooms under the terms of the constitutional right of freedom to learn and teach. After a brief literature review and analysis of legislation about freedom of education, its scope and limitations, we conclude that the use of audiovisual resources as a form of policing students and teachers by parents and school administrators clearly harms both subjective public rights in taking part of an educational process free from outside interference and pressures.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de ensinar; Liberdade de aprender; Câmeras nas salas de aula.

KEYWORDS: Freedom of teaching; freedom of learning; cameras in classrooms.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da liberdade de cátedra; 3. Da liberdade de aprender; 4. Câmeras nas salas de aula e liberdade de aprender e

ensinar; 4.1. Limites à liberdade de ensinar e aprender; 4.2. Câmeras nas salas de aula; 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil garante, no capítulo destinado à educação, tutela especial relacionada ao direito de liberdade: a liberdade de ensinar e aprender (art. 206, II).

É sabediço que comumente os recentes avanços tecnológicos têm criado um ambiente hostil às liberdades individuais clássicas, a exemplo da intimidade (utilização de imagem alheia sem autorização) e da propriedade (furtos virtuais).

Também o direito de liberdade pode ser violado nessa nova perspectiva, como de resto já previa George Orwell, no clássico *1984*. No âmbito escolar, o monitoramento de salas de aula através de câmeras pode significar verdadeiro e indevido policiamento sobre docentes e alunos, o que significaria indubitável prejuízo ao preceito constitucional da liberdade de cátedra.

É comum que os defensores da utilização deste tipo de recurso se refiram às novas necessidades e preocupações da sociedade – a exemplo da segurança – para justificar essas investidas sobre o direito de liberdade.

Ocorre que a doutrina tradicional acerca dos direitos fundamentais os preconiza como uma garantia do cidadão em face do Estado, sobre o qual incidiria verdadeira obrigação de não fazer. Conforme veremos, com a evolução das relações sociais, esta doutrina desenvolveu-se ao ponto de se reconhecer uma eficácia dos direitos fundamentais também em face de particulares (eficácia horizontal).

Frequentemente a jurisprudência tem imposto limites às gravações de áudio e/ou vídeo em face de direitos fundamentais constitucionais, a exemplo dos já citados. Nesse passo, são proibidas as câmeras em banheiros ou em quaisquer outros lugares que possam atingir a intimidade alheia.

Isto posto, resta investigar se, no caso sob estudo, o direito fundamental à liberdade de ensinar e aprender pode impor ao Estado a obrigação de não colocar e/ou tolerar indiscriminadamente câmeras nas escolas.

2. DA LIBERDADE DE CÁTEDRA

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) garante, dentre as tutelas às liberdades individuais, no capítulo destinado à educação, a liberdade de ensinar e aprender (art. 206, II). Esse direito a doutrina jurídica convencionou chamar de liberdade de cátedra, que na Carta Magna vem prescrita nos seguintes termos:

> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios
> (...)
> II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.

Especificamente no âmbito do ensino superior, cumpre asseverar que há dispositivo constitucional que expressamente garante ainda a autonomia universitária nos planos *didático-científico*, administrativo, financeiro e patrimonial (art. 207).

Fazendo um comparativo com Constituições de outros Estados que fundam seu direito na escola romanística, observamos que a nossa Carta Magna está em perfeita consonância com a dos demais países, que também garantem esse direito. Como exemplo, podemos citar as disposições sobre liberdade de cátedra existentes nos textos constitucionais do Uruguai (1967; artigo 68), Espanha (1978; artigo 20, 1.c), Itália (1947; artigo 33) e Portugal (1976; artigo 43.1).

Do ponto de vista histórico, vemos que a liberdade de cátedra não constava nas Constituições de 1824 e 1891, sendo inserida em nosso direito constitucional pela primeira vez através da Carta Magna de 1934 (1934, art.150, parágrafo único, "c"), sendo suprimida pela autoritária Constituição de 1937, outorgada por Vargas.

A garantia de liberdade de ensino retornou na Constituição de 1946 (1946, art. 168, VII), sendo repetida nas Constituições de 1967 (1967, art. 168, §3º, VI) e na atual (1988, art. 206, II).

Também a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (1996) previu em seu art. 3º a liberdade de aprender e ensinar. Nesse ponto, critica-se a

legislação infraconstitucional, tendo em vista sua excessiva brevidade ao tratar do tema, restringindo-se a repetir o que já dissera a Constituição Federal. Segundo Saviani (2006), "esperava-se que a lei fosse mais específica na regulamentação do direito à liberdade de ensino".

A crítica justifica-se na medida em que cumpre ao Estado, enquanto destinatário primeiro dos direitos fundamentais, não somente respeitá-los, mas editar as normas e criar as condições para que estes possam ser exercidos em sua plenitude, constituindo-se no binômio direito de proteção/dever de tutela (ALEXY, 2008, p. 450)

Tampouco as normas postas elaboraram um conceito de liberdade de cátedra. Nesse ponto, não há prejuízo na omissão estatal, ao deixar a cargo dos cientistas e doutrinadores a livre discussão sobre o conceito desse instituto – o que, em última análise, pode propiciar uma interpretação mais abrangente dessa liberdade pública.

A formulação de conceitos é complexa. Estabelecer um conceito não é algo que se possa fazer sem ter uma noção exata dos significados de cada componente da coisa que se quer definir. Assim, nossa primeira busca foi descobrir, no nosso vernáculo, o alcance e sentido dos componentes da liberdade de cátedra.

Segundo o *Novo Dicionário Aurélio* o verbete *cátedra* (2004) deriva do latim *chatedra*, e significa a cadeira professoral, a matéria ou disciplina ensinada por um mestre. Já a liberdade é definida como "poder de agir, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas".

O mesmo dicionário traz, dentro do verbete *liberdade* (2004), a locução *liberdade de cátedra* como sendo "a liberdade de manifestação do pensamento no exercício do magistério".

Alexandre de Moraes (2002) afirma que a liberdade de cátedra é aquela dirigida ao professor para que possa livremente externar seus ensinamentos aos alunos, independente de interferências externas.

Já Santorras, citada por Paule Ruiz e Cernuda del Rio (2005), define-a como a liberdade que todo professor possui de transmitir seus conhecimentos do modo que entender oportuno, independentemente desses conhecimentos serem ou não oriundos do seu próprio trabalho investigativo. Entretanto, o autor restringe a liberdade de cátedra enquanto um direito do particular em face do Estado.

Aqui entendemos cabível uma breve crítica. É que a liberdade de

ensino não pode ser entendida exclusivamente como um direito do particular contra o Estado. A liberdade de cátedra deve ser oponível contra qualquer um que atente contra ela, seja essa pessoa de direito público ou particular. Qualquer outra interpretação restringiria arbitrariamente o alcance da liberdade de cátedra dos professores de instituições particulares de ensino, o que não se coaduna com o sentido da garantia constitucional sob exame.

De fato, a concepção liberalista original dos direitos fundamentais os impunha como oponíveis apenas em face do Estado. Ocorre que os direitos fundamentais, desde sua concepção até os dias atuais, vêm passando por seguidas transformações, todas determinadas pelo contexto histórico, político e social, segundo a ideia consagrada por Lévy-Brühl (2000, p. 29) de que, se muda a sociedade, muda o direito.

Nesse passo, os desdobramentos históricos do liberalismo demonstraram que os indivíduos que detinham poder – mormente o econômico –, passaram a subjugar os demais, validando juridicamente essa situação nos princípios de liberdade (tida como plena autonomia da vontade) e igualdade (apenas formal). Trata-se do fenômeno definido por Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 52) como a "ameaça horizontal".

Acompanhando essa nova conformação sócio-política, o ramo epistemológico ligado aos direitos fundamentais evoluiu basicamente de duas formas: (a) no desenvolvimento de novos direitos – os direitos sociais, de segunda geração; (b) no reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais – tanto dos novos como dos já existentes – em face de indivíduos, e não somente em face do Estado.

Trata-se aqui do que a doutrina tem denominado de eficácia ou efeito horizontal dos direitos fundamentais, mediante a oponibilidade destes direitos mesmo nas relações entre particulares. Cumpre lembrar que o STF há muito tempo vem acolhendo essa tese, tendo-a admitido expressamente no julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ.

Feita essa digressão teórica, inferimos que a supressão dessa garantia aos professores de instituições privadas apenas colaboraria com o processo de industrialização da ciência a que se referiu Boaventura de Sousa Santos (1988), de forma que pautas e métodos científicos pré-definidos de acordo com interesses comerciais ou industriais do particular minariam o ideal de pluralidade que informa nosso sistema de ensino, conforme previsão expressa na Carta Magna (art. 206, III).

Diante da sucinta revisão de literatura acima exposta, formulamos nosso próprio conceito de liberdade de cátedra como sendo a *garantia que tem o professor de transmitir conhecimento para seus alunos segundo os métodos e convicções que entender necessários, independente de pressões e interferências externas de qualquer pessoa, seja ela de natureza privada ou estatal.*

A liberdade de cátedra não pode ser concebida como um direito estanque. Deve, antes de tudo, atender à função social da educação. Entendemos que a liberdade de ensino é sobretudo uma garantia instrumental, que colima um fim maior, qual seja: uma educação democrática (art. 206, I, IV e VI da CRFB/88), plural (art. 206, III da CRFB/88) e de qualidade (art. 206, VII da CRFB/88).

Para Nilson Nobuaki Yamauti (2004) as restrições à liberdade de ensino são típicas de regimes totalitários, citando os exemplos da China atual e do Brasil nos anos 60, quando vários intelectuais foram perseguidos e tolhidos de expressarem suas opiniões no exercício do mister educacional. Afirma ainda que

> É verdade que são necessários mecanismos regimentais para evitar arbitrariedades de professores dentro da sala de aula. O que pretendemos assinalar é que não podemos criar um ambiente semelhante ao do programa *Big Brother Brasil* da Rede Globo onde se sabe de tudo o que os seus participantes fazem. Se criarmos um ambiente semelhante, a Universidade não estará mais servindo para a Educação de pessoas e sim para a deformação de seu caráter. Estaremos vivendo num ambiente típico de totalitarismo.

De fato, durante o regime militar no Brasil, não obstante a previsão constitucional desta garantia aos professores, não raro houve perseguições a docentes que manifestavam pensamento contrário ao regime.

O STF (1964) julgou um dos casos mais agudos envolvendo a liberdade de cátedra no país durante este período. Tratou-se da ordem de Habeas Corpus nº 40.910/PE concedida ao professor Sérgio Cidade de Rezende, preso após distribuir um manifesto contrário à situação

política do país a seus alunos em sala de aula. Em destacado voto, o Ministro Evandro Lins e Silva[1] cita trecho do livro *The Right of the People*, de autoria do juiz da Suprema Corte americana, William O. Douglas:

> O governo não pode privar os cidadãos de qualquer ramo do conhecimento, nem impedir qualquer caminho para a pesquisa, nem proibir qualquer tipo de debate. A proibição se estende aos debates particulares entre os cidadãos, aos pronunciamentos públicos através de qualquer meio de comunicação ou ao ensino nas salas de aula.[...] Aos professores se deve permitir a busca das ideias em todos os domínios. Não deve haver limites para tal discussão.

O que se deve entender é que a finalidade dessa garantia constitucional não é o simples resguardo da ideologia pessoal do professor, que já estaria amparada pela liberdade de manifestação do pensamento prevista no art. 5º, IV da Constituição Federal. A expressa previsão desse dispositivo em capítulo especialmente designado para a educação indica uma intenção do legislador constitucional de não deixar dúvidas que o professor, no exercício de seu mister, não pode ter limitada sua liberdade de ensinar. Trata-se, pois, de uma *liberdade qualificada*.

É a liberdade de cátedra que possibilita ao professor "ser o único juiz da verdade sobre o que ensina", conforme atesta Máriton Silva Lima (2006).

Mais que isso, tranqüiliza os docentes para que melhor cumpram o seu mister de educar, pois, consoante lições de Leda Boechat Rodrigues (1957), o ambiente de suspeita e vigilância deixa os professores temerosos da perda de seus empregos, impedindo dessa forma o livre exercício da inteligência.

3. DA LIBERDADE DE APRENDER

A liberdade de ensinar, como vimos, é garantida desde a Constituição de 1934, apesar de eventualmente suprimida ou vilipendiada em períodos ditatoriais. A Constituição de 1988, por seu turno, representou um

marco inovador no campo das liberdades educacionais na medida em que constitucionalizou a liberdade de *aprender*.

Muito embora a práxis pedagógica possua dois sujeitos, o educador e o educando, nosso ordenamento constitucional somente previa a liberdade docente, olvidando-se completamente que o discente também é sujeito de direitos no processo educativo. Escrevendo sobre o tema sob ponto de vista da Filosofia da Educação, aponta Luckesi (1994, p. 118) que

> o educando não deve ser considerado, pura e simplesmente, como massa a ser informada, mas sim como sujeito, capaz de construir-se a si mesmo, através da atividade, desenvolvendo seus sentidos, entendimentos, inteligência, etc.

Impossível conceber um processo de autoconstrução pelo conhecimento, como propugna o citado autor, se o indivíduo em questão não detiver qualquer parcela de liberdade no processo pedagógico.

A liberdade de aprender surge então como *direito subjetivo público e fundamental que o aluno tem de participar de um processo pedagógico livre*. Observe-se que o professor detém a função de dirigir o processo educacional na sala de aula, conforme dispõe o art. 13 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (1996), mas ao aluno é garantido participar ativamente do processo e qualquer tentativa de tolher esse direito – mesmo por parte do professor – encontra óbice na ordem constitucional vigente.

Não há aí qualquer antagonismo entre as liberdades de ensinar e aprender; ao revés, tais direitos são complementares e indissociáveis e compõem um direito mais amplo, o da liberdade de educação (ROSA, 1999):

> Já a liberdade de educação abrange a liberdade de cátedra (ou seja, de os professores manifestarem aos alunos suas ideias e posições políticas, religiosas, sociais, científicas, etc.) e a dos jovens receberem educação

Corroborando com a necessária composição entre esses dois direitos, Leda Boechat Rodrigues (1957) coloca a liberdade de cátedra como uma condição para que os alunos desenvolvam o conhecimento de forma livre, madura e compreensiva.

Sobre esse vínculo positivo entre liberdade de ensinar e de aprender, destaque-se ainda a lição de Paule Ruiz e Cernuda del Rio (2005), para quem

> la libertad de cátedra no persigue solamente la protección ideológica del profesor; va más allá, en el sentido de garantizar la libre difusión de ideas, y por tanto el beneficio del alumno, al recibir una enseñanza plural y libre[2]

Assim como nos referimos à liberdade de cátedra como um direito instrumental, o mesmo se aplica à liberdade de aprender, que também visa à consecução de um ensino plural, democrático e de qualidade.

4. CÂMERAS NAS SALAS DE AULA E LIBERDADE DE ENSINAR E APRENDER

4.1 LIMITES À LIBERDADE DE ENSINAR E APRENDER

Se o direito à liberdade genericamente considerado não pode ser considerado de forma absoluta, o mesmo deve-se dizer das liberdades de ensinar e aprender, que possuem algumas limitações. Para Eros Grau (2005), seja na universidade pública ou privada, a liberdade de ensino também não deve ser infinita, devendo ser exercida na razão e nos limites da função social da educação.

Alexandre de Moraes (2002), ao estudar a liberdade de cátedra, faz a ressalva relativa ao necessário respeito ao currículo escolar. Atualmente este limite é previsto expressamente na Constituição de 1988, nos exatos termos do art. 210: "serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais".

Observe-se que o constituinte originário somente mitiga o princípio da liberdade de ensinar em face de outro direito fundamental intensamente prestigiado (igualdade), mediante a garantia de que todos terão uma formação básica comum.

4.2 CÂMERAS NAS SALAS DE AULA

Chega-se então ao ponto de discussão a que se propôs este artigo: sabendo-se que existem as liberdades de aprender e ensinar, mas que estas garantias não são absolutas, é lícita a implantação de câmeras em salas de aula?

Conforme exposto na introdução do presente artigo, o principal argumento dos defensores das câmeras em salas de aula justifica a necessidade da medida como uma questão de segurança.

Becker e Marques (2002) duvidam que a violência realmente justifique esse tipo de ação, pondo em cheque a qualidade ética e pedagógica dessas medidas. O que os autores parecem temer é que a justificativa da violência sirva de pretexto para a utilização dos recursos audiovisuais como uma forma de "controle total" de pais e gestores da escola sobre professores e alunos.

De fato, em algumas situações parece inconcebível que um professor de escola mantida por determinada ordem religiosa, *exempli gratia*, detenha plena liberdade de ministrar suas aulas segundo os métodos e convicções científicas que entender necessárias na medida em que estiver sendo monitorado pela própria direção da escola.

Da mesma forma, é ingênuo imaginar que um aluno interagirá da mesma forma numa aula sobre educação sexual se souber que seus pais podem estar assistindo àquela mesma aula através da internet.

Na práxis pedagógica, professores e alunos não devem estar se policiando com medo de pressões externas de qualquer natureza, sob pena de retirar da escola a fertilidade que lhe acompanha desde sempre. Liberdade vigiada é uma negação da liberdade.

Óbvio que não se pretende alijar os pais da participação escolar, porquanto este é um direito que lhes cabe como corolário do dever de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229 da Constituição Federal). O que há de ser condenado do ponto de vista jurídico (como

afronta à autonomia do professor e à liberdade dos alunos) são a interferência indevida e a intromissão na relação professor-aluno em função de mera superproteção ou interesse em manter controle total sobre o docente e seus alunos.

Segundo o pedagogo José Carlos Libâneo (1994, p. 249-253), a relação professor-aluno se constrói com base nos aspectos cognoscitivos, socioemocionais e disciplinares, e somente a convivência dialética entre o professor e seus alunos poderá viabilizar uma avaliação diagnóstica do processo de aprendizagem.

Os pais devem participar do processo educacional, entretanto sem se colocarem como interpostos entre o professor e o aluno, sob pena de causarem interferência indevida no processo e ofenderem a garantia de liberdade de cátedra garantida constitucionalmente.

Eventual e justificadamente, a instalação de câmeras em ambientes administrativos de escolas, seja para garantir a segurança ou para conter o vandalismo, pode ser justificável, desde que respeite os direitos constitucionais fundamentais. O Tribunal Superior do Trabalho (2006) teve a oportunidade de analisar um caso em que as câmeras de vídeo foram instaladas em ambientes administrativos de uma escola, a exemplo de tesouraria, portaria, etc. Vejamos:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - INSTALAÇÃO DE CÂMERAS DE VÍDEO - DIREITO DE APRENDER E DE ENSINAR 1. O uso do poder diretivo do empregador atendeu a critérios de razoabilidade, tendo em vista que a instalação de câmeras de vídeo teve por fim a proteção do estabelecimento de ensino e das pessoas que lá se encontram, sejam alunos, sejam funcionários da instituição, com o intuito de evitar furtos e roubos. 2. Além disso, os direitos previstos no artigo 206, II, da Constituição de 88, quais sejam, liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, não são vulnerados ou ameaçados pela instalação de câmeras de vídeo na portaria, na tesouraria e no estacionamento de instituição de ensino.

Há que se ter muito cuidado com a leitura e interpretação do julgado supracitado. Ao afirmar que o uso de câmeras não vulnerou o princípio da liberdade de cátedra *porque* instaladas em ambientes administrativos, quis dizer o Tribunal, a *contrario sensu*, que sua utilização em sala de aula significaria ofender a liberdade de professores e alunos em suas liberdades de ensinar e aprender. Não disse aquele Tribunal Superior que a instalação de câmeras em escolas pode ser feita indistintamente; ao revés, fez ressalva expressa em sentido contrário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo que foi exposto neste artigo, inferem-se as seguintes considerações finais:

i. O direito à liberdade de cátedra tem sede constitucional e afigura-se como direito público subjetivo dos professores consistente na garantia de transmitir conhecimento para seus alunos segundo os métodos e convicções que entender necessários, independente de pressões e interferências externas de qualquer pessoa, seja ela de natureza privada ou estatal;

ii. A Constituição de 1988 avançou no tema, estabelecendo a liberdade de aprender como direito público subjetivo dos alunos em participar de um processo pedagógico livre;

iii. Tais direitos, embora autônomos, são complementares e indissociáveis, e têm caráter instrumental pois viabilizam a construção de um ensino plural, democrático e de qualidade (art. 206, I, III, IV, VI e VII da CF/88);

iv. As liberdades de ensinar e aprender, como sói acontecer com qualquer direito, não se consubstancia em norma de caráter absoluto, havendo expressa previsão constitucional e precedentes doutrinários de que, no que tange ao conteúdo, devem ser respeitados parâmetros curriculares mínimos;

v. A instalação de câmeras em salas de aula ofende os princípios da liberdade de ensinar e

aprender, na medida em que possibilita aos pais e gestores escolares o policiamento de conteúdos e métodos utilizados por docentes, além de inibir potencialmente a curiosidade e a liberdade dos alunos em participarem do seu processo de autoconstrução pelo conhecimento.

Notas

[1] Como registro histórico, frise-se que o Min. Evandro Lins e Silva, juntamente com o Min. Victor Nunes Leal – que também proferiu fervoroso voto em prol da liberdade de cátedra - viriam a ser posteriormente cassados pelo regime após a edição do Ato Institucional nº 5.

[2] ...a liberdade de cátedra não busca somente a proteção ideológica do professor; vai mais além, no sentido de garantir a livre difusão de ideias, e por conseguinte o benefício do aluno ao receber um ensino plural e livre

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BECKER, Fernando; MARQUES, Tânia B. I. *Uso de câmeras nas escolas*. Textual, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 28-35, nov., 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Concessão de *habeas corpus*. *Habeas Corpus 40910*. Sérgio Cidade de Rezende. Relator: Min. Hannemann Guimarães. 24 de agosto de 1964. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 23 mai. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Trabalhista. Instalação de Câmeras de vídeo e o direito de ensinar e aprender. *Agravo de instrumento s/ recurso de revista 1830/2003-011-05-40.6*. Ministério Público do Trabalho da 5ª Região e Associação Cultural e Educacional da Bahia S/C Ltda (e outros). Relator: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. 21 de junho de 2006. Disponível em <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 23 mai. 2008.

CÁTEDRA. In: NOVO dicionário Aurélio, versão 5.0: dicionário eletrônico. [s.l]: Positivo Informática, 2004. Programa. 1 CD-ROM.

GRAU, Eros. "Constituição e reforma universitária". 23.01.05. <http://mecsrv04.mec.gov.br/reforma/Documentos/ARTIGOS/2005.1.28.16.18.35.pdf> (14.04.08)

LÉVY-BRÜHL, Henri. *Sociologia do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIBERDADE. In: NOVO dicionário Aurélio, versão 5.0: dicionário eletrônico. [s.l]: Positivo Informática, 2004. Programa. 1 CD-ROM.

LIBÂNEO, José Carlos. *Didática*. São Paulo: Cortês, 1994.

LIMA, Máriton Silva. Direito de liberdade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1277, 30 dez. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9343>. Acesso em: 14 abr. 2008.

LUCKESI, Cipriano Carlos. *Filosofia da educação*. São Paulo: Cortez, 1994.

MENDONÇA, Martha. Big Brother nas Escolas. [online] Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,ERT53481-15228-53481-3934,00.html>. Acesso em: 20 jul. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PAULE RUIZ, María del Puerto; CERNUDA DEL RIO, Agustín. La libertad de cátedra, a debate: ¿que es, y hasta dónde llega? In: JORNADAS DE INNOVACIÓN DOCENTE DE LA EUITIO, I, 2005, Oviedo: EUITIO, 2005. *Actas del*... Disponível em: <http://www.di.uniovi.es/~cernuda/investig_ESP.html>. Acesso em: 30 abr. 2008.

RAPOSO, Gustavo de Resende. *A educação na Constituição Federal de 1988*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 641, 10 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6574>. Acesso em: 14 abr. 2008.

RISSO FERRAND, Martín J. La libertad de enseñanza en la Constitución uruguaya. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 10. ed. Montevidéu, tomo 2, p. 497-529. Disponível em: <http://www.kasmex.org.mx/Derecho/Anuario042.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2008.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional americano.* Rio de Janeiro: Forense, 1957.

ROSA, Antônio José M. Feu. *Ainda os direitos humanos*. Revista Jurídica Consulex, ano 3, n. 29. São Paulo: Consulex Publicações Eletrônicas, maio 1999. 1 CDROM

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna*. Estud. av. , São Paulo, v. 2, n. 2, 1988 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 abr. 2008

SAVIANI, Dermeval. *A nova lei da educação: trajetória, limites e perspectivas*. 10. ed. Campinas: Autores Associados, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.
TOSS, Luciane Lourdes Webber. *Monitoramento e vigilância eletrônica do trabalho*. Textual, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 22-27, nov., 2002.
YAMAUTI, Nilson Nobuaki. "Em defesa da liberdade de cátedra". 09.2004. <http://mecsrv04.mec.gov.br/reforma/Documentos/ARTIGOS/2005.1.28.16.18.35.pdf> (14.04.08).

esmese - revista 14.indd 256 03/12/2010 14:30:52

O DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dourival Melo da Silva Júnior
Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes, Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, pós-graduado em Direito Processual Civil e pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho e em Direito do Estado.

RESUMO: O presente texto trata do direito social à saúde na Constituição Federal brasileira, fazendo sua contextualização dentro do texto constitucional como um direito de segunda dimensão que demanda uma atuação estatal para sua concretização, sendo colocada, do ponto de vista de sua aplicação prática, a visão do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que é percebido nos julgados relacionados ao fornecimento de medicamentos pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde; Supremo Tribunal Federal, concretização.

ABSTRACT: This paper deals with the social right to health in the Federal Constitution, contextualizing it within the constitutional text as a right to demand a second dimension that state action for achieving them, placed the point of view of its practical application, the view of the Supreme Court, similar to what happens in the trial related to drug supply in the State.

KEYWORDS: Right to health; Federal Court of Justice; achievement..

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre o Direito à Saúde, um direito social constitucionalmente previsto, sua posição no Texto Constitucional e alguns posicionamentos do Supremo Tribunal Federal acerca do mesmo, revelando-se como um tema de grande relevância social, já que

representa um direito fundamental extremamente relacionado à vida e à dignidade do ser humano.

Inicialmente é feita uma síntese do processo histórico ocorrido até que se chegasse ao Estado do Bem-estar Social, partindo da Baixa Idade Média, chegando ao período mercantilista e ao Estado Absolutista, no qual o Estado concentrava muitos poderes em suas mãos.

Após uma explosão de ideias no campo cultural, artístico e científico, o homem passa a ser o foco das atitudes, sendo o centro da razão, o que dá espaço para o Estado Liberal, que enxugou excessivamente a atuação estatal, momento em que os direitos fundamentais de primeira dimensão estão em alta. A seguir, surge o oposto disso, que é o Estado do Bem-estar Social, já que ficou evidente que as pessoas não eram iguais e que o Estado precisaria ser atuante para tornar eficazes os direitos de segunda dimensão.

Dando continuidade, é colocado capítulo próprio para explanar sobre as dimensões dos direitos fundamentais, enquadrando o direito à saúde como um direito de segunda dimensão e, mais especificamente, como direito social, ao lado de direitos como educação e trabalho.

Qualificada a saúde como direito social, parte-se para sua conceituação e seu posicionamento dentro do modelo de Seguridade Social adotado pelo nosso ordenamento jurídico. É trazido um conceito relacionado à interpretação gramatical, o conceito adotado pelo Texto Constitucional e um apresentado pela doutrina jurídica, fazendo-se ao final um bloco com a junção dessas interpretações dadas ao termo.

Com um conceito de saúde em mente, é apresentado o Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro, colocado em prática pelos entes federativos de forma descentralizada, com rápida passagem pela forma de financiamento deste sistema. Logo depois, são trazidos os conceitos de universalidade e integralidade, extremamente importantes para o desenvolvimento do tema.

Já adentrando em posicionamentos do Supremo em relação ao direito à saúde, destinou-se um capítulo para tratar da ligação existente entre direito à saúde e direito à vida, levando em conta julgado que tratou do fornecimento de medicamentos por parte do Estado para pessoas carentes.

Por fim, no que diz respeito à eficácia das normas constitucionais, é

enquadrado o direito à saúde como norma programática, mas, colocando a posição clara do Supremo no sentido de ser vedado ao poder público deixar de prestar serviços relacionados à saúde sob a simples alegação de que se estaria diante de norma de caráter programático.

2. BREVE RELATO HISTÓRICO: A CHEGADA AO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL (*WELFARE STATE)*

Antes que se apresentasse o que se convencionou chamar de Estado do Bem-estar Social ou *Welfare State*, houve um longo percurso que pode ser sintetizado, para fins históricos, da intitulada Baixa Idade Média até o Estado Democrático de Direito trazido no artigo 1º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, com forte preocupação com o desenvolvimento social.

É que na chamada *Baixa Idade Média (*do século XII ao XV) houve um período em que o sistema feudal existente passou a sofrer abalos, notadamente porque a diminuição do número de invasões bárbaras fez com que os feudos se abrissem, levando as pessoas às ruas das cidades, o que estimulou o ressurgimento das relações sociais, culturais e, por conseguinte, comerciais.

Do século XV ao XVIII, segundo informam José Jobson Arruda e Nelson Piletti (1997, p. 162), tivemos a predominância do mercantilismo, que representa uma fase de transição entre o Feudalismo e o Capitalismo. Nesse período também se formava e crescia o absolutismo estatal, extremamente centralizador, para o qual o governante-rei era o mais alto cargo existente, com tanto poder que chegava a centralizar o "dom" de transmitir a vontade de Deus. O Estado e a pessoa que governava se confundiam, o que não pode ser caracterizado de melhor forma que não pela pessoa de Luís XIV, que "sintetizou suas ideias absolutistas numa frase célebre: "*L´État c´est moi*." (O Estado sou eu.)" (ARRUDA; PILETTI, 1997, p. 169).

É justamente no século XVIII que se transformam em árvores todas as sementes plantadas e germinadas do período feudal ao mercantilista. A sociedade, que outrora acreditava ser o rei um portal de conexão com o ser supremo, paradoxalmente passou a buscar a razão extremada. Explodem estudos científicos, manifestações artísticas, literárias, dentre outras. É neste mesmo século que ocorrem a Independência dos Estados

Unidos (1776), a Revolução Industrial (a partir da segunda metade do séc. XVIII) e a Revolução Francesa (1789).

Como consequência disso, nasce o *Estado Liberal*, nas formas monárquica ou republicana, que defendia a soberania nacional, o regime constitucional, o poder separado em três órgãos diversos, liberdade (através da qual o particular só é obrigado a fazer ou deixar de fazer aquilo que a lei trata), igualdade sem discriminações em decorrência da cor, raça, idade, sexo, crença, religião, como demonstra Sahid Maluf (1999, p. 129).

Dessa forma, era possível verificar na sociedade pessoas fisicamente diferentes; uns mais ricos, outros mais pobres; alguns com oportunidade de estudar, de obter educação, outros sem sequer ter o que comer. Porém, todos esses - saciados e famintos, saudáveis e enfermos, desenvolvidos intelectualmente e pessoas entregues ao acaso - eram igualmente considerados, tratavam-se igualmente os desiguais (ao contrário do que se faz hoje), dando-lhes, ao menos teoricamente, a condição de igualdade.

Sob a premissa utópica de igualdade universal, o Estado Liberal passivamente fechava os olhos para as desigualdades existentes no plano fático, fazendo com que os hipossuficientes fossem subjugados por aqueles que concentravam o poder econômico.

Para arrumar essa desorganização social que prejudicava aqueles sem acesso aos bens econômicos e sociais oferecidos era necessário que o poder estatal reconhecesse o desnível existente e passasse a realizar interferências na sociedade, abandonando a situação de inércia na qual se apresentava.

Daí surge o Estado Social, disposto a intervir na sociedade, passando de mero espectador a ator de extrema importância, que precisa trabalhar para que a vida social do país possa se desenvolver de forma equilibrada.

Assim, o Estado precisa agir para que alguns direitos possam se concretizar na vida de seus cidadãos, tornando-se efetivos, graças à atuação do poder público, sendo tais direitos denominados "prestacionais", de acordo com terminologia utilizada pelo renomado autor Robert Alexy, posto que são realizados através de prestações estatais.

3. DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E ROL DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É justamente no Estado atuante como se mostra o Estado do Bem-estar Social, que se volta para as necessidades da população, que ganham força os chamados direitos fundamentais, cuja conceituação pode ser buscada através da análise feita por Jorge Miranda (2000, p.52):

> Se a Constituição é o fundamento da ordem jurídica, o fundamento de validade de todos os actos do Estado (como diz o art. 3º da Constituição portuguesa), direitos fundamentais são os direitos que, por isso mesmo, se impõem a todas as entidades públicas e privadas (conforme, por seu lado, afirma o art. 18) e que incorporam os valores básicos da sociedade.

Ressaltando que os direitos fundamentais resguardam num ordenamento jurídico o conteúdo existente no significado dos chamados direitos naturais, o festejado autor português J.J. Canotilho (1998, p.347) ensina que:

> Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação jurídica é a constituição. A **positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados "naturais" e "inalienáveis" do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechts-norem).* (Grifo do autor).

Assim, pode-se afirmar que o Estado brasileiro, em sua Constituição

Federal, propõe-se a ser atuante, reconhecendo e concretizando o ideal dos direitos fundamentais colocados em prática por todos os cidadãos, sendo tais direitos categorizados em dimensões1, representando uma constante evolução da sociedade na preocupação de reconhecer e preservar novos direitos assim considerados.

Para SARLET (2004, p. 54-56), os direitos fundamentais de primeira dimensão exigem apenas que o Estado não interfira na esfera individual das pessoas, podendo chamá-los de direitos *negativos*, a exemplo do direito à liberdade, à propriedade, à vida, liberdade para associar-se, liberdade de expressão. Tiveram grande crescimento no Estado Liberal, notadamente porque se esperava uma atuação mínima do Estado.

Já os direitos de segunda dimensão são aqueles que exigem atuação estatal para que sejam realizados, não sendo mais suficiente que o Estado apenas se abstenha de interferir na esfera privada de seus cidadãos. São exemplos de direitos dessa dimensão a educação, o trabalho, a saúde, isto é, aqueles direitos denominados de sociais, que englobam o tema abordado neste trabalho.

Naquilo que concerne à classificação das dimensões de direitos fundamentais adotada por Ingo Sarlet (2004, p. 56-60), existem os de terceira dimensão que partem da esfera individual para englobar grupos de indivíduos. Pode-se citar o direito à paz, ao patrimônio histórico e cultural de um povo, direito à comunicação, à qualidade de vida, dentre outros. Por fim, existe um movimento que defende uma quarta dimensão de direitos, que, nas palavras de BONAVIDES (2006, p. 562-572) ao tratar do tema, englobam o "futuro da cidadania e o porvir de todos os povos".

Portanto, os direitos sociais são espécies (da segunda dimensão) do gênero de direitos chamados fundamentais, conforme declinado anteriormente. Para que eles possam ser efetivados, para que seja vista a concretização dos direitos sociais na vida dos cidadãos, mostram-se imprescindíveis ações concretas por parte do poder público, sob pena de restar infrutífera a previsão do direito pretendido no ordenamento jurídico.

A Constituição Federal Brasileira traz um capítulo destinado aos direitos sociais, que vai do artigo 6º ao 11. Como a partir do art. 7º são tratados direitos sociais relacionados exclusivamente aos trabalhadores,

há que se concentrar nos direitos sociais elencados no artigo 6º da Carta, quais sejam, "a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados".

Assim, resta claro que o rol de direitos sociais, só se torna real na vida dos cidadãos quando o poder público deixa de ser apenas respeitador deles e começa a agir, criando e mantendo os meios necessários para realizá-los. É o que ocorre com o direito à saúde.

4. SAÚDE: CONCEITO E ENQUADRAMENTO COMO ELEMENTO DO SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL

A Seguridade Social é tratada na Constituição de 1988 no título VIII, referente à Ordem Social, do artigo 193 ao 204, e é resultado da união entre Estado e sociedade para proporcionar aos cidadãos os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Fábio Zambitte Ibrahim assim conceitua tal instituto:

> A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo (2003, p. 6).

Compondo a Seguridade Social, ao lado da previdência e da assistência social, a saúde está prevista no art. 196 da Constituição Federal como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Numa interpretação gramatical, o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* (*Internet*, 2006) conceitua saúde da seguinte forma:

> [...] estado de equilíbrio dinâmico entre o

> organismo e seu ambiente, o qual mantém as características estruturais e funcionais do organismo dentro dos limites normais para a forma particular de vida (raça, gênero, espécie) e para a fase particular de seu ciclo vital [...] estado de boa disposição física e psíquica; bem-estar.

Apoiando-se no conceito de saúde trazido pelo artigo 196, da Carta Magna, José Afonso da Silva (2004, p. 308) a concebe como "direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos".

A saúde, portanto, será efetivada através de políticas sociais e econômicas por parte dos entes estatais, englobando medidas de prevenção e recuperação, sendo garantido acesso a todos sem distinção, compreendendo tanto a integridade física como psíquica das pessoas. Para que seja atingida em sua plenitude, exige mais do que a simples constatação das doenças, mostrando-se de grande valia as medidas de prevenção e cura.

5. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

O Brasil possui um Sistema Único de Saúde (SUS) que engloba as três esferas (federal, estadual e municipal), sendo cada uma delas dirigidas, respectivamente, pelo Ministério da Saúde, Secretaria Estadual de Saúde e Secretaria Municipal de Saúde, que agem a serviço da população.

Na ausência das secretarias estaduais e municipais, tal competência será designada ao órgão que lhes faça as vezes. Essa distribuição de competência feita entre os entes demonstra uma das diretrizes do SUS prevista no artigo 198, I, da Constituição, qual seja, a *descentralização*.

Por óbvio, para que a assistência relacionada à saúde seja implementada, os entes precisam de recursos, que são obtidos da forma prevista no artigo 195, da Constituição, através de financiamento com o dinheiro que vem da seguridade social, dos próprios entes federativos e de outras fontes (art. 198, CF).

O Texto Constitucional estabelece que devem ser observados recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços ligados à saúde

(198, §2º, CF). Estes recursos serão aplicados pelos entes federativos em percentuais definidos em lei complementar, nos termos do § 3º do artigo 198, CF. Assim, constata-se que para a realização do SUS no Brasil, mostra-se necessário que os entes federativos unam forças, participando de sua formação e financiamento.

De acordo com o art. 194, parágrafo único, I, da Constituição Federal, um dos objetivos da seguridade social, na qual se inclui a saúde, é a universalidade tanto da cobertura como do atendimento, e a Lei n° 8.080/90, chamada de Lei Orgânica da Saúde (LOS), que trata das "condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes", ratifica o texto constitucional em capítulo destinado às diretrizes e princípios das ações e serviços que dizem respeito à saúde, trazendo o princípio da "universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência" (art. 7°, I).

Ademais, a referida lei trata da integralidade de assistência, que engloba ações e serviços utilizados tanto para prevenir o surgimento de doenças como para curar pessoas ou grupos de pessoas, sendo que esta também se encontra no art. 198, CF.

Em *SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde*, Lenir Santos (*Internet*, 2006) simplifica a ideia de universalidade da seguinte maneira:

> Não podemos nos esquecer de que a Constituição garante acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. A universalidade do acesso mencionada no art. 196 é a garantia de que todas as pessoas — sem barreiras contributivas diretas ou outras — têm o direito de ingressar no SUS. A universalidade compreende todos quantos queiram ir para o SUS.

Para que as pessoas sejam atendidas pelas ações e serviços fornecidos pelo SUS não há que se falar em contribuição. Todos têm direito de ingressar no sistema e obter tanto o atendimento, como ser englobado por medidas preventivas desenvolvidas, assim como receber medidas curativas do Estado.

No que atine à integralidade no Sistema Único de Saúde, SANTOS (*Internet*, 2005) afirma que esta coloca como exigência que as ações e

serviços do SUS garantam às pessoas ou grupo de pessoas a promoção e a recuperação da saúde "de acordo com as necessidades de cada um em todos os níveis de complexidade do sistema". Segunda ela, os três entes federativos devem agir de forma articulada, com o escopo de garantir a saúde (seja por medidas de prevenção ou recuperação) em seus diversos níveis de complexidade.

6. LIAME ENTRE DIREITO À SAÚDE E DIREITO À VIDA

Nos termos do artigo 2º do Código Civil, a personalidade civil tem início a partir do momento em que a pessoa nasce com vida. Todavia, nossa legislação resguarda também os direitos do nascituro desde a sua concepção.

MORAES (2006, p. 31), ao tratar do momento em que começa a vida, afirma que "do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim, a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez".

De acordo com a concepção adotada pelo Direito Brasileiro, a vida terá seu fim quando for diagnosticada a morte encefálica por dois médicos, nos termos do art. 3° da Lei n° 9.434/97, que disciplina o transplante de órgãos em nosso país. Saliente-se que os médicos envolvidos na constatação da morte não podem fazer parte das equipes responsáveis pelo transplante de órgãos e tecidos, para que o diagnóstico esteja livre de qualquer tipo de influência.

Entretanto, não se mostra suficiente apenas que a pessoa se mantenha viva, sendo de extrema importância que possa viver com dignidade. Nesse sentido, de forma objetiva e eficaz MORAES (2006, p. 31) demonstra que a "Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência".

Dessa forma, ao ser trazida à mesa de discussão questão relacionada à concretização do direito à saúde pelo Estado (*latu senso*), faz-se imprescindível sua conexão com o direito à vida, direito inviolável e previsto no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal. Muito claro que tal direito pressupõe qualquer outro, antecede, inclusive, a formação da sociedade e do Estado, o estabelecimento de um ordenamento jurídico.

De nada servem leis, portarias, uma Constituição, se não existe a vida. Perto dela, todos os outros direitos passam a ser relativizados, por ser um pressuposto lógico para que se possa exercê-los, como fica demonstrado em inúmeros julgados do Excelso Sodalício.

De acordo com o conteúdo do acórdão no RE-AgR 271286/RS, de Relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, é esclarecido que o "direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida".

O referido acórdão tratou do fornecimento pelo Estado de medicamentos para paciente sem recursos financeiros portador de HIV/AIDS, e deixou clara a conexão forte existente entre os direitos à vida e à saúde, determinando que, caso o poder público - seja ele federal, estadual ou municipal – fique indiferente aos problemas referentes à saúde das pessoas, estará incidindo "ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional".

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello, asseverou que ao ter que escolher entre a proteção da inviolabilidade do direito à vida e à saúde e interesses financeiros secundários do Estado, não há dúvida alguma que deve prevalecer a primeira opção, já que não se pode declinar à vida e à saúde humana.

7.CARÁTER PROGRAMÁTICO DO ARTIGO 196 E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO

No espaço delineado para tratar da eficácia das normas constitucionais, a maioria da doutrina coloca o artigo que abriga o direito à saúde na Constituição como uma norma de eficácia limitada que traz um princípio programático, isto é, que coloca para o poder público objetivos sociais que devem ser realizados na vida da população.

O eminente autor José Afonso da Silva, em sua obra *Aplicabilidade das normas constitucionais* (1998, p. 146 e ss.) conceitua normas programáticas como aquelas por meio das quais o poder constituinte:

> [...] em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus

> órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar de casos relacionados ao direito à saúde, notadamente aqueles referentes ao dever estatal de fornecer medicamentos à população, entendeu de maneira expressa não ser possível fazer com que o direito à saúde, instituído no artigo 196, da CF, seja transformado em mera "promessa constitucional inconsequente".

Caso assim agisse, estaria o poder público traindo as expectativas que a população possui, deixando de lado o cumprimento de um direito fundamental em decorrência de argumentos relacionados a orçamento, que muitas vezes são apenas alegações vazias e sem objetividade. Podemos encontrar tal entendimento tanto no já citado RE-AgR 271286/RS, como no RE-AgR 393175. Senão, vejamos:

> A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

O que se quer dizer é que não pode o Governo, escondendo-se atrás

do argumento de existência de uma norma programática no artigo 196, CF, eximir-se da obrigação essencial de promover o direito à saúde e, por conseguinte, deixar de lado seu dever de manter o direito à vida protegido.

8. CONCLUSÃO

Diante do exposto acerca da matéria, percebe-se que o Estado brasileiro pode ser enquadrado como Estado do Bem-estar Social, o que lhe confere a responsabilidade pela efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, exigindo muito mais do que a mera inércia estatal, fazendo-se necessária a sua atuação efetiva com o escopo de efetivar os direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, objeto deste estudo.

Enquadrado como um direito fundamental, presente dentre os elementos da Seguridade Social, fica demonstrada a intenção do poder constituinte em tomar para si a execução prática da saúde na vida da população, o que é feito através do Sistema Único de Saúde criado pelo Texto Constitucional e especificado na Lei nº 8.080/90, de forma universal e integral, sem que se exija qualquer tipo de contribuição prévia por parte do cidadão.

A grande importância do direito à saúde é demonstrada de forma inequívoca pelo guardião da Constituição quando faz sua ligação direta com o direito à vida, entrelaçando-os e, por conseguinte, fortalecendo ainda mais todas as medidas preventivas, de promoção e recuperação relacionadas à saúde dos cidadãos, como ficou demonstrado nos julgados relacionados ao fornecimento de medicamentos pelo Estado trazidos no texto.

Por fim, no que atine à eficácia do dispositivo que trata do direito aqui tratado, demonstrado a urgência de sua aplicação na vida social, posto que a saúde não pode esperar, cai como uma luva o posicionamento do Supremo no sentido de que a interpretação da norma programática não seja transformada em uma "promessa constitucional inconsequente", posto que a população espera que o Estado preste os serviços relacionados à saúde e quis o constituinte que o poder público tomasse para si tais atuações.

Notas

[1] O autor Ingo Wolfgang Sarlet assinala para a tendência de substituir o termo gerações por dimensões de direitos fundamentais, pois a utilização daquele pode fazer parecer que quando surge uma nova geração a anterior é superada. Com o termo dimensões fica em foco a idéia de acumulação entre estes direitos e não sua substituição.

9. BIBLIOGRAFIA

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: história geral e história do Brasil*. 7ª ed., São Paulo: Editora Ática, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 25ª ed. atual./pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, Tomo IV: direitos fundamentais*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SANTOS, Lenir. *SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde*. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/radis/49/web-02.html>. Acesso em 22 out. 2006.

_____. *Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº 821, 2 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7378>. Acesso em 26 out. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. rev. atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SAÚDE. In: *DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva., 2006. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=sa%Fade>. Acesso em 28 jul. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional n° 42 de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

A ATIVIDADE DA IMPRENSA E O DIREITO À INTIMIDADE: ALGUNS ASPECTOS JURÍDICO-REFLEXIVOS

Maria José Mendonça da Mota
Pós-Graduanda em Direito Público (2010) pela Universidade Anhanguera – UNIDERP em convênio com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – Rede LFG (Sergipe), Pós-Graduada "*Lato Sensu*" pelo Curso *Veredictum*, Atualização em Direito (2005) pela UNIT (Sergipe), e graduada (2002) em Bacharel em Direito pela UNIT (Sergipe). Atualmente é Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Sergipe e ocupa a Função de Confiança de Diretora de Secretaria do Juizado Especial Cível e Criminal de Itabaiana no Estado de Sergipe.

RESUMO: A imprensa, após vencer uma fase de obscuridade no período da Ditadura Militar em face da censura prévia, com a redemocratização, passou novamente a ser livre. A partir da Constituição de 1988, o direito à informação veio inserido no rol dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Foram proclamadas, de uma vez por todas, as tão aclamadas liberdades de expressão e de imprensa, consideradas por aqueles que as movimentam como absolutas. Em contrapartida, constata-se que são inúmeros os abusos cometidos pelos meios de comunicação, quando, no ímpeto de obterem grandes notícias e as melhores imagens, acabam, muitas vezes, intervindo numa seara que nada tem a ver com o interesse público, pressuposto essencial para a veiculação de informações. Atinge-se, com isso, de uma vez só, inúmeros direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana – fundamento da República Federativa Brasileira, o direito à intimidade e à privacidade, bem como os direitos da personalidade, que englobam a proteção à honra, ao bom nome e à imagem. Esse tipo de atividade, totalmente falha no que atine à ética e ao respeito ao cidadão, certamente, gera constrangimentos e danos, tanto de ordem moral, quanto material, para aqueles que se deparam com sua vida particular sendo devassada ao grande público. Para equilibrar a

liberdade de que dispõe a imprensa com o direito à intimidade, utiliza-se a técnica da ponderação dos princípios constitucionais, por meio da qual, ambos os direitos fundamentais retromencionados podem sofrer mitigação diante das circunstâncias do caso concreto e os causadores do dano serão responsabilizados civil e penalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Imprensa; intimidade; dano.

ABSTRACT: The press, after winning a stage in the dark period of military dictatorship in the face of censorship, the return to democracy, has to be free again. From the 1988 Constitution, the right to information has entered the ranks of the fundamental rights of citizens. Been proclaimed, once and for all, acclaimed as the freedoms of speech and press, by those who regarded the move as absolute. In contrast, it appears that there are numerous abuses by the media, when in great haste to obtain the best images and stories, they often intervened in a harvest that has nothing to do with the public interest, prerequisite for transmitting information. Is reached, therefore, at once, several fundamental rights, such as human dignity - the basis of the Federative Republic of Brazil, the right to intimacy and privacy and personality rights, which include the protection of honor, good name and image. This type of activity, total failure atine in the ethics and respect for citizens, of course, generates constraints and damages both the moral, material and, for those who encounter his private life probed with the general public. To balance the freedom of the press who has the right to privacy, it uses the technique of balancing the constitutional principles by which both retromencionados fundamental rights may suffer in the face of mitigating circumstances of the case and causing the damage shall be liable civilly and criminally.

KEYWORDS: Press; intimacy; damage.

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Direitos fundamentais e suas peculiaridades no sistema jurídico – constitucional; 2.1 Origem e conceito dos direitos fundamentais; 2.2 Direitos *versus* garantia; 2.3 As cinco dimensões dos direitos fundamentais; 2.4 Sujeitos dos direitos fundamentais; 3. Direito à informação; 3.1 Liberdade de Expressão; 4

Direito à intimidade; 4.1 Direito à intimidade *versus* direito à privacidade; 4.2 Direitos da personalidade; 5. Colisão entre direito à intimidade e liberdade de expressão; 6. Responsabilidade civil e penal por dano à imagem e à honra provocado pela invasão da atividade da imprensa no direito à intimidade; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A preservação do direito à intimidade a ser observado pela atividade da imprensa é um tema de relevância jurídica e que provoca muitas discussões, em virtude de se envolver com outros direitos fundamentais reputados pela Constituição Federal Brasileira, a saber: o direito à intimidade, direito à informação, liberdade de expressão e também o direito à reparação de danos morais, materiais e à imagem.

Este trabalho traz, inicialmente, uma abordagem acerca da origem e conceituação dos direitos fundamentais, a distinção desses com as garantias constitucionais, as cinco dimensões dos direitos fundamentais e seus sujeitos.

Vencida essa fase, dar-se-á início à análise dos pontos específicos do tema. Preambularmente, será feito breve relato acerca do direito à informação, cujo exercício se dá através de três desdobramentos: o direito de informar – ligado precipuamente à atividade da mídia, o direito de se informar e o direito de ser informado. Em seguida, passa-se ao exame da liberdade de expressão, trazendo desde o relato histórico da sua supressão durante a Ditadura Militar até considerações sobre a liberdade de imprensa, com o conceito de mídia em tempos democráticos e menção à Lei de Imprensa, inclusive, sob a ótica apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 130/DF.

A próxima etapa do estudo destina-se ao direito à intimidade. Para tanto, analisar-se-á o conceito do que venha a ser intimidade, traçando em seguida distinção entre esta e a privacidade, conceitos ainda hoje erroneamente confundidos até mesmo em sede doutrinária. Em seguida, serão trazidos ao contexto os chamados direitos da personalidade, em cujo rol inserem-se os direitos à imagem, à honra e ao bom nome, todos ligados estreitamente à questão principal deste trabalho.

Analisar-se-á, também a colisão entre o direito à intimidade e a

liberdade expressão e, por fim, tratar-se-á da responsabilidade civil e penal por dano à imagem e à honra provocado pela invasão da imprensa na intimidade das pessoas.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS PECULIARIDADES NO SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

2.1 ORIGEM E CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão *direitos fundamentais* (*droit fondamentaux*) surgiu na França (1770) no movimento político e cultural que deu origem à *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,* de 1789. Hoje é considerado o conjunto de prerrogativas legado ao ser humano, que tem por principal objetivo protegê-lo. São os direitos naturais inerentes à pessoa humana, e que também são nomeados de direitos do homem.

Direitos fundamentais e direitos humanos costumam ser utilizados para designar, quando não os mesmos direitos, ao menos direitos que consagram as mesmas espécies de valores. Todavia, a distinção mais usual é no sentido de que os direitos fundamentais são contemplados no âmbito interno do país e os direitos humanos estão no plano internacional. Ambos os direitos são criados com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana no tocante à liberdade e à igualdade, como ocorreu na Declaração Universal dos Direitos do Homem trazida ao mundo pela Organização das Nações Unidas – ONU (1948).

Nesse sentido, leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 38), a saber:

> "Assim, [...], cumpre-se traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões "direitas do homem" (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), "direitos humanos" (positivados na esfera do direito internacional) e "direitos fundamentais" (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado) (grifo do autor)."

2.2 DIREITOS *VERSUS* GARANTIAS

O reconhecimento e a declaração de um direito no texto constitucional são insuficientes para assegurar sua efetividade. São necessários mecanismos capazes de protegê-los contra potenciais violações: as garantias. Estas não são um fim em si mesmo, mas um meio a serviço de um direito substancial. São instrumentos criados para assegurar a proteção e a efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2008, p. 33):

> "A distinção entre *direitos* e *garantias fundamentais,* no Direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, a as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder (grifo do autor)."

2.3 AS CINCO DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, conforme a demanda de cada época. Destarte, para tratar desses direitos no contexto de sua evolução, convencionou-se dividi-los em gerações. Este termo, todavia, mostra-se inadequado para tratar das transformações sofridas pelos direitos fundamentais, visto que dá ideia de sucessão, de substituição, descaracterizando o caráter progressivo de tal evolução.

O lema revolucionário do século XVIII (liberdade, igualdade e fraternidade) profetizou o conteúdo e a sequência histórica de surgimento dos direitos fundamentais. O entendimento acerca dos direitos integrantes das duas primeiras gerações já se encontra consolidado, contudo, em relação às demais ainda há divergência doutrinária.

Dessa forma, os direitos de primeira dimensão são os que remontam ao pensamento liberal, que dominou o século XVIII. São denominados como direitos negativos ou direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Hodiernamente, tais direitos de primeira dimensão são aqueles englobados pelos grupos dos direitos políticos e civis; e aqueles inerentes

ao indivíduo, tais como, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, posteriormente complementados por algumas outras liberdades, a exemplo da liberdade de expressão, de reunião, de associação, entre outras mais.

Já os direitos de segunda dimensão, por se originarem da problemática social e econômica gerada como consequência da industrialização que dominou o século XX, principalmente nas Constituições do Pós-Segunda Guerra Mundial, são aqueles cujos ideários estão pautados na igualdade material com forte oposição ao liberalismo.

Nessa dimensão, o Estado ocupa um posto ativo e intervencionista, dele sendo cobrado um agir em busca de justiça social. Relaciona-se às chamadas liberdades sociais, rol em que se inserem o direito à saúde, educação, alimentação, de greve, de sindicalização, a férias, a um salário mínimo, repouso semanal remunerado, entre outros.

Os direitos de terceira dimensão, por sua vez, são direitos direcionados não ao indivíduo isoladamente, como os anteriores, mas aqueles inerentes à fraternidade (ou solidariedade) e ao desenvolvimento. Tiveram como causa a constatação da necessidade de atenuar as diferenças entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, por meio da colaboração de países ricos com os países pobres.

Dentre os direitos integrantes desta dimensão, Paulo Bonavides (2003, p. 569), destaca os relacionados ao desenvolvimento (ou progresso), ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Trata-se de um rol exemplificativo, por não excluir outros direitos decorrentes do dever de solidariedade e são *transindividuais* com destino para a proteção do gênero humano.

Ainda discorrendo acerca da terceira geração, é salutar destacar o direito à paz, anteriormente classificado por BONAVIDES como um direito de terceira geração e que, atualmente, o grande mestre vem sustentando ser direito fundamental de quinta dimensão, adiante explanado.

Com relação à quarta dimensão de direitos fundamentais, infere-se que a mesma pode está associada à pluralidade e legitimidade da globalização política. Segundo Bonavides (2003, p. 571):

> "São direitos de quarta dimensão o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles, depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as realizações de convivência (grifo nosso)."

Por fim, menciona-se a quinta dimensão. Apesar de não considerada por grande parte da doutrina e ainda objeto de estudo, a exemplo do *IX Congresso Íbero-Americano* e do *VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, realizados em Curitiba/PR, em novembro de 2006, bem como *II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais*, realizado em Fortaleza/CE, em abril de 2008, para BONAVIDES, esta dimensão está relacionada com o direito à paz, tão aclamada após o atentado terrorista de "11 de Setembro", em solo norte-americano.

2.4 SUJEITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O *caput* do artigo 5.º da Constituição Federal preceitua que todos são iguais perante a lei. Mais adiante, o mesmo dispositivo já restringe esse rol, garantindo a brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil que seus direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade não serão violados. É nessa segunda parte que se abrem as controvérsias acerca de quem são os sujeitos de direitos fundamentais. Será que somente os brasileiros e estrangeiros que residem no país gozam das prerrogativas garantidas pela Lei Maior?

É notório que aqui se vislumbra um equívoco cometido pelo legislador constituinte, uma vez que os direitos fundamentais abrangem

tanto as pessoas naturais, brasileiras ou estrangeiras no território nacional, como as pessoas jurídicas, a exemplo das associações, cujo direito à existência está no próprio artigo 5.º, inciso XVIII da Lei Maior.

3. DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação está inserto no rol dos direitos e garantias fundamentais trazido pela Constituição Federal. É considerado direito de quarta dimensão e se relaciona perfeitamente com a liberdade de expressão de que usufrui a imprensa. Possui três desdobramentos, a saber: direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado.

O direito de informar, diz respeito ao direito que assiste a todos, pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, de informar, a terceiros e até mesmo à coletividade, sobre fatos de interesse público, que estejam revestidos pelo manto da verdade ou, ao menos, pela verossimilhança. É um direito público subjetivo e individual, a todos inerente.

É com este desdobramento que a atividade da mídia e a liberdade de imprensa se relacionam, já que os meios de comunicação exercem-no de forma bastante atuante em qualquer de seus ramos, seja por jornais e periódicos, pelo rádio, pela televisão e ainda, modernamente, pela *Internet*.

É aqui que, muitas vezes, em nome do interesse público e do livre e legítimo exercício do direito de informar, são cometidos os abusos por parte dos meios de comunicação, que, como já foi dito fere outros direitos fundamentais das pessoas, dentre eles, o direito à intimidade, coberto pelo manto da indisponibilidade.

Por não ser absoluto, ao direito de informar, são impostos três limites: a veracidade decorrente da velocidade com que as informações são transmitidas nos dias de hoje. A relevância pública que protege a informação necessária à formação da opinião pública e, por fim, a forma adequada de sua transmissão.

Em decorrência dos supracitados limites, a notícia que afete a imagem, a privacidade ou a intimidade da pessoa humana somente pode ser divulgada quando houver superior interesse público no seu conhecimento e a intervenção do Poder Judiciário, nesses casos, não se confunde com censura.

Nesse sentido, Edson Ferreira Silva, citado por Marcos Alberto Bitelli (2004, p. 194), atesta que:

> "[...] é fora de dúvida que as agressões de maior vulto à intimidade das pessoas são colocadas no direito de informar dos veículos de comunicação e no direito público de ser informado. [...] Enfim, a informação tanto quanto a intimidade são valores tutelados pela ordem jurídica, devendo os órgãos de comunicação responder pelos abusos em que incorrerem no exercício da faculdade de informar. O equilíbrio entre um interesse e outro deve ser buscado pelos operadores do direito, segundo um critério axiológico que deve determinar o interesse prevalente em casa situação."

Não se pode deixar de exclamar que, fere-se aqui, sobretudo o princípio trazido pela Constituição como basilar do Estado brasileiro, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro seguimento do direito à informação é o direito de se informar. Por este, todos têm o direito de buscar informações, de interesse particular ou coletivo, através do acesso a dados e documentos que lhes tragam esse conhecimento. São sujeitos passivos desse direito o Estado, os arquivos e bancos de dados públicos e privados.

Hodiernamente, a *Internet* se tornou um instrumento de busca dessas informações, complementando assim a função informativa dos meios de comunicação. É corriqueiro hoje que as pessoas, através da Rede Mundial, obtenham certidões e documentos junto a bancos de dados *on-line*, chequem informações bancárias, dentre outros.

O direito de se informar é um reflexo da liberdade de imprensa (CF, art. 220 a 224) e se constitui em um direito que todos os indivíduos têm de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral (CF, art. 5º, XXXIII), decorrentes do sistema democrático e do modelo republicano, por ser instrumento indispensável na fiscalização e responsabilização do governo.

O sigilo, em regra, é vedado, sendo garantido a todos o acesso a tais informações. Como não poderia deixar de ser, entretanto, o direito de se informar também não pode ser exercido de maneira ilimitada. O

artigo 2.º da Lei 11.111 de 05 de maio de 2005 regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do artigo 5.º da Constituição Federal, quando o sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Acerca do sigilo, é interessante mostrar o que traz a Lei 8.159/1991, em seu artigo 23 e parágrafos. Pelo *caput* do dispositivo legal em apreço, serão estabelecidas por decreto as categorias de sigilos que deverão ser respeitadas pelos órgãos públicos para a classificação de documentos. Em seguida, o parágrafo primeiro determina que os documentos que ponham em risco a segurança do Estado e da sociedade e também aqueles que sejam necessários à proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem de pessoas, serão originariamente sigilosos. Os dois parágrafos seguintes determinam, respectivamente, restrição de acesso a documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado pelo período de trinta anos, prorrogáveis, uma só vez, pelo mesmo período; e a documentos sigilosos atinentes à honra e à imagem de pessoas pelo período de cem anos, a serem contados de sua produção.

A Lei Maior trouxe como garantia ao exercício desse direito o remédio constitucional *habeas data*[1], em seu artigo 5.º, inciso LXXII, que diz:

> "Conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;"

Atente-se que a expressão retificação de dados, deve ser entendida amplamente para incluir a própria supressão quando se tratar de informações pertinentes à vida íntima da pessoa. É também garantido o direito ao acesso a dados e documentos para busca de informações não só pessoais como aquelas que dizem respeito à coletividade.

Por seu turno, o direito de ser informado, previsto no artigo 5.º, XXXIII da Constituição Federal, atine ao recebimento de informações,

através do Estado, que tem o dever de informar aos cidadãos acerca de assunto de interesse público, sem prejuízo do exercício do direito de se informar aqui já discutido, não obstante também incluir o acesso a dados de arquivos públicos. Trata-se aqui, logo, de via de mão dupla: de um lado está o direito do indivíduo; e de outro o dever estatal.

3.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Preambularmente, é necessário distingui-la do direito à informação, tratado anteriormente. A *liberdade de expressão* compreende os pensamentos, as ideias e as opiniões, enquanto que o *direito* à *informação* abrange a faculdade de comunicar e receber livremente informações sobre fatos que podem ser "considerados noticiáveis".

Destaque-se que ambos os direitos fundamentais supracitados são veiculados através da mídia, na qual se incluem os meios de comunicação escritos como jornais e periódicos, meios de comunicação visuais como a televisão, de áudio como o rádio e, modernamente, a *Internet*.

Ao se traçar um breve histórico, o Brasil regulamentou as atividades da imprensa pela primeira vez ainda no período Imperial. Porém, antes disso e no período colonial, utilizava-se, para os casos que envolvessem atividade da imprensa, a legislação portuguesa acerca do tema. No início da década de cinquenta, fora promulgada a Lei n.º 2.183 de 12 de novembro de 1953, posteriormente derrogada pela Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967- Lei de Imprensa.

Durante a História do Brasil, não raro, ocorreram interrupções à liberdade de expressão como um direito garantido a todos os cidadãos brasileiros e traço marcante da Democracia.

A mais significativa, indubitavelmente, ocorreu durante a Ditadura Militar, período no qual a censura prévia vigorou no meio cultural, em todas as suas vertentes. Tudo o que fosse publicado, em qualquer tipo de meio de comunicação, deveria antes passar pelo crivo do censor, figura típica do regime de governo instaurado no país àquela época e que era presença constante em redações de jornais e emissoras de rádio e televisão.

Nesse período do governo militar, a censura à imprensa foi legitimada no artigo 1.º, § 2.º da Lei 5.250/67 – Lei de Imprensa, a qual resguardou ao Estado exercer a censura sobre os meios de comunicação durante o

período em que o país estivesse sob vigência do Estado de Sítio, medida que foi constante em toda a duração de mais de vinte anos desse governo.

Por se configurar como último resquício do período de ditadura militar, regendo a atividade da imprensa em concordância com os moldes impostos por aquele regime de governo. A Lei de Imprensa revelou-se em descompasso com o dinamismo social. Em 30.04.2009, através do julgamento da ADPF 130/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou sua não recepção pela atual ordem constitucional como sobretutela das liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e dos superiores bens de personalidade que emanam diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

O desacordo da Lei de Imprensa após a chegada da Constituição Democrática de 1988 já ocorreu pelo disposto nos artigos 220 e seguintes, os quais proclamaram as liberdades de expressão e imprensa, livrando a mídia brasileira dos obstáculos da censura e legando aos brasileiros os direitos de resposta e de informar e ser informado.

A liberdade de expressão também tem sido tratada em documentos internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU (1948), que em seu artigo XIX traz que "Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão", bem como o Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 13, 1, diz de forma semelhante que "Todas as pessoas têm o direito à liberdade de pensamento e de expressão".

Vale trazer à baila, já que se fala em "liberdade de expressão à imprensa", o julgamento unânime em que a Suprema Corte Brasileira, no último dia 03 de setembro do ano em curso, aceitou pedido da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) e manteve decisão, dada em caráter liminar pelo Ministro Carlos Ayres Brito, de suspender a censura ao humor durante a campanha eleitoral. Propôs retirar trechos da Lei 9.504/97 que afetavam diretamente os programas humorísticos ao proibir o uso de montagens e trucagens, bem como a vedação à veiculação de opiniões sobre candidatos e partidos. Proclamou-se mais uma vez a imprensa livre.

Frise-se, contudo, que a vedação feita pela Constituição Brasileira à *censura administrativa* ou à necessidade de *licença prévia* para o exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica ou de comunicação (CF, art. 5.º, IX), não significa imunidade de tais manifestações à

apreciação judicial quando ocorrerem colisões com outros interesses constitucionalmente protegidos e será promovida a responsabilização civil e penal alhures discorridas.

Depreende-se do artigo 220, § 1. º da Constituição Federal, que o exercício da liberdade de imprensa não é absoluto. Há limites externos impostos pelos incisos IV, V, X, XIII e XIV do artigo 5.º também da Constituição Federal, quais sejam: a vedação do anonimato, o direito de resposta, a indenização por danos materiais e morais, bem como os direitos à honra e à privacidade, à intimidade, à vida privada e à imagem.

4. DIREITO À INTIMIDADE

4.1 DIREITO À INTIMIDADE *VERSUS* DIREITO À PRIVACIDADE

Apesar de alguns doutrinadores não distinguirem a intimidade da privacidade, tal distinção é vislumbrada da própria análise do inciso X do artigo 5.º da Constituição Federal, quando afirma ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social e que faz parte de seu "patrimônio pessoal". Corresponde às suas frustrações, desejos, angústias e escolhas, não sendo compartilhado nem mesmo com aqueles que com ele convivem. É algo extremamente interior e que, justamente para não ser violado, carece de proteção.

Interessante o que acrescenta José Afonso da Silva (2004, p. 207), quando, fala do dever de sigilo que cabe a alguns profissionais. Assim vejamos:

> "O titular do segredo é protegido, no caso, pelo direito à intimidade, pois o profissional médico, advogado e também o padre-confessor (por outros fundamentos) não pode liberar o segredo, devassando a esfera íntima, de que teve conhecimento, sob a pena de violar aquele direito e incidir em sanções civis e penais."

Já o direito à privacidade salvaguarda, por seu turno, uma parte da vida e do ser do indivíduo que também somente a ele atine, mas que em certa medida é mais externo que a intimidade, já que pode ser compartilhado com aqueles que fazem parte de seu convívio. Todavia, referido direito pode sofrer mitigação destacada pela própria Constituição Federal quando prevê a interceptação da comunicação e a quebra do sigilo de dados bancários, fiscais telefônicos ou informáticos, dentre outros e em sentido amplo, compreende a intimidade e a vida privada.

4.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações. É inerente a todo indivíduo desde o nascimento, resguardando-se, inclusive, os direitos do nascituro, conforme artigo 2.º do Código Civil pátrio.

De acordo com o que leciona Goffredo Telles Júnior, citado por Maria Helena Diniz (2008, p. 119) "[...] os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta, tais como a honra e a imagem."

Os direitos da personalidade não estão demonstrados pela Constituição apenas de forma positiva, quando traz no artigo 5.º, X a garantia da proteção à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem. Estão também previstos de forma negativa, quando no artigo 220, § 1.º, estabelece que: "Nenhuma lei conterá dispositivo que possa embaraçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º IV, V, X, XXIII e XVI".

Os direitos da personalidade são inatos, já que são inerentes à pessoa desde seu nascimento. Por esse mesmo fundamento, diz-se que são indispensáveis e irrenunciáveis. Não podem ser dispensados nem renunciados, pois a todos são garantidos, independentemente de aceitação de seus destinatários. São personalíssimos, logo a ninguém cabe dispô-los ou transferi-los. Por não terem nenhum caráter patrimonial, não podem ser alienados ou penhorados, não lhes podendo ser aferido valor monetário. São, por fim, oponíveis *erga omnes*, pois os direitos da personalidade a todos alcançam, sem distinção.

5. COLISÃO ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Os direitos fundamentais à intimidade e à liberdade de expressão são revestidos de valores diversos entre si, fato que pode gerar colisão entre eles. Dessa maneira, diante de um conflito, com exceção das hipóteses em que a própria Constituição faz ressalvas em relação a um direito fundamental, restringindo-o, não é possível o estabelecimento de uma regra em abstrato, que venha a dirimir tal colisão, pois, fatalmente estar-se-ia ofendendo uma parte do todo constitucional.

Destarte, a medida mais adequada diante desses casos é o exame do caso concreto, utilizando-se a técnica de ponderação dos princípios constitucionais e se respeitando o princípio da unicidade da Lei Maior por não haver hierarquia entre as suas normas.

Via de regra, como já foi exposto aqui, por determinação constitucional, nenhum dispositivo legal pode inibir o pleno exercício da liberdade de expressão, salvo quando este ferir, dentre outros, o direito à intimidade. Entretanto, há na doutrina quem defenda que existem casos em que deve haver uma mitigação desse limite constitucional àquele direito fundamental.

Entende dessa forma Luís Roberto Barroso (2009, p. 339), lecionando que, o grau de exposição de uma pessoa, seja pela atividade que ela exerça ou pelo cargo que ocupa, vai ser determinante na resolução dos casos em que a liberdade de expressão atinge seu direito à intimidade. Segundo o constitucionalista, a privacidade (em sentido amplo), desse tipo de pessoa é submetida a uma medida menos rígida que aquela a que é submetida a privacidade de "pessoas comuns". Os atos praticados em locais reservados devem ter maior proteção que os ocorridos em locais públicos.

O *juízo de ponderação* nesses casos deve ser realizado tomando por base não a pessoa que teve seu direito ofendido, mas sim o teor do prejuízo causado, a fim de solucionar a colisão.

A divulgação de uma informação invasiva da privacidade deve ser admitida quando concorrerem os seguintes fatores: 1) licitude da informação; 2) forma adequada de transmissão; e 3) contribuição para o debate de interesse geral ou relevância para a formação da opinião pública, eixo em torno do qual gira o direito à informação. A divulgação

de uma informação deve ser de *interesse público,* não apenas de *interesse do público.* Deve haver a necessidade de divulgar para esclarecer e a utilidade da divulgação, "que há de corresponder a interesses legítimos", distantes da curiosidade pura e mórbida, afastados do mexerico ou do desejo de conhecer o que é dos outros, sem conteúdo ou serventia socialmente justificáveis. A fonte deve estar comprometida com a seriedade.

Por fim, é restrição legítima à privacidade a divulgação de fatos que envolvam atividades criminosas ("função de prevenção geral") ou de fatos noticiáveis, como enchentes, terremotos, acidentes e catástrofes de grandes proporções.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL POR DANO À IMAGEM E À HONRA PROVOCADO PELA INVASÃO DA ATIVIDADE DA IMPRENSA NO DIREITO À INTIMIDADE

É a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

O artigo 5.º, inciso X, da Lei Maior, em sua última parte, assiste àqueles que tiveram sua vida íntima e privada violadas o direito a buscar indenização por dano material ou moral, em face daqueles que foram seus violadores. Trata-se de responsabilidade civil imposta àqueles que ultrapassarem os limites do permitido, invadindo seara que, além de não lhes dizer respeito, está tutelada de forma concreta pelo sistema constitucional pátrio.

Segundo Carlos Alberto Bittar, utilizando-se de ensinamentos de Minozzi, citado por Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 206):

> "Trata-se [...] de reação natural à ofensa, ideia que desde tempos imemoriais, sempre caracterizou a atuação humana em sociedade, inicialmente, sob a forma de manifestação grupal e, depois, sob a iniciativa individual e formalizada pelos esquemas jurídicos consagradas no Direito Civil."

A imagem é o direito de identificação e pode até ser exercida por um caráter não físico. Pode ser subdividida em três acepções: a imagem-retrato, a imagem-atributo e imagem-voz. A primeira tem a

ver com a representação física, figurativa do indivíduo, que determinar o seu reconhecimento, através de fotografias, por exemplo. A imagem atributo, por seu turno, diz respeito a um conjunto de qualidades como, honestidade, competência, entre outras, atribuído a uma determinada pessoa perante a sociedade. Por fim, a imagem-voz é aquela caracterizada pelo timbre sonoro.

No plano infraconstitucional, o Código Civil, em seu artigo 20, determina, com algumas ressalvas, que tanto a exposição, como a utilização da imagem de uma pessoa, poderão, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização cabível, ser proibidas, quando vierem a atingir sua honra, boa fama ou a respeitabilidade, ou ainda se tais práticas se destinarem para fins comerciais.

Inserido no contexto desta discussão, questiona-se: e quanto às pessoas públicas, cujas atividades por si só já "exploram" sua imagem. Estas pessoas podem reclamar seu direito à imagem? O jurista Alexandre de Moraes (2008, p. 54) responde a esse questionamento a contento, nos seguintes termos:

> "É curial, portanto, que estas pessoas que profissionalmente estão ligadas ao público, a exemplo de políticos, não possam reclamar um direito de imagem com a mesma extensão daquele conferido aos particulares não comprometidos com a publicidade. Isto não quer dizer que estas pessoas estejam sujeitas a ser filmadas ou fotografadas sem o seu consentimento em lugares não-públicos, portanto, privados, e flagradas em situações não das mais adequadas para o seu aparecimento."

Destaque-se o fato de que pessoas públicas, como artistas e atletas, por estarem em posição de destaque, despertam a curiosidade de seu público e acabam por perder o *status* de *pessoa normal,* sendo por vezes até mesmo perseguidas por pessoas ávidas por um contato com seus ídolos. Assim, não se afirma que sua imagem não está protegida, pois se trata de direito fundamental revestido pela indisponibilidade e garantida a todo e qualquer cidadão brasileiro. O que eles perdem é controle do exercício desse direito.

É bom lembrar que esse tipo de abuso não se restringe aos meios de comunicação convencionais, como jornais, revistas, televisão e rádio. Não é rara a circulação na *Internet* de imagens feitas à espreita e que comprometem, de forma irremediável, a imagem daqueles que foram alvo de tal atitude.

Sendo assim, são incontáveis os casos em que, enganosamente fundamentados no interesse público, agentes a serviço dos meios de comunicação, extrapolam o limite do possível expondo a imagem de pessoas, sem sua autorização, causando constrangimento e muitas vezes danos de ordem moral e até mesmo patrimonial[2].

Um grande exemplo de violação à honra e à imagem pela atividade da imprensa ocorreu com os proprietários da Escola de Ensino Infantil Base de São Paulo, Icushiro Shimada e sua esposa Aparecida Shimada e o casal de sócios Paula e Maurício Alvarenga, acusados injustamente de pedofilia. As mídias televisivas e impressas exerceram papel preponderante na deturpação dos fatos, acusando-os de pedofilia sem que ainda se tivesse auferido provas robustas que comprovassem as imputações, conforme matéria publicada no site *Observatório da Imprensa*, na sessão "Imprensa em Questão".

Tal atitude desses meios de comunicação acabou por impelir o repúdio em nível nacional direcionado a essas pessoas, influenciando de forma trágica a opinião pública. Segundo matéria veiculada no site *Fazendo Média*, datado de 30 (trinta) de julho de 2005 (dois mil e cinco), escrita pela editora Carolina Rangel, Shimada já sofreu três enfartes desde o fatídico dia, fuma demasiadamente e teme andar na rua. Hoje, ele mantém a si e à família através dos rendimentos que aufere trabalhando com uma máquina fotocopiadora no centro de São Paulo. Sua esposa faz tratamento psicológico desde o episódio e os outros acusados, seus sócios, se mudaram para o interior de São Paulo.

É mister relatar que tudo o que aqui se tem afirmado, não vale apenas para pessoas vivas. Pessoas já falecidas, embora não estejam fisicamente presentes na sociedade, também merecem a proteção estatal a seu nome, sua imagem, sua honra. Dessa forma, caso algum veículo da mídia torne pública qualquer informação que agrida uma pessoa já falecida, em qualquer desses aspectos, estará indubitavelmente incorrendo nos mesmos abusos até aqui já traçados.

Não há dúvida de que com a decisão proclamada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 130/DF, acerca da não recepção da Lei de

imprensa, surgiu a questão que a mídia denominou de "vácuo jurídico" em relação às violações da honra e da imagem quando praticados pelos meios de comunicação e o direito de resposta. Ficarão os mesmos regidos sob a égide do Código Civil e Penal Brasileiro?

A resposta para referido questionamento ainda aguarda os julgamentos dos Tribunais Brasileiros acerca do tema, vez que a Declaração de Inconstitucionalidade não implica a automática e integral aplicação das normas do Código Penal e Civil.

Entretanto, observando o ordenamento jurídico vigente, pode-se verificar que a modulação dos efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade deverá respeitar os direitos e garantias individuais, especialmente o regramento da aplicação da lei penal e processual penal material mais favorável ao arguido.

Atentar-se, ainda, de que as sanções previstas para os mencionados crimes contra a honra, previstas no Código Penal, são mais favoráveis ao acusado e, portanto, admitida a combinação de leis, aplicar-se-ão aos fatos catalogados na Lei de Imprensa.

Já no que diz respeito aos fatos, veiculados pelos meios de comunicação, ocorridos no período compreendido entre a promulgação da Lei de Imprensa e a declaração de inconstitucionalidade da mesma, o prazo prescricional deverá ser o bienal. Por ser mais benéfico.

7. CONCLUSÃO

Depois de passar mais de vinte anos manipulada pela vontade dos governantes da Ditadura Militar, a imprensa saiu da obscuridade para se restabelecer na democracia que voltava ao país, devolvendo aos brasileiros o poder de manifestar seu pensamento, de livremente se expressar e de ter informação a seu alcance, sendo louvável a decisão adotada pela Suprema Corte Brasileira na ADPF 130/DF, ao declarar não recepcionada a Lei de Imprensa Brasileira pela Constituição Federal de 1988.

Não obstante ocupar tão importante posto em qualquer sociedade democrática, é muito comum, hodiernamente, depararmo-nos com situações em que é perceptível a extrapolação de limites por parte dos meios de comunicação, invadindo aspectos da vida de uma pessoa,

que somente a ela lhe dizem respeito e nada tem a ver com o interesse público ou com as verdadeiras funções da mídia, aqui já demonstradas.

Como o exercício de nenhum direito é absoluto, em relação à atividade da imprensa no patrocínio aos direitos de livre manifestação do pensamento, de informação e liberdade de expressão em contrapartida ao direito de intimidade, também não é diferente a restrição imposta pela Constituição Federal, Direito Civil e Direito Penal.

Para solucionar a aparente colisão entre normas com valores diversos, utiliza-se o "juízo de ponderação" de interesses (proporcionalidade), sempre centrado no valor máximo constitucional - a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inciso III da Constituição Federal).

À guisa de todo o exposto, o ordenamento jurídico brasileiro ao mesmo tempo em que confere liberdade à imprensa protege a intimidade do indivíduo das informações e dos excessos cometidos pela mídia, assegurando-lhe o direito de resposta, bem como a reparação dos danos.

Notas

[1] "O habeas data [sic] configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros. Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica

do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem. O acesso ao habeas data pressupõe, dentre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse de agir. Ausente o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional. A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável pa

ra que se concretize o interesse de agir no habeas data. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do habeas data." (RHD 90/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18/02/2010).

[2] "Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X." (RE 215.984, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/06/02).

BIBLIOGRAFIA

AZUMA, Eduardo Akira. *A intimidade e a vida privada frente às novas tecnologias da informação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 554, 12

jan. 2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6168. Acesso em: 15 de setembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.* Em: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos.* São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 22ª edição – atualizada. São Paulo: Editora Saraiva., 2001.

BITELLI, Marcos Alberto Sant´Anna. *Comunicação social. Coleção de legislação especializada.* Vol. 4, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático.* 5ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1997.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 de setembro de 2010.

CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 18 de agosto de 2010.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969) – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. Disponível em: http://www.viajuridica.com.br. Acesso em: 17 de setembro de 2010.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: http://unicrio.org.br/Textos/udhr.htm. Acesso em: 17 de setembro de 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil – Vol. 1.* 19.ª edição, revista de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito civil. Teoria geral.* Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2008.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 12ª edição. São Paulo:

Editora Saraiva, 2008.
MÍDIA. In: DICIONÁRIO Publicitário on-line. Brasil. Disponível em: http://d2dbr.free.fr/dicionariopublicitario/m.php. Acesso em: 06 de outubro de 2006.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais. Teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência.* 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional.* 4ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Método, 2010.
PENTEADO, Jaques de Camargo. *Lei de imprensa: declaração de inconstitucionalidade e fatos intermediários.* Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº 2175, 15 jun. 2009. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12973. Acesso em: 07 de agosto de 2010.
RANGEL, Carolina. *Onze anos do caso Escola Base: passo-a-passo sobre como a mídia grande destruiu a vida de duas famílias.* Disponível em: http://www.fazendomedia.com/novas/educacao300705.htm. Acesso em: 16 de agosto de 2010.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 4ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Editora Malheiros, 2004.
TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF.* Colaboração Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.
WEBER, Demétrio. *1ª Edição – STF mantém decisão que libera humor. O Globo. O País – Eleições.* Disponível em: http://www.abert.org.br/site/index. Acesso em 26 de setembro de 2010.

A CONCRETIZAÇÃO HERMENÊUTICO-JURISDICIONAL

Eduardo Farias Silva
Bacharel em Direito, Servidor Público, Pós-Graduado em Direito Público.

RESUMO: As reflexões deste artigo centram-se na análise e estudo da atividade exercida pelo Órgão judicante na concretização das normas (princípios e regras) constitucionais, utilizando-se, como instrumento, da hermenêutica jurídica constitucional, para isto, efetuar-se-á uma análise na natureza normativa dos princípios e sua relevância nesse processo de concreção. Ademais, diante da pertinência com o tema e sua importância no cenário jurídico contemporâneo torna-se imperioso discorrer acerca do ativismo judicial como manifestação cristalina da concretização hermenêutico-jurisdicional; e ainda sobre a colisão de princípios constitucionais e sua resolução mediante a ponderação de valores. Assim objetiva-se confeccionar um artigo jurídico que demonstre, com clareza meridiana e solar, a importância desse mecanismo de concreção das normas constitucionais no desiderato de assegurar um dos valores magistrais do direito que é espargir justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica jurídica constitucional; concretização das normas constitucionais; natureza normativa dos princípios; pós-positivismo; ativismo jurisdicional.

ABSTRACT: The reflections of this article are centered in analyze and study the activity exerted for the Judges in the concretion of the constitutional norms (principles and rules), using itself, as instrument, of the constitutional legal hermeneutics, for this, will effect an analysis in the normative nature of the principles and its relevance in this process. Ahead of the relevancy with the subject and its importance in the contemporary legal scene becomes imperious to discourse concerning the role of the Judge as crystalline manifestation of the hermeneutic-jurisdictional concretion; and still on the constitutional collision of principles and its resolution by means of the balance of values. Thus objective to confection a legal article that demonstrates, with meridian and solar clarity, the importance of this mechanism of concretion of

the constitutional ruleses in the desideratum to assure one of the skillful values of the right that is to scatter justice.

KEYWORDS: Constitutional legal hermeneutics; concretion of the constitutional ruleses; normative nature of the principles; after-positivismo; jurisdictional ativismo.

1. INTRODUÇÃO

A Hermenêutica jurídica como ciência norteadora do labor exegético e tendo como finalidade assegurar uma das funções mais significativas do direito que é a realização de justiça, essencialmente nos casos concretos que são submetidos ao crivo do Poder Judiciário, não pode ficar presa aos métodos interpretativos tradicionais, nem à ideia primitiva de aplicação do Direito, que possui como esteio a utilização estrita da legalidade, pregada pelos positivistas.

Hodiernamente a interpretação normativa jurisdicional deve ser de concretização, que se vincula à concepção de que a norma será construída na realidade fático-axiológica. O desenvolvimento do Direito por meio da concretização hermenêutico-jurisdicional consubstancia-se na efetivação das normas (regras e princípios) constitucionais, levando-se em consideração a dinâmica social, ou mutabilidade dos costumes (normas morais que regem as sociedades).

O trabalho em tela visa propiciar aos operadores do direito e, em especial aqueles que pretendem fazer um estudo mais apurado sobre a matéria, o conhecimento necessário para a compreensão dos mecanismos de efetividade da hermenêutica jurídica constitucional.

Visando a consecução da referida finalidade efetuar-se-á comentários acerca da concretização hermenêutica, momento em que o interlocutor perceberá que o intérprete da norma, no direito atual, não está adstrito exclusivamente ao texto frio da Lei, como pretendia os legalistas, mas, deverá aplicar a norma tomando como base a realidade vivenciada no caso em concreto.

Em seguida será feita uma explanação cuja finalidade é trazer à baila a conceituação do instituto denominado "Princípio", para somente após, ter condições de mensurar a influência destes no labor exegético

e, para isto, entendeu-se pertinente apresentar no presente trabalho a relevância do ativismo judicial nesse processo de concreção das normas constitucionais.

2. CONCRETIZAÇÃO HERMENÊUTICO JURISDICIONAL

Na seara jurídica a ideia de concretização judicial está visceralmente vinculada à concepção de que a norma será construída na realidade[1]. A hermenêutica jurídica não pode permanecer limitada ao emprego dos cânones interpretativos, que tem por base a letra pura da lei, consoante pretendiam os legalistas, porque o direito não pode ser reduzido, de forma alguma, a um psicologismo (*mens legislatori*) ou a um objetivismo (*mens legis*) puro, baseando-se unicamente em uma orientação da teoria dogmática positivista (SILVA, 2000, p. 349).

Em outra parte de sua doutrina, intitulada – *Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial* –, Kelly Susane Alflen da Silva adentra de forma inexpugnável no âmago da temática ao enfatizar que:

> Na realização da tarefa hermenêutica, o intérprete deverá estar vinculado diretamente aos princípios constitucionais, especialmente, o princípio do Estado de Direito, porque deste decorrem preceitos jurídicos como o da certeza jurídica e o da justiça no caso concreto, dos quais decorre, por sua vez, o encargo dos tribunais, que consiste, por uma parte, em encontrar o resultado constitucionalmente exato em um procedimento racional e controlável da interpretação, e deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade e por outra parte, em recuperar a própria formação da norma bem como recuperar a própria formação da norma. Por outra parte, resultado constitucionalmente exato não significa, todavia, resultado obtido pela noção de precisão e certeza metódica tal qual é concebida a tarefa hermenêutica por um positivismo jurídico acrítico e inconsequente, que conduz à insegurança jurídica, na medida em que propaga uma metodologia das Geisteswissenschaften, nas

> regras de interpretação tradicionais, pelas quais o intérprete procura averiguar o sentido dado pela mens legis ou pela mens legislatori, ao recorrer ao texto da lei. Por outra parte, observar na realização da tarefa hermenêutica o princípio do Estado de Direito não quer dizer tomar distância da realidade, porque Estado e sociedade não podem mais ser concebidos segundo uma compreensão tradicional (2000, p. 351).

Notem, entretanto, que encabeçando uma minoria doutrinária, Alexandre de Moraes e Canotilho, esclarecem *"que a interpretação conforme a Constituição somente será possível quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não"* (2008, p. 17).

A função do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito[2] é, inegavelmente, a de concretizar os direitos fundamentais epigrafados na Lei Republicana Federativa, utilizando-se, como instrumento, da hermenêutica jurídica constitucional. Com fulcro nesse arcabouço de informações, pode-se concluir que para um perfeito estudo da ciência jurídica, qualquer que seja o seu ramo, há a necessidade de indagação do papel do Poder Judiciário sob o crivo do novo paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo-se obrigatoriamente que se fazer uma releitura de todos os institutos jurídicos à luz da legalidade, da principiologia ou postulados constitucionais.

Consubstanciando tais assertivas Lenio Luiz Streck afirma que:

> [...] a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformara a interpretação do restante do sistema jurídico, não podendo ser entendida como um ente disperso no mundo. Tampouco pode ser entendida como uma espécie de topos conformador / subsuntivo da atividade interpretativa, o que realmente seria resvalar em direção à metafísica, ocultando a diferença ontológica. A Constituição é assim a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a

> concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico. Por isto, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O plus normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade (STRECK, 2009, p.254).

3. A NATUREZA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Alguns doutrinadores asseveram que os princípios correspondem a normas de Direito Natural, verdades universais e imutáveis, inspiradas no sentido de equidade. Paulo Bonavides, valendo-se dos ensinamentos da Corte Constitucional Italiana, informa que:

> [...] se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2009, p. 256-257).

Já Maria Helena Diniz, assegura que:

> [...] os princípios gerais de direito não são preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica, mas elementos componentes do direito. São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua explicação e integração, sendo que algumas são de tamanha importância que são expressamente contidas em lei (DINIZ, 1991, p. 198).

Em sua doutrina, Celso Antônio Bandeira de Melo concebe o princípio como:

> Um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (BANDEIRA DE MELO, 2001, p. 771-772).

Já Dirley da Cunha, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, sem divergir dos conceitos acima, pontifica que:

> Os princípios jurídicos são normas jurídicas fundamentais de um sistema jurídico, dotadas de intensa carga valorativa, e por isso mesmo superiores a todas as outras, que se espraiam, explícita ou implicitamente, por todo o sistema, dando-lhe o fundamento e uma ordenação lógica, coerente e harmoniosa. Em razão de sua força normativa e da elevada carga axiológica, os princípios determinam o conteúdo das demais normas e condicionam a compreensão e aplicação destas à efetivação dos valores que eles consagram. São, em síntese apertada, as fundações normativas vinculantes de um dado sistema jurídico (JÚNIOR, 2009, p. 36).

Finalizando a fase conceitual, Lenio Streck assevera que:

> [...] com o advento do constitucionalismo principiológico, não há mais que falar em princípios gerais do direito, pela simples razão de que foram introduzidas no direito como um critério positivista de fechamento do sistema, visando a preservar, assim a pureza e a integridade do mundo das regras (STRECK, 2009, p. 109).

Os princípios gerais do direito inegavelmente constituem o alicerce e as vigas-mestras do Edifício Jurídico, são dotados de normatividade, ou seja, possuem efeito vinculante e constituem regras jurídicas efetivas. Existe uma tendência moderna no Direito Constitucional denominada pós-positivismo adotada por Paulo Bonavides e Ruy Espíndola em que há valorização política e jurídica dos princípios enunciados nos textos legais. A importância da natureza normativa dos princípios repercute em todo ordenamento jurídico. Nessa linha de evolução, Lenio Luiz Streck sustenta que:

> Os princípios medem-se normativamente, e a importância vital que assumem para os ordenamentos jurídicos torna-se cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e a presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional (STRECK, 2009, p.253).

No mesmo diapasão, o Professor Paulo Bonavides citado por Dirley Cunha destaca que:

> Na qualidade de princípios constitucionais, postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmo, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeado do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma normarum, ou seja, normas das normas (Bonavides apud Cunha Júnior, 2009, p. 36).

Em outra passagem de sua obra, Bonavides ainda ressalta a total hegemonia e preeminência dos princípios constitucionais ao proclamar que:

> Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fontes das fontes. São qualitativamente as vigas-mestras do sistema, o esteio de legitimidade constitucionalidade das regras de uma Constituição (Bonavides apud Cunha Júnior, 2009, p. 36).

Na esteira desse entendimento, Dirley da Cunha Júnior considera imprescindível ressaltar que: "os princípios constitucionais, portanto, são pautas normativas máximas de uma Constituição que refletem sua ideologia e o modo de ser compreendida e aplicada" (2009, p. 36). Ressaltando ainda que:

> Os princípios constitucionais que compõem o regime jurídico-administrativo vinculam diretamente a Administração Pública direta e indireta de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, gozando de força jurídica imediata, não dependendo, por conseguinte, da edição de lei formal. Nesse sentido vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, que vem garantindo a incidência direta dos princípios da moralidade e impessoalidade, entre outros. Assim, por exemplo, o STF consolidou a sua posição segundo a qual a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal (JÚNIOR, 2009, p. 36).

Noutra parte, Kelly Susane Alflen (2000, p. 368) enfatiza que

"os princípios da interpretação constitucional não são princípios normativos no sentido de que impõem obrigatoriedade ao fenômeno da interpretação".

Diante dessa afirmativa torna-se fundamental que o intérprete efetue uma distinção entre os princípios que têm natureza de norma jurídica, dos princípios hermenêuticos constitucionais, que são pressupostos para uma interpretação válida, desempenhando uma função argumentativa. Estes, denominados de postulados, não são propriamente originários da Constituição, mas da experiência, da lógica, da evolução histórica, do surgimento e desenvolvimento do próprio constitucionalismo.

Os princípios que expressam regras de interpretação constitucional são denominados por José Joaquim Gomes Canotilho de princípios tópicos de interpretação constitucional, ressalta o autor *"que na distinção das regras jurídicas com os princípios jurídicos não estão abrangidos os princípios hermenêuticos, que desempenham uma função argumentativa"* (CANOTILHO, 2003, p. 1161).

4. O ATIVISMO JUDICIAL COMO MANIFESTAÇÃO DA CONCRETIZAÇÃO JURISDICIONAL

Luís Roberto Barroso, em seu Artigo sobre "Judicialização, Ativismo, e Legitimidade Democrática" assevera que:

> A ideia de ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos princípios, valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição Federal a situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente da manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador; (iii) a imposições de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas

(BARROSO, <http:// www.oab.br/oabeditora/ users/revista/pdf, p. 6).

É mister incrementar que, segundo Luís Flávio Gomes, há duas formas de ativismo judicial: o inovador, que se materializa quando o juiz cria uma norma de concreção a fim de solucionar um caso concreto; e o ativismo revelador, que ocorre quando o juiz, a partir de paradigmas principiológicos e axiológicos, ou ainda diante de uma regra lacunosa, cria um direito calcado na realidade fático-valorativa. Nesta última modalidade o Órgão Judicante chega a inovar o Arcabouço Jurídico, não no sentido de criar uma nova norma, mas no de complementar o entendimento de um princípio, de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa (GOMES, 2009).

Hodiernamente temos vivenciado a Suprema Corte proferir várias decisões de natureza nitidamente ativista-concretista dando total preponderância aos princípios, implícitos ou explícitos, espraiados na Lei Magna, a título de exemplo pode-se citar a recente decisão sobre a vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, que deu origem à Súmula Vinculante nº 13, não obstante a ausência de decisões reiteradas. Neste caso percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, lastreando-se nos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, criou uma vedação que não estava explicitada em qualquer mandamento constitucional ou infraconstitucional.

O posicionamento ativista do Pretório Excelso também foi materializado na decisão proferida no julgamento de Mandado de Segurança interposto por partidos políticos acerca da fidelidade partidária. Em tal decisão o STF, dando preeminência ao princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Assim procedendo, a Suprema Corte criou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar além das que se encontram expressamente catalogadas no bojo do texto constitucional (BARROSO, p. 8.). Isso é, sem dúvida, manifestação cristalina do ativismo judicial no Ordenamento Jurídico Pátrio, além de caracterizar autêntica interpretação Hermenêutico-jurisdicional, haja vista a atitude do Poder Judiciário em dar maior efetividade às normas (princípios e regras) constitucionais.

Outra hipótese de ativismo judicial se vislumbra, segundo Luís Roberto Barroso, na "imposição de condutas ou de abstenções ao Poder

Público, notadamente em matérias de Políticas Públicas, o exemplo mais notório é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisões judiciais" (BARROSO, p. 8-9). No Judiciário brasileiro proliferam-se decisões que condenam a União, o Estado, o Município, ou, em alguns casos, os três solidariamente, a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais ou Municipais. Nesse sentido já se manifestou o STF (Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada, nº 175/CE), ao proferir decisão condenando a União a fornecer a paciente, portador de raríssima doença neurodegenerativa, o medicamento identificado como Zavesca, malgrado este, por seu alto custo, não tenha contemplado pela Política Farmacêutica da Rede Pública. Trata-se de decisão que deu efetividade a preceitos fundamentais da Constituição Federal (artigos 5º, caput, e 196), concretizando o direito à saúde como consequência indissociável do direito à vida, e com preponderância em relação ao interesse financeiro do Estado (juízo de razoabilidade).

Na mesma linha de raciocínio, a Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, ao exigir as razões por escrito da excepcionalidade do uso de algemas, inovou no Ordenamento Jurídico, tendo em vista a inexistência de lei prevendo tal situação. A exigência de uma motivação por escrito, justificadora do uso de algemas, caracteriza claramente a decisão ativista-concretista da Suprema Corte. No julgamento do HC 91.952/SP, que impulsionou a criação do aludido preceito sumular, o STF reconheceu que o uso indiscriminado de algemas viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e o da não-culpabilidade. Ademais é necessário ressaltar que tal regramento sumular foi criado não obstante a inexistência de decisões reiteradas.

Malgrado tenha sido fortemente criticado e considerado como uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na atividade legiferante do Poder Legislativo, a atitude ativista-concretista do Poder Judiciário contemporâneo, especificamente do STF, dentro do novo modelo instaurado a partir do pós-positivismo, é induvidosamente, proporcional, adequada e necessária como meio eficaz de garantir a efetividade de direitos fundamentais e atender aos reclamos sociais.

É inegável que o Direito é uma realidade dinâmica que abarca normas, fatos e valores, isomórficos entre si, devendo haver correlação entre eles,

mas com suscetibilidade de surgir vaguidades jurídicas devido à quebra da isomorfia entre tais elementos. Assim, partindo da ideia de que o Direito é uma realidade fático-axiológico-normativa, mas com possibilidade de apresentar lacunas de várias espécies (normativa, axiológica, ontológica, de colisão, etc.) devido a incessante mutabilidade social (DINIZ, 2003, p. 68), é que exsurge a necessidade jurídica do Órgão judicante, diante da crise de funcionalidade do Poder Legiferante e em atenção ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, de decidir o caso sub judice concretizando os paradigmas principiológicos espraiados na Lei Magna. Luís Roberto Barroso tecendo comentário sobre as razões do ativismo judicial no Brasil, invocou duas causas, ao asseverar que:

> A nova composição do STF, por Ministros bastante preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais; e a crise de funcionalidade do Poder Legislativo, que estimula tanto a emissão de Medidas Provisórias pelo Executivo como o ativismo judicial do Judiciário. Todo poder quando não exercido (ou quando não bem exercido) deixa vácuo e sempre existe alguém pronto para preencher esse espaço vazio por ele deixado (O Globo, 22.03.09, p.4) - (BARROSO, 2009, p. 4).

O Professor Ricardo Maurício Freire Soares, em sua obra - *Hermenêutica e Interpretação Jurídica* – sintetiza que:

> Sobre os princípios jurídicos, sustenta Alexy (2001, p. 248) que a sua formulação forma uma classe final. Princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem, via de regra, não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas, e habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios (2010, p. 62).

Percebe-se que os princípios, nortes ou postulados preconizados na Constituição gozam de relevância no Ordenamento Jurídico. Alexy sustenta que a materialização das normas constitucionais deve ser feita de forma cautelosa, haja vista que referidos princípios não são auto-

aplicáveis, asseverando-se isto em decorrência de sua generalidade, razão pela qual, prevê a necessidade de cumulá-los, quando da sua aplicação, aos textos infraconstitucionais.

Não obstante o entendimento esposado por alguns juristas, rejeitando a idéia de aplicação direta dos princípios constitucionais sem lastro normativo ordinário ou regulamentador, e ainda, devido o seu elevadíssimo grau de generalidade, ousamos dissentir de tais asserções justamente porque a crise de funcionalidade do Poder Legiferante não pode impedir a dinâmica do Direito. Diante das vaguidades jurídicas sejam elas de natureza ontológica, axiológica, ou até mesmo normativa, o Órgão Judicante tem o dever de formular uma norma de concreção balizando-se na realidade fático-valorativa para dar efetividade aos direitos fundamentais epigrafados na Constituição Federal. É imperioso concebermos o Ordenamento Jurídico como um arcabouço de normas composto de três subsistemas, o normativo, o fático e o axiológico em perfeita sintonia e compatibilidade.

5. DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E REGRAS

Antes de adentrarmos no âmago da dicotomia acerca dos elementos distintivos relativamente a regras e princípios, é mister registrar que o Ordenamento Jurídico consiste no sistema de legalidade do Estado formado pela totalidade das normas **(regras e princípios)** vigentes, cuja finalidade é atuar como norma de conduta ou de organização social. Assim percebe-se claramente que as normas do sistema jurídico se manifestam sob a forma de regras ou de princípios. Agora, feitas tais observações é necessário esclarecer que os princípios, estruturalmente, revelam-se diferentes das regras.

A respeito da aludida distinção, o Professor Ricardo Maurício Freire Soares pontifica que:

> Segundo Alexy, as regras têm caráter de obrigação definitiva, enquanto os princípios são mandados de otimização do sistema jurídico. Como mandados de otimização, do sistema jurídico os princípios não requerem a realização integral de

> seu dispositivo. Podem ser assim, aplicados em diferentes graus, dependendo do contexto fático em que a aplicação é requerida, bem como dos limites jurídicos relativos ao caso concreto por sua estrutura axiológica, a aplicação dos princípios se caracteriza pela necessidade de ponderação, enquanto as regras jurídicas são aplicadas por subsunção. Quando há contradição há condição entre regras, uma delas será invalidada e, pois, eliminada do sistema jurídico. De outro lado, a colisão entre princípios não resulta na sua exclusão da ordem. A ponderação consiste, assim, na determinação de uma relação de prioridade concreta, de modo que o princípio jurídico recusado continue a fazer parte do direito (2010, p. 62).

A respeito da aludida distinção, Canotilho textualiza que:

> A doutrina sugere os seguintes critérios para diferenciar regras de princípios: a) grau de abstração, segundo o qual os princípios possuem grau de abstração mais elevado do que as regras; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, pelo qual os princípios necessitam de atividade concretizadora, por serem vagos e indeterminados, ao passo que as regras são suscetíveis de aplicação imediata; c) caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito por parte dos princípios, os quais ocupam posição hierárquica superior em relação às regras, em razão de sua natureza estruturante no ordenamento jurídico; d) proximidade da ideia de direito, pelo que os princípios são normas juridicamente vinculantes radicadas nas exigências da justiça/ideia de direito, enquanto que as regras podem ter conteúdo meramente funcional; e, e) natureza normogenética dos princípios por constituírem o fundamento das regras (2003, p. 1160-1161).

Ainda, com espeque em Canotilho, há de se esclarecer que:

> Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização/aperfeiçoamento, que podem ser cumpridas em diversos graus de concretização, consoante as possibilidades fático-jurídicas. E, na hipótese de uma colisão entre princípios, aquele que tem menos peso/valor deve recuar, o que não significa que deva ser declarado nulo nem que uma cláusula de exceção nele deva ser introduzida.
>
> Já as regras são normas jurídicas precisas, que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) e devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições, de modo que, verificado os fatos que descrevem o que preceituam deve ser aplicado. Se duas regras entrarem em conflito, uma delas deve ser declarada nula ou uma cláusula de exceção deve ser inserida para remover o conflito. O conflito pode ser solucionado através de outras regras estabelecidas no sistema jurídico, as quais podem dar procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à promulgada mais recentemente, à mais específica ou preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.
>
> Desse modo, nada obstante a complexidade que gira em torno da distinção entre essas duas espécies de normas, vê-se que a doutrina tem conseguido traçar os seus elementos diferenciadores (CANOTILHO, 2003, p. 1161-1162).

6. COLISÃO DE PRINCÍPIOS E PONDERAÇÃO DE VALORES

O Direito é um acervo de regras que interdisciplinam a conduta humana em interferência intersubjetiva na seara social, prescrevendo sanção em caso de violação do preceito normativo. É concebido como

um sistema de normas harmonicamente articuladas e em perfeita conexão e unidade**.** Todavia, em decorrência de uma anormalidade do sistema é possível a ocorrência de antinomias normativas, cuja solução requer a correção do direito mediante a utilização dos três critérios tradicionais para dirimir as lacunas de colisão, são eles: o da hierarquia, o cronológico e o da especialização (DINIZ, 2003, p.87). Esses critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria da qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais. Assim, na hipótese de ocorrer colisão de princípios constitucionais, o hermeneuta dirimirá o conflito utilizando o mecanismo da ponderação.

Na visão de Luís Roberto Barroso, a denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses pode ser definida nos seguintes termos:

> É a técnica pela qual se procura estabelecer um peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o 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. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seu balizamento deve ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há aqui superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende ao ideário constitucional na situação apreciada (BARROSO, 2006, p. 330).

Assim diante das considerações expendidas por grandes expoentes do direito constitucional, a exemplo de Luís Roberto Barroso, Bonavides e outros cujas teses já foram ou ainda serão disseminadas neste Artigo,

é necessário reconhecer que a nova exegese hermenêutico-jurisdicional assenta-se na concreção dos princípios constitucionais, aplicáveis mediante um raciocínio ponderativo, sob o crivo do postulado da proporcionalidade, mediante o sopesamento de valores em caso de colisão.

7. DO POSITIVISMO LEGALISTA AO PÓS-POSITIVISMO PRINCIPIOLÓGICO

No decorrer de seu transcurso histórico, a evolução do pensamento positivista da modernidade promoveu um reducionismo do fenômeno jurídico, identificando o Direito com a lei, divorciando a ciência jurídica da realidade fático-valorativa, bem como dos preceitos ético-morais. Entendia-se que o Poder Legiferante, mediante a elaboração de regras legislativas, poderia disciplinar pormenorizadamente, o pluralismo dinâmico das relações sociais. Defendia a concepção de que o Sistema Jurídico era composto tão somente de um subsistema, o normativo, desvinculado dos subsistemas fático e axiológico. Atrelados a esse entendimento, os positivistas asseveram que a única interpretação capaz de assegurar uma das funções mais significativas do Direito que é espargir justiça, seria a interpretação filológica, literal também chamada de gramatical, por reproduzir puramente o pensamento do legislador. Por conseguinte, a aplicação da norma jurídica aos casos concretos se limitaria a uma neutra operação lógico-formal - a subsunção – e, como tal refratária aos valores sociais (SOARES, 2010, p. 56).

A superação histórica do jusnaturalismo e o declínio político do positivismo desencadearam na seara jurídica, o processo de projeção de uma nova corrente epistemológico-jurídica que propôs reflexões substanciais acerca do Direito, sua função social e sua interpretação (BARROSO, 2006, p. 349). Assim, abriu-se margem para que fossem oferecidos novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico, de molde a conceber o Ordenamento Jurídico como um sistema plural e, portanto, aberto aos influxos dos fatos e valores sociais da realidade cambiante. Nessa nova ambientação foi se erguendo um novo paradigma de reflexão jurídica – o Pós-Positivismo (SOARES, 2010, p. 56).

A teoria pós-positivista, consubstanciada no constitucionalismo, promoveu uma modificação de paradigma, evidenciando a força

normativa da Constituição além de um novo mecanismo de encarar e interpretar o direito, na busca de um processo legítimo, eficaz e apto à efetiva tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Luís Roberto Barroso, relativamente ao tema, preleciona em sua doutrina que o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate de valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética (Barroso, 2006, p. 385).

Acerca dos elementos que caracterizam essa nova corrente epistemológico-jurídica, o constitucionalista Marcelo Novelino (2008, p. 64) ressalta que:

> Dentre as principais características do neopositivismo ou pós-modernismo destacam-se a importância atribuída aos valores; a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, considerada o valor constitucional supremo, por meio da consagração e respeito aos direitos fundamentais; o caráter normativo conferido aos princípios. Influenciado por essa nova dogmática o Direito Constitucional vem adquirindo novos contornos. Os sinais mais evidentes do constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo) são sintetizados por Luís Prieto Sanchís em sua obra - "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial" - nos seguintes termos:
> mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentária; onipotência judicial em lugar de autonomia de legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios (Sanchís, p. 131-132).

Na esteira do pensamento pós-positivista, o Professor Ricardo Maurício Freire Soares, em sua Obra, colaciona juristas, cujas concepções contribuíram de forma extraordinária para a propagação dessa nova dogmática, ao pronunciar que:

> Nessa nova constelação do pensamento jurídico, de concepção pós-positivista, destacam-se, sem embargo de outros representantes, expoentes como Chaïm Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas concepções destacam a relevante função dos princípios gerais do Direito nos Ordenamentos Jurídicos Contemporâneos (2010, p. 57).
>
> Para a teoria da argumentação de Perelman, os princípios são considerados como topoi, os quais o magistrado pode recorrer como pontos de partida para a fundamentação da decisão, vale dizer, lugares-comuns do Direito, que podem servir de premissas, compartilhada pela comunidade jurídica, para o processo argumentativo de fundamentação das decisões judiciais. Sendo assim a utilização dos princípios no processo de argumentação jurídica implica uma escolha valorativa por parte do hermeneuta, que toma por base o potencial justificador de uma opção hermenêutica. (2010, p. 59)
>
> Dworkin lança mão da hipótese de um magistrado ideal – o Juiz Hércules. Com efeito, o Hércules dworkiano seria um julgador dotado de habilitação ético-intelectual para a leitura integral do sistema jurídico, tendo em vista a melhor solução de um conflito de interesses. A interpretação reconstrutiva do Direito se valeria do recurso conceitual do Juiz Hércules, tomando por base o paradigma prevalecente em dado contexto histórico-social (e.g., Estado de Direito, Welfare State). Eis o pós-positivismo de Ronald Dworkin. Embora acusado de liberal ou, até mesmo, de ultrarracionalista, Dworkin suscita importantes reflexões para a comunidade jurídica,

> especialmente, nestes tempos em que os direitos individuais – corporificados nos princípios – são constantemente violados por inúmeros governantes, ante a falta de compromisso com os valores fundantes da sociedade civil (2010, p. 61).
>
> Ademais, cumpre mencionar o contributo de Robert Alexy. Segundo este pensador, o direito não pode prescindir de uma teoria do discurso, embasada numa racionalidade prática. Para tanto, Alexy procura conjugar três níveis de composição do sistema jurídico: as regras, os princípios e os procedimentos (2010, p. 62).
>
> Deste modo, como se infere dos contributos de Perelman, Dworkin e Alexy, a difusão deste novo paradigma pós-positivista, na esteira da crise da modernidade, pode oferecer um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento das ordens jurídicas atuais, sobretudo, no sentido de viabilizar uma interpretação/aplicação do Direito preocupada com a realização dos valores enunciados pelos princípios jurídicos (2010, p. 62).

8. CONCLUSÃO

Com sustentáculo no conteúdo explicitado neste artigo é possível inferir que os postulados da hermenêutica jurídica clássica, de cunho notadamente reprodutivo, não se coadunam com a compreensão contemporânea de construção e otimização do arcabouço normativo, pois, como demonstrado, o direito deve acompanhar a mutabilidade social.

A concretização desta exegese constitucional abre margem para o surgimento do neopositivismo, onde os intérpretes do direito (advogados, juízes, promotores, acadêmicos e doutrinadores), não se encontram presos unicamente ao texto de lei, agora, pode-se interpretar o direito com fulcro na realidade vivenciada por cada comunidade, fazendo valer a máxima do Estado Democrático de Direito.

Hodiernamente, conforme dito, em razão do novo sopro que oxigena a ciência jurídica contemporânea, denominado pós-

positivismo é indispensável dar prevalência e concreção aos paradigmas principiológicos previstos na Constituição mesmo na ausência de previsão normativa ordinária ou regulamentária, pois a inércia do Poder Legislativo não pode atravancar os avanços da Ciência jurídica. Por conseguinte, não laborou em erro a Suprema Corte ao proferir decisões de natureza ativista, objetivando tutelar direitos fundamentais em demandas da sociedade que não foram satisfatoriamente disciplinadas ou regulamentadas pelo Congresso Nacional, consoante as hipóteses aventadas neste trabalho científico, e ainda quanto ao exercício do direito de greve. Assim podemos asseverar que o Poder Judiciário ao assumir uma posição ativista de concretização de princípios constitucionais está assegurando, induvidosamente, a realização de justiça no caso concreto, e assim, cristalizando a função social do direito.

Notas

1 Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho afirma que "o direito tem que evoluir junto com a sociedade, por isso o direito não pode ter uma estrutura estática, e, sim, ter uma estrutura dinâmica e autopoiética, que se cria e recria sempre, auto regulando-
se, auto reproduzindo-se e retro alimentando-se constantemente" (2009).

2 Para Alexandre de Moraes nada mais é que "a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais". (p.43)

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____.Judicialização, Ativismo e Legitimidade democrática. Disponível em < http: //www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/123506667017421818190 1.pdf. Acesso em 05 jul.2010

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. *Importância social da abertura dinâmica do direito*. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/ salvador/ morgana_bellazzi _de_oliveira_carvalho-1.pdf>. Acesso em 10 ago. 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito*

civil. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, vol 1, 68 e 69 p.
GOMES, Luís Flávio, Jus2.uol.com.br/doutrina/texto asp?id=12921. Acesso em 05 jul.2010.
JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
KONRAD, Hesse. *A força normativa da constituição*: Die normative Kraf der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de. *Postulados da hermenêutica jurídica constitucional e o direito do trabalho.* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.
MEDEIROS, Vera Maria Alécio Brasil. *Da jurisdição constitucional:* Uma Análise da Concretização dos Direitos Fundamentais à luz da Hermenêutica Constitucional. Dissertação de Mestrado. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006, Disponível em: http://bdtd.bczm.ufrn.br/tedesimplificado//tde_busca/arquivo.php?codAruivo=716,
MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008.
REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. CC: Sérgio Antônio Fabbris (SAFE), 2000.
SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÉTICA DA MAGISTRATURA: UM OLHAR SOB A PESPECTIVA DA FORMAÇÃO HUMANÍSTICA

Zelma Tomaz de Matos
Advogada, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro - UCAM. Artigo publicado – "Corrupção: Desafio de um Brasil melhor", na Revista – *Repensando os 500 anos de Brasil – Resgate de uma Nação*, Editora Universidade Tiradentes, Aracaju/SE; Ano de 2000. Aluna da Escola da Magistratura do Estado de Sergipe.

RESUMO: Este artigo aborda questões da ética na magistratura, trazendo reflexões acerca da importância de uma boa formação humanística para que os juízes sejam capazes de julgar com justiça, não sucumbindo a males que vez por outra despontam no Judiciário, tais como o personalismo. Traz ainda reflexões acerca dos sistemas de controle do Judiciário, notadamente aqueles exercidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

PALAVRAS CHAVES: Justiça; ética; magistratura; direito; humanismo; CNJ.

ABSTRACT: This article analyses topics in judging ethics, bringing thoughs about the importance of a good and solid humanistic formation, giving the judges the required knowledge to judge with justice and to avoid bad behaviors like personalism. It still brings reflections about the control systems of the justice services, mainly those executed by the National Council of Justice (Conselho Nacional de Justiça – CNJ).

KEYWORDS: Justice; ethics; judging; law; humanism; CNJ.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, o Poder Judiciário vem sofrendo inúmeras críticas da sociedade, por vezes desacreditado e outras tantas questionado,

chegando a afirmarem que a Magistratura Brasileira está em crise e que essa crise é puramente ética.

Quando se fala em ética da magistratura, várias vertentes aparecem. O presente artigo tem por objetivo trazer uma reflexão da importância da formação humanística, para o exercício da ética na magistratura, tendo em vista que o magistrado é um dos protagonistas da sociedade e do processo.

Nesta reflexão, para maior clareza, primeiramente, faz-se necessário abordar alguns pontos, *ex vi*: qual o significado de ética e sua amplitude, a formação acadêmica do bacharel em Direito, o magistrado, os meios utilizados para impor uma conduta ética e por fim, concluir que a formação humanística do juiz será o espelho, do qual a ética da magistratura vai refletir nas decisões, tornando-as mais humanizada.

2. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA ÉTICA

Há quem diga que ética é daquelas coisas que todo mundo sabe o que é, mas de difícil definição. Como visto, a primeira problemática deste trabalho diz respeito à própria conceituação do que seja ética.

A palavra ética é derivada do grego *ethikos*, sendo definida como a ciência da moral. Mas na terminologia da técnica profissional, é o "vocábulo usado para indicar a soma de deveres, que estabelece a norma de conduta do profissional no desempenho de suas atividades e em suas relações as demais pessoas com quem possa ter trato." (De Plácido e Silva. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. *Vocábulo Jurídico*. Ed.19ª. Forense. Rio de Janeiro. 2002. p 328)

Ética também diz respeito ao trabalho reflexivo dos filósofos que procuram fundamentar as ações morais. Equivale à filosofia moral. Por via de consequência, a ética é a ciência que tem por objeto a moral e essa a qualidade da conduta ética. Esta reflexão sobre a conduta humana é que caracteriza a Ética.

Nesse pensar, pode-se afirmar que ética na magistratura apresenta inúmeras facetas, inclusive sendo algumas delineadas como justificativas para o Código da Ética da Magistratura, a exemplo do dever ético de garantir o acesso à Justiça, entendido como direito do cidadão a um processo justo e com observância dos princípios constitucionais.

É ética a busca pela democratização da justiça, como forma de possibilitar a sua prestação por outros meios alternativos, a exemplo da mediação e negociação, da arbitragem e da difusão do conciliador judicial.

A modernização tecnológica do aparato judicial é outra forma de expressão da ética, eis que facilita e torna mais célere a prestação jurisdicional, enquanto princípio constitucional da duração razoável do processo.

Tem-se, igualmente, um comportamento ético quando o magistrado mostra-se aberto às inovações dos julgados, adequando-os ao seu tempo – século XXI –, realizando a prestação jurisdicional sem, contudo, ficar preso às amarras de leis ultrapassadas. Considera-se, também, ético o magistrado realizar o diálogo das normas, atualizando o Direito a seu tempo.

Agir com ética na magistratura é ter como norte a humanização da justiça, afinal, na atualidade, o ser humano está em pauta. A humanização se efetivará quando começar de dentro para fora no próprio magistrado. Do contrário, não adianta mudanças nas leis e nos procedimentos ou estruturas da instituição.

3. FORMAÇÃO ACADÊMICA

O intrincado do mundo da ética não tem merecido o seu devido valor, enquanto disciplina da formação acadêmica nos cursos de direito, pois, não raro é ministrada como matéria que aponta somente os deveres de conduta do futuro profissional.

O ensino jurídico no Brasil tem recebido sérias críticas, especialmente, na década de 2000, após a proliferação dos novos cursos de direito autorizados pelo Ministério da Educação. Essa explosão iniciou-se a partir da década de setenta, quando o Governo Federal começou a cobrar do MEC uma solução para o baixo índice educacional do Brasil, aos olhos internacionais (OLIVEIRA, 2009).

Os milhares de novos cursos surgiram em descompasso com o ensino ofertado, pois o regime militar conseguiu a proeza de "calar" muitos dos professores catedráticos que eram tidos como da esquerda e formadores de opinião e, desde então, os novos professores recrutados apresentam, cada vez mais, uma qualificação simplória e poucos são os que exercem a atividade com dedicação exclusiva (idem).

A Ministra Fátima Nanci Andrighi entende que nessa busca da ética na magistratura o esfacelamento do ensino jurídico no país merece uma reflexão.

> "Não podemos deixar de reconhecer que após o advento da Lei de Diretrizes e Bases na Educação Nacional a formação jurídica no país ficou bastante prejudicada em face do cunho mercantilista, o qual permitiu que as portas das Universidades fossem abertas sem o necessário preparo, principalmente dos professores, cujo recrutamento, com oferta de salários pouco convidativos, não atrai para dentro das faculdades de direito os mestres vocacionados, comprometidos em formar as futuras gerações os mais preparados quer sob a ótica da formação científica, quer da formação ética, que necessariamente deve ser iniciada nos bancos escolares. Evidentemente que, de professores com duvidosa capacidade técnica, dotados de pouco idealismo e pouco preocupados com os princípios éticos e morais foram lançados no mercado da atividade jurídica um sem número de profissionais do direito com acentuadas deficiências técnicas e com limites muito tênues de moral e de ética."

A desmotivação do corpo docente, na última década, foi evidente: os baixos salários foram motivos de greves e isso refletiu no comportamento dos acadêmicos que, sem motivação, preocupavam-se apenas com a obtenção de um diploma, o mais rápido que pudesse. O comprometimento do graduando na busca do conhecimento da profissão passou a ser coisa secundária.

Além destes aspectos, outro ponto agrava a situação, qual seja, há um tipo de estudante que acha que a universidade tem que ofertar o curso "mastigado", não quer ter o trabalho e estudar, entender, pesquisar e refletir (*ibidem*). O estudante se contenta com a formação acadêmica básica ou mínima que lhe é imposta e não busca de *per si* uma formação intelectual complementar.

Esse enfraquecimento do conhecimento pelos egressos das universidades, especialmente do curso de Direito, nos últimos tempos, tem deixado a desejar e isso pode dar ensejo a graves problemas.

Nesse passo, o egresso do curso de direito que desejar ingressar na carreira da magistratura, não basta ter os conhecimentos específicos da grade curricular, terá ele que adquirir dotes de domínio cultural, especialmente na busca de uma formação humanística, diante às exigências da vida moderna e das transformações do homem. E os magistrados vitalícios também não escapam a essa exigência.

O MAGISTRADO

No imaginário popular ainda se cultua a ideia de que o magistrado é um super-homem, intangível, dotado de poderes quase sobrenaturais, posicionado acima do bem e do mal, pessoa sapiente, associada a um ser indelével, que exerce uma profissão "dita" superior que até encerra atributos do próprio Deus. Neste sentido Carnelutti ensina que:

> "No mais alto da escala está o juiz. Não existe um ofício mais elevado que o seu, nem uma dignidade mais imponente. Os juízes são como os que pertencem a uma ordem religiosa. Cada um deles tem que ser um exemplo de virtude, se não quer que os crentes percam a fé". (Filho, 2010).

Rui Barbosa, citado por Filho, também cultuou essa ideia de que "todo bom magistrado tem muito de heróico em si mesmo, na pureza imaculada e na plácida rigidez, que a nada se dobre, e de nada se tema, senão da outra justiça, assente, cá em baixo, na consciência das nações, e culminante, lá em cima, no juízo divino" (idem).

Este pensar utópico, no entanto, como o passar dos anos, vem aos poucos sendo desmistificando, porquanto esse "deus" não traduz a realidade do ser humano, que comete erros, tem vícios, que pratica injustiças e a simples investidura no cargo não os transforma. A toga, por si só, não é capaz de torná-los imaculados, ou sequer melhores.

Embora a sociedade cobre do magistrado que ele deva ficar antenado com o que acontece no mundo, em especial no mundo do

Direito, a sociedade também cobra a figura de um profissional, que corporifica as transformações de comportamento, próprias do homem, transformações essas de aperfeiçoamento, já que ninguém vive de maneira indiferente, sem rumo ou sem fim. Ao contrário, a vida humana é uma busca incessante de valores, de aprimoramento e no exercício da magistratura não é e nem pode ser diferente. A propósito Reale (1996, p. 26) com maestria ensina:

> "Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois valores. A existência é uma constante tomada de posição segundo valores. Se houver a supressão da ideia de valor, perde-se a substância da própria existência humana. Viver é, por conseguinte, uma realização de fins. O mais humilde dos homens tem objetivos a atingir, e os realiza, muitas vezes, sem ter plena consciência de que há algo condicionando os seus atos."

Essa exigência de um profissional da magistratura, comprometido com o aperfeiçoamento, demonstra a transformação da conduta da sociedade, na qual vem permeada de uma valoração e indica o aprimoramento do espírito, não podendo mais o magistrado ficar alheio a essa mudança.

Mudar é preciso, pois os magistrados representam para a sociedade modelos de cidadãos que devam encarnar todas as virtudes éticas, como referencial maior da justiça pela qual anseiam todos os jurisdicionados. Por isso, a formação humanística faz-se necessária como forma de apreender valores e virtudes que enriquecem o espírito humano, para que sejam exteriorizados no exercício da função judicante.

A formação humanística também subsidia o magistrado de elementos, os quais serão capazes de afastá-lo das condutas submissas ou ver-se julgado pelo órgão institucional de controle ético.

SISTEMAS DE CONTROLE

Outrora, vez por outra veiculavam-se notícias, as quais apontavam condutas de magistrados que extrapolavam suas funções, afetando

a moral, a ética e a dignidade da instituição. Estas condutas eram apuradas pelos próprios tribunais, isto é, o próprio órgão ao qual o juiz estava afeto. A sociedade via essa apuração com desconfiança, afinal, o magistrado era julgado pelos seus próprios "vizinhos" de toga.

Diante de tal vicissitude, o Poder Judiciário deu o primeiro passo, visando a formação de uma consciência de que os órgãos e as pessoas incumbidos da prestação jurisdicional correspondam às expectativas da sociedade brasileira a respeito das funções jurisdicionais que lhes são atribuídas, criando com a Emenda Constitucional nº 45/04 o Conselho Nacional de Justiça, que tem a função precípua de órgão fiscalizador da classe.

A criação do Conselho Nacional de Magistratura, como órgão externo de fiscalização do Judiciário, tem gerado descontentamento por parte de alguns magistrados. No entanto, o CNJ, como órgão fiscalizador, seria considerado despiciendo se todo magistrado praticasse todas as virtudes dos valores éticos no exercício de sua profissão.

O magistrado vocacionado, preparado e comprometido com a aplicação da Justiça, está longe de ser objeto de fiscalização do CNJ. O sistema de controle ao qual tal julgador estará submetido será sua própria consciência, seu espírito.

Um segundo passo foi mais além. Para incrementar o aparato de controle na busca de uma ética na magistratura, foi editado, em 2008, o Código de Ética da Magistratura, que teve como justificativas valores imanentes da Justiça, como forma de aumentar a confiança da sociedade em sua autoridade moral.

Mais recentemente, em 2009, o CNJ editou a Resolução nº 75/09, na qual fez inserir a exigência, dentre outras, do conhecimento das ciências humanísticas tanto para os pretensos candidatos à carreira da magistratura, como para os vitaliciados, visando à formação de profissionais de consciência mais humana, afinal de contas ele é um dos protagonistas da sociedade e do processo.

FORMAÇÃO HUMANÍSTICA

A formação ética e intelectual do magistrado deve ter como premissa básica o fato de que não basta o conhecimento assimilado por simples instituição ou por mera repetição de textos normativos. Pelo contrário, é

preciso que o magistrado e até mesmo os estudantes de direito desejosos de ingressar na carreira da magistratura, necessitam de um profundo e paciente estudo da história humana, através de conhecimentos multidisciplinares diferentes e relevantes.

A cobrança de conhecimento de leis, códigos e jurisprudências, necessárias à aprovação no concurso para a magistratura, hoje, não se mostram suficientes. Não basta ter conhecimento jurídico, até porque o candidato aprovado no concurso da magistratura não traz consigo, necessariamente, a aptidão ou vocação para a função de julgar. Na verdade, ser magistrado exige muito mais que o domínio dos saberes ditos formais, é necessária também formação humanística.

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, em 1986, já apontava essa preocupação com a formação humanística:

> "Todos esses estudos têm vindo a chamar a atenção para um ponto negligenciado: a importância crucial dos sistemas de formação e de recrutamento dos magistrados e a necessidade urgente de os adotar de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, com vista a possibilitar-lhes um certo distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica". (Santos, 2009).

Existem duas formas pelas quais se dá o recrutamento para a magistratura. Uma mediante escolha pelo Chefe do Poder Executivo para ocupar vagas nos tribunais. Essa modalidade de ingresso é resquício da época imperial, nada democrática, onde os juízes eram selecionados pelo imperador entre os seus mais chegados e fiéis amigos juristas. A sistemática atual é muito parecida.

A segunda forma de ingresso na magistratura se dá através do concurso público. Embora essa segunda modalidade seja uma forma mais democrática de escolha ainda deixa a desejar. A seleção pública tem seu traço mais importante na contemplação da qualificação intelectual

do candidato, mas que, embora necessária, não se mostra suficiente. Neste diapasão, César Asfor Rocha ensina:

> "É claro que as virtudes podem ser desenvolvidas, do mesmo modo que os conhecimentos científicos, mas como estes, pressupõe que exista no sujeito individual a predisposição consciente para se deixar contaminar dessas qualidades, que trazem consigo a tranquilidade e outros atributos, inclusive a fortaleza diante das adversidades e das tempestades comuns na vida profissional do magistrado". (ROCHA, 2009, p. 10).

Conhecer as leis, os códigos e a jurisprudência são obrigações do aplicador do direito, mas conhecer as ciências humanísticas é compreender a si próprio e aos outros. É quando o magistrado deixa de ser o mero aplicador da lei, para ser o distribuidor da Justiça.

O magistrado não é o único protagonista quando exerce sua profissão posto que em cada processo hospeda-se uma vida. Há pessoas envolvidas e muitos sonhos ou desilusões. O magistrado, ao decidir, não pode, sob o manto da imparcialidade, ter uma conduta como se nada estivesse acontecendo, porquanto suas decisões trazem consequências jurídicas, sociais e econômicas para a vida das pessoas.

A formação humanística será capaz, justamente, de dar ao magistrado subsídios, dotando-o de uma consciência humanizada, para que, ao decidir, mesmo que exercitando o princípio da imparcialidade, não venha a agravar os problemas sociais que batem à porta do Poder Judiciário. Neste diapasão Rocha (2009, p. 68) sintetiza:

> "Claro que a indiferença ou o alheamento, a insensibilidade ou a distância somente poderão ser invocados por quem não tem em si o sentimento de humanidade, que se não deve ausentar do espírito de ninguém, muito menos de quem tem a missão de distribuir Justiça. Cada processo é a história individual de uma pessoa, sua vida, projetos, sonhos e esperança de conforto e êxito; por isso, diz-se que cada processo é uma pessoa e encerra nele os problemas de uma

> existência, hospeda uma vida, mas isso, às vezes não é valorizado em toda a sua extensão ou não é percebido em toda a fabulosa profundidade."

Para valorar a extensão das demandas levadas a Juízo, o magistrado tem que adquirir a consciência de que "deve estudar os princípios do pensamento, do conhecimento da realidade, das finalidades da ação humana, para ampliar sua reflexão crítica sobre o sujeito pensante em si mesmo, sob a formula socrática: conhece-te a ti mesmo." (REIS, 2007, p. 14)

Ao adquirir essa compreensão profunda do ser através da formação humanística, o juiz, através de seu espírito, será capaz de descobrir que ao decidir uma demanda não é ele o único a figurar como ator principal e que possui o poder da "caneta" na mão. O magistrado vai descobrir que existe ele, na figura do eu, o outro e o nós. Há muito, Hegel já ensinava esta lição: "Um Eu que é um Nós, e um Nós que é um Eu".

A propósito, ensina Miguel Reale, citando Hegel:

> "Não se pode olvidar a ressonância dessa compreensão do espírito como intersubjetividade no pensamento contemporâneo, pondo-se em realce a ligação necessária de uma consciência singular com outras consciências singulares. "O espírito aparece, aqui", escreve Jean Hyppolite em sua lúcida interpretação da Fenomenologia do Espírito, de Hegel, "como a experiência do Cogitamus e não mais tão somente do Cogito. Ele supõe, simultaneamente, o superamento das consciências singulares e a conservação de sua diversidade no seio da substância. É no coração da consciência singular que descobrimos sua relação necessária com outras consciências singulares. Cada qual é por si e, ao mesmo tempo, é por outrem, cada um exige o reconhecimento do outro para ser si mesmo e deve igualmente reconhecer o outro. (REALE, 1996. p. 688)

Desse modo, o magistrado não pode permanecer alheio às múltiplas dimensões das ciências humanas na solução dos conflitos. Para resolver,

ou pelo menos dar um passo neste sentido, hoje, a resposta está na formação humanística do magistrado, através da Filosofia, da sociologia, pedagogia, psicologia, metafísica, economia, dentre outras ciências, com enfoque especial na busca da determinação dos valores éticos do magistrado como ser humano, parte integrante de uma sociedade.

CONCLUSÃO

A educação jurídica brasileira não tem proporcionado aos bacharéis em direito uma sólida e profunda formação humanística. Isto tem trazido diversas consequências negativas para esses profissionais, inclusive aqueles que acabam optando pela magistratura.

Para tentar amenizar este problema, o CNJ, ciente de que os magistrados apresentam nenhuma ou quase nenhuma formação nesta área, editou a Resolução nº 75/09 exigindo conhecimentos neste campo do saber. Entretanto, tal exigência fora feita de um momento para outro, cobrando conhecimentos que não foram objeto de estudo nos bancos das faculdades, mormente quando não são matérias da grade curricular obrigatória ou quando são ofertadas, são ministradas nos primeiros anos do curso, quando o graduando não tem noção nenhuma do que está estudando.

Sem maturidade para saber a importância da formação humanística, o graduando, ao final do curso, mesmo levando em consideração a exigência de experiência de 3 (três) anos, acabará ainda assim por ingressar na magistratura com uma formação fraca ou inexistente.

Não raro também é deparar-se com magistrados que já exercem a função por longos anos, mas que, ainda assim, não possuem uma sólida formação humanística e, pasmem, sequer estão preocupados com isso. Neste caso, percebe-se estar arraigada no modo de ser do magistrado a forma pragmática das decisões, imperando exclusivamente o texto seco da lei. Para magistrados dessa estirpe, retornar aos bancos das Escolas será um estorvo que, no seu entender, não vai contribuir para a agilidade do grande número de processos que tem à sua frente e nem tampouco mudará sua forma de decidir as demandas.

A ausência de uma boa formação humanística é um grave problema, pois um novo magistrado ou o magistrado vitaliciado que não a possui acaba por proferir decisões desprovidas do brilho da história humana, da

realidade para a qual trabalha e dos dados filosóficos e culturais de cada comunidade, que as tornariam minuciosamente diferentes e relevantes.

Enfim, o que tanto as faculdades de direito quanto os próprios magistrados não podem perder de vista é que ser ético na magistratura não é apenas seguir os deveres impostos pelas normas. Ética também significa agir em conformidade com a realidade do ser humano, pois os direitos presentes no ordenamento jurídico têm como suporte justamente as lutas travadas em favor do respeito à dignidade humana.

Portanto, na atualidade, ao magistrado não basta ser detentor de uma gama de conhecimentos dos códigos, das leis e da jurisprudência, ser um "operador do direito", um mero aplicador das leis, sem contudo ter a sensibilidade, a crítica e o discernimento de si próprio, da sociedade e das consequências que sua decisão acarreta.

Um magistrado ético será previdente, justo, terá credibilidade, evitará críticas, velará pela instituição, mas para tudo isso acontecer, o magistrado deverá conhecimentos humanísticos, ter paixão pelo que faz, pautar suas ações em valores. Afinal, o magistrado é protagonista social, exerce o papel de um carpinteiro que constrói pontes sobre rios, que ligam os "Autores" aos "Réus", pois é detentor dos conhecimentos do direito.

É verdade que o magistrado tem o dever de decidir a demanda. Também é verdade que o juiz tem o dever de exercer o papel de carpinteiro, aproximando as margens dos rios, para as partes abraçarem no meio da ponte, a qual recebe o nome de **justiça**.

A busca pela ética, outrora negligenciada, hoje, mostra-se na ordem do dia. O primeiro passo foi dado. O caminho será longo. Se assim não for, vai imperar ou continuar imperando, a arrogância, a vaidade, a arbitrariedade e as condutas e decisões aéticas.

Por fim, o esforço na busca da formação humanística tem uma finalidade maior e precisa, qual seja, superar a mera exaltação da justiça, com a construção de valores de comportamentos necessários à realização dos fins da Constituição Federal. (ÁVILA, 2009. p. 94)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo. Malheiros. 9ª Edição. 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios*

jurídicos. São Paulo. Malheiros. Ed. 9ª. 2009. p. 94.
BONFIM, Benedito Calheiros. *Conceitos sobre advocacia, magistratura, justiça & direito*. Rio de Janeiro, Destaque, 4ª ed., 1995;
BONFIM, Benedito Calheiros. *Pensamentos selecionados*. Rio de Janeiro, Destaque, 2ª ed., 1993;
BURNS, Edward Mcnall. *História da civilização ocidental, o drama da raça humana*. Tradutor. Lourival Gomes Machado e Lourdes Santos Machado. Porto Alegre. Globo. 22ª Ed. 1979.
CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989;
COSTA, Elcias Ferreira da. *Deontologia jurídica*. Rio de Janeiro, Forense, 1ª ed., 1996;
COSTA, Jurandir Freire Costa. *Ética*. Rio de Janeiro. Garamond. 1997.
FILHO, José Soares. *Deontologia da magistratura*. Disponível em: <http://www.amatra6.com.br/deontologiadamagistratura.html>. Acesso em: 24.10.2010.
GONZAGA, Álvaro Luiz Travassos de Azevedo. *Filosofia jurídica*. Coordenadores Fernando Capez e Rodrigo Colnago. Saraiva. Coleção Pockets Jurídicos. Ed. 2010.
HEGEL,Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução Orlando Vitorino. Martins Fontes. 1997.
http://www.amatra6.com.br/deontologiadamagistratura.html
NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994;
OLIVEIRA, José Sebastião de. *O perfil do profissional do direito neste início de século XXI*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4745>. Acesso em: 24.10.2010.
PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo. Martins Fontes. 1996.
REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo, Saraiva, 17ª ed., 1996.
REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo, Saraiva, 23ª ed., 1996.
REIS, Dagma Paulino dos. *Da relevante função do juiz e da relevância de sua formação profissional*. In: Revista Del Rey Jurídica. Del Rey. Ano 9, nº 18. 2007.
ROCHA, César Asfor. *Cartas a um jovem juiz: cada processo hospeda uma vida*. Rio de Janeiro. Elsevier. Ed. 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.PDF>. Acesso em: 22.10.2010.
TALHARI, Fábio Bertachini. *Ética*. Belo Horizonte. Del Rey. 2004
VALLS, Álvaro L. M.. *O que é ética*. São Paulo. Brasiliense, 1ª Ed.,1996.

A CONJUGAÇÃO DAS LEIS PENAIS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Eliana Augusta de Menezes Acioly
Assessora do Juízo da Comarca de Riachuelo(SE). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela FASE.

RESUMO: O presente estudo é destinado a demonstrar a possibilidade de conjugar leis penais em benefício do réu, possibilitando ao julgador aplicar ao fato criminoso fragmentos de leis distintas que, de qualquer modo, sejam menos nocivas ao infrator. Apesar de a Constituição Federal disciplinar legalidade como uma das garantias fundamentais, o princípio da retroatividade benéfica de leis penais assegura que ao agente não será aplicada lei mais gravosa se outra mais benéfica lhe suceder. Consequentemente, após a ponderação de princípios e analisando os métodos destinados à interpretação constitucional, a conclusão alcançada sinalizará pela possibilidade da combinação de leis penais como forma de assegurar a aplicação proporcional do preceito secundário da norma, sem violar a garantia constitucional da legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Retroatividade de leis; conjugação de leis penais e garantia constitucional.

ABSTRACT: The present study is destined to demonstrate the possibility to conjugate criminal laws in benefit of the defendant, making possible to the judge to apply to the criminal fact, fragments of distinct laws that in any way are less harmful to the infractor. Although, the Federal Constitution discipline legality as one of the basic guarantees, the principle of the beneficial retroactivity of criminal laws assure that to the agent it will not be applied the less beneficial law if the more beneficial one replace it. Consequently, after the consideration of principles and analyzing the methods used to the constitutional interpretation, the reached conclusion will signal for the possibility of the combination of criminal laws as a way to assure the proportional application of the secondary precept of the norm, without violating the constitutional guarantee of the legality.

KEYWORDS: Retroactivity of laws; conjugation of criminal laws and constitutional guarantee.

1. INTRODUÇÃO

A abordagem acerca da lei penal no tempo (art. 4º do CPB) acarreta imanente a discussão acerca dos princípios constitucionais da irretroatividade da lei penal e da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, incisos II e XXXIX da CF/88 e art. 2º do CP), ambos corolários imediatos do princípio da legalidade (art. 5º, inciso XL, da Lei Maior e art. 1º do Código Repressivo Pátrio).

A análise dos princípios que dizem respeito à extra-atividade da lei penal pressupõe a existência de leis sucessivas no tempo, isto é, que entre a realização da conduta típica e a execução da sentença tenha havido a promulgação de mais de uma lei dispondo sobre a conduta praticada em um dado momento.

Conforme expressamente demonstrado na Exposição de Motivos do Código Penal, a teoria adotada quanto à lei penal no tempo foi a teoria da atividade, em detrimento das teorias do resultado e da ubiquidade, segundo a qual "considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado" (art. 4º do CP).

Sendo a teoria da atividade a informadora do tempo do crime e havendo sucessão de leis penais após o momento da ação ou omissão, cumpre averiguar qual diploma legal deve ser aplicado ao caso concreto e quais os seus efeitos em relação ao autor da infração penal.

2. *NOVATIO LEGIS IN PEJUS* E *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*

Da análise do princípio da irretroatividade da lei penal, esculpido no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal de 1988, extraem-se dois princípios-garantias de igual natureza constitucional, quais sejam, a irretroatividade da lei penal mais rigorosa (*novatio legis in pejus*) e a retroatividade da lei penal benéfica (*novatio legis in mellius*).

A regra, conforme enunciado pelo multicitado art. 5º, inciso XL, da CF/88, é que a lei nova não retroaja, proclamando o princípio geral da irretroatividade das leis, não só como decorrência lógica do princípio da

legalidade, mas também como garantia da tão desejada segurança jurídica.

Em caráter de exceção, apregoa o mesmo dispositivo, *in fine*, que a lei retroagirá sempre que for mais favorável ao Réu, impondo, destarte, a aplicação da lei penal mais benigna, que, segundo prescreve o parágrafo único do art. 2º do Código Penal, é "*a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente*".

A expressão "*de qualquer modo*" deve ser interpretada extensivamente, de forma a abranger não só os casos de descriminalização ou redução de pena, como também circunstâncias atenuantes, causa de diminuição de pena, menor lapso prescricional, nova causa de exclusão de antijuridicidade, enfim, que compreenda todas as maneiras de melhorar a atual situação do Réu ou sentenciado, uma vez que a retroatividade benéfica alcança do mesmo modo este último, inclusive com sentença transitada em julgado e em fase de execução da pena[1].

Segundo Zaffaroni e Pierangeli,

> "Lei penal mais benigna não é só a que descriminaliza ou a que estabelece uma pena menor. Pode tratar-se da criação de uma nova causa de justificação, de uma nova causa de exclusão da culpabilidade, de uma causa impeditiva da operatividade da pena etc. Por outro lado, a maior benignidade pode provir também de outras circunstâncias, tais como um lapso prescricional mais curto, uma classe distinta de pena, uma nova modalidade executiva da pena , o cumprimento parcial da mesma, as previsões sobre as condições de concessão do sursis, a liberdade condicional etc"[2].

Questão tormentosa no tocante à sucessão de leis no tempo é a que diz respeito da conjugação de dois ou mais diplomas que possuem em sua essência norma benéfica e prejudicial ao agente.

Alguns doutrinadores entendem ser impossível ao aplicador do direito tomar preceitos de uma e de outra lei a fim de beneficiar o

agente, devendo ser aplicada a *lex mitior* em sua integralidade, ou seja, cumpre àquele averiguar qual a lei possui conteúdo benéfico mais amplo e aplicá-la em absoluto, sob pena de assumir a função de legislador, com a criação de uma terceira lei.

Este o posicionamento de Zaffaroni e Pierangeli. Vejamos, *in litteris*:

> "(...) Têm-se sustentado estas soluções com fundamentação de que o princípio, segundo o qual o intérprete não pode elaborar uma terceira lei, é de natureza 'lógico-formal'. No entanto, tal princípio não é unicamente 'lógico', mas também racional, vale dizer, democrático: o juiz não pode criar uma terceira lei porque estaria aplicando um texto que, em momento algum, teve vigência.
> O princípio exige que se aplique a lei mais benigna dentre todas as que tenham tido vigência desde o momento da realização do delito até o momento que se esgotam os efeitos da condenação, isto é, abarcando as chamadas 'leis intermediárias'"[3] .

Entretanto, outro setor da doutrina entende que, ante a ordem de interpretação das normas penais em favor do réu, deverá haver a conjugação das leis conflituosas no tempo que regem o mesmo tema em suas partes benéficas. Trata-se, segundo Frederico Marques, de mera tarefa de integração, sendo, portanto, perfeitamente legítima. Segundo o entendimento do saudoso doutrinador, se ao aplicador do direito incumbe a tarefa de escolher o *todo*, a fim de que o Réu tenha o tratamento mais benéfico,

> "nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepairar os pruridos de lógica formal. Primeiro a constituição de depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação pelo papel preponderante do texto constitucional. A verdade é que não estará retroagindo a lei

> mais benéfica, se, para evitar-se a transação e o ecletismo, a parcela benéfica da lei posterior não for aplicada pelo juiz; e este tem por missão precípua velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama os direitos do homem"[4].

Os tribunais pátrios, no qual se inclui o STF[5], porém, sob o argumento de que a combinação de leis conflitantes no tempo ensejaria a criação de uma terceira norma, ainda são renitentes no sentido da impossibilidade desse tipo de integração legal.

Diz-se, ainda, porquanto há uma mudança de paradigma em relação à vedação de concessão de liberdade provisória pela Lei 11.343/2006, em seu art. 44, *caput*, e a possibilidade de sua concessão apresentada posteriormente pela lei de crimes hediondos após sua significativa modificação pela Lei 11.464/2007. Pergunta-se, então: dever-se-á negar a liberdade provisória ao agente, que faz jus ao benefício, preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, somente com respaldo na impossibilidade (jurisprudencial, e não legal, frise-se) de combinação de leis?

Diante da premente necessidade de se tutelar a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana e, com amparo especial na interpretação mais favorável ao réu, é possível uma revisão de posicionamentos por parte dos tribunais, permitindo-se a combinação de leis conflitantes no tempo, atingindo o fim a que se destina a norma constitucional em comento.

De igual forma, deve ser analisada a aplicação de lei intermediária mais favorável ao Réu. Em outras palavras: vigendo uma lei ao tempo do fato, outra durante o trâmite processual e outra quando da prolação da sentença, sendo as extremas mais rigorosas, aplicar-se-á a lei intermediária, que, na hipótese, tem dupla extra-atividade, pois será, ao mesmo tempo, retroativa e ultra-ativa[6].

Acrescente-se, ainda, quanto à extra-atividade das leis excepcionais e temporárias, que aquelas são leis que vigem durante situação de emergência e, estas, leis cuja vigência vem predeterminada em seu bojo, pelo próprio legislador, é de se dizer que, em razão da natureza transitória de ambas, não há sentido a aplicação de lei posterior, ainda que mais benéfica, aos fatos regidos por aquelas, porquanto perder-se-ia o caráter

transitório e especial de tais normas.

Por fim, aspecto relevante diz respeito à *abolitio criminis,* que encontra respaldo no princípio da adequação social, pois é com base nele que o legislador, atento à evolução das relações jurídicas e sociais, extirpa do ordenamento jurídico determinadas condutas que não devem se submeter à punição estatal.

Assim, o princípio da adequação social significa a descriminalização de determinada conduta pela sociedade, o que, diante do princípio da legalidade, não é permitido no nosso ordenamento jurídico. No entanto, considerando a aceitação da sociedade diante de determinada conduta típica (a exemplo da contravenção penal de jogo do bicho), o legislador pode (trata-se de poder discricionário deste agente político) descriminalizá-la, fazendo com que aquela conduta passe a ser um indiferente penal.

Assim é que o legislador, com arrimo nos referidos princípios, criminalizam ou descriminalizam condutas, incluem ou excluem da esfera penal determinados bens jurídicos, diminuem ou aumentam a sua importância etc.

Quando o legislador criminaliza determinada conduta, o agente que a praticou antes de promulgada a lei incriminadora, não será punido pelo direito penal, diante da força do princípio da legalidade e da irretroatividade da lei. Entretanto, caso haja a *abolitio criminis*, ou seja, a descriminalização de determinada conduta, há uma série de consequências penais e extrapenais, a saber:

- O Estado perde o seu direito de punir *(jus puniendi*), extinguindo-se, consequentemente, a punibilidade do agente, conforme preceitua o art. 107, III, do CP;

- Cessam, por conseguinte, a execução da pena e todos os efeitos penais da sentença condenatória, permanecendo, todavia, os seus efeitos civis;

- Deve ser providenciada, de imediato, a retirada do nome do agente do rol dos culpados, não podendo a sua condenação ser considerada para fins de reincidência ou mesmo de antecedentes criminais;

- Tratando-se de extinção da punibilidade, o juiz que reconhecê-la deverá, em qualquer fase do processo, declará-la de ofício, nos moldes do art. 61 do CPP;

- Em eventual cometimento de infração penal de menor potencial ofensivo, e desde que não incida o agente nas hipóteses previstas no §2º do art. 76 da Lei 9.099/95, poderá ser beneficiado pelo instituto da transação penal, nos moldes do *caput* do mencionado dispositivo legal.

Aspecto relevante diz respeito à irretroatividade da lei penal. O art. 3º do Código Penal também prevê, excepcionalmente, a possibilidade de a lei retroceder para beneficiar o agente.

Luiz Regis Prado (2006, p. 190), abordando sobre tal princípio averbou:

> *Como exceção à regra da não retroatividade desfavorável, emerge o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, com base não só em razões humanitárias ('humanitatis causa'), de liberdade ('favor libertatis'), de justiça, de equidade e de igualdade de tratamento, mas, sobretudo, considerando que a pena mais leve da lei nova é justa e a mais severa da lei revogada é desnecessária. Sua retroatividade se funda numa atenuação da valoração ético-social do fato, em consonância com a antiga formulação 'favorabilia sunt amplianda odiosa sunt restringenda'.*

A postura da doutrina se reparte ao delimitar o alcance do referido benefício. Para uns, a *lei mitior* restringe-se àquela que apresentar sanção mais amena. Para outros, a lei benéfica consiste, também, naquela que se mostre, em aspectos quantitativos e qualitativos, menos nociva ao agente.

Essa garantia, porém, enseja a indagação acerca da irretroatividade parcial da lei, quando o seu texto contiver uma fração mais nociva e outra mais benéfica ao delinquente. Trata-se da conjugação de leis penais em benefício do réu.

Partindo dessa análise, surge a necessidade de discutir a real possibilidade de combinar leis penais visando reprimir o infrator da forma que mais se adeque à finalidade do direito penal moderno.

Essa solução consiste em agregar fragmentos de leis distintas editadas em momentos diferentes, buscando uma alternativa penal a fim de alcançar uma resposta estatal mais branda ao infrator.

A discussão merece relevo tanto no âmbito acadêmico quanto na aplicação da lei pelos operadores do direito. Advogados e magistrados

têm se deparado, muitas vezes, com os obstáculos encontrados para a conjugação de leis penais, sob o fundamento robusto de que tal alternativa, ainda que visasse beneficiar o agente, importaria a criação de um terceiro gênero, o que significaria, para muitos, uma violação ao princípio da legalidade, que também encontra assento constitucional.

O conceito de lei mais favorável é um aspecto tormentoso que, por vezes, enseja dúvidas ao intérprete.

Em verdade, apenas a análise do caso concreto conduz à conclusão segura da *lex mitior*. Para Luiz Regis Prado (2006, p. 191),

> *Esse caráter deve ser considerado em relação ao agente e à situação judicial concreta em que se encontre. Dessa maneira, uma lei pode favorecê-lo, pela diferente configuração do delito – crime ou contravenção, elementos constitutivos acidentais: pela diferente configuração de suas formas – tentativa, participação, reincidência; pela diferente determinação da gravidade da lesão jurídica; pela diferente determinação das condições positivas ou negativas da punibilidade; pela diferente determinação da espécie e duração da pena e dos efeitos penais.*

Adiante, finalizou (DOTTI, 2003, p. 269):

> *Pode isso ocorrer , notadamente, quando: a) a pena cominada atualmente ao crime é mais branda, quanto à sua natureza, que a da lei anterior; b) a pena atual, embora da mesma natureza, é menos rigorosa quanto ao modo de execução; c) o quantum da pena in abstrato é reduzido ou, mantido esse quantum, o critério de sua medida in concreto é menos rígido que o da lei anterior; d) são reconhecidas circunstâncias que influem favoravelmente na gradação ou medida da pena (atenuante, causas especiais de diminuição de pena ou de menor punibilidade) alheias à lei anterior ou suprime agravantes ou majorantes (qualificativas, causas de especial aumento de pena ou condições maior punibilidade); e) são instituídos benefícios (no sentido da eliminação, suspensão 'ab initio' ou interrupção da execução da pena) desconhecidos da lei pretérita, ou facilita sua obtenção; f) são criadas causas*

> *extintivas de punibilidade ou se torna mais fácil o seu advento; g) são estabelecidas condições de processabilidade que a lei anterior não exigia; h) são acrescidas causas de irresponsabilidade penal, de isenção de pena, de exclusão de crime ou de culpabilidade ; i) excluem ou atenuam penas acessórias; j) se impede a concessão de extradição.*

Desta feita, toda a norma que amplie o campo da licitude penal e amplie o espectro de atuação do agente (*abolitio criminis,* antijuridicidade e culpabilidade), é considerada lei mais favorável. De igual forma, qualquer regra que diminua ou torne a pena mais branda ou a comute em outra de menor severidade também será mais benéfica.

Todavia, a benignidade de uma lei, por vezes, não se manifesta de forma tão clara de modo que permita ao intérprete concluir qual a legislação a ser aplicada.

Nesses casos, a orientação da doutrina capitaneada por HUNGRIA e FRAGOSO é a de que é possível indagar ao infrator qual sanção lhe seria menos severa, assegurando-se-lhe, desse modo, a garantia da retroatividade benéfica da lei penal.

Todavia, visando a tornar efetivo o preceito constitucional, bem como para resguardar os interesses do incriminado, o código penal prevê, excepcionalmente, a possibilidade da lei penal retroceder e se aplicar a fatos posteriores à sua edição.

Assim, surge, portanto, a indagação a respeito do alcance da retroatividade: se do preceito primário ou do secundário, e de que forma ela pode ser aplicada em harmonia com o ordenamento jurídico.

Mais uma vez o entendimento doutrinário e jurisprudencial se reparte nesse aspecto.

Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso e Paulo José da Costa Júnior (apud DOTTI, 2003, p. 271) também entendem não ser possível a combinação de lei anterior e posterior para efeito de extrair de cada uma delas as partes mais favoráveis ao agente, porque, nesse caso, o juiz estaria usurpando a função legislativa.

René Ariel Dotti (2003, p. 271), citando Fragoso e Nelson Hungria, enfatizou:

> *Entre nós, Fragoso apoiou o Anteprojeto de CP elaborado por Nelson Hungria (1963), proibindo a fusão de leis,*

> *no pressuposto de que a combinação de leis afrontaria o parágrafo único do art. 2º do CP. O notável penalista argumentava que, aludindo o dispositivo a palavra 'lei' ("A 'lei' posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível"), não permitiria a utilização de um todo.*

A postura que vem ganhando espaço nos tribunais e nos debates acadêmicos, porém, acena para direção oposta, no sentido de afastar a existência de uma "terceira lei" editada pelo magistrado, ao empreender a conjugação de leis penais.

Valiosa lição foi deixada por José Frederico Marques (2003, p. 223), preciso ao defender a conjugação de leis penais:

> *Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência aos princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando, 'ex nihilo', a regulamentação eclética que deve imperar 'hic et nunc'. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos por que se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher o todo para que o réu tenha tratamento mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepairar a pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação pelo papel preponderante do texto constitucional. A verdade é que não estará retroagindo a lei mais benéfica, se, para evitar a transação e o ecletismo, a parcela benéfica da lei*

> *posterior não for aplicada pelo juiz; e este tem por missão precípua velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama os direitos do homem.*

Damásio E. de Jesus (2002, p. 94) também acompanha a postura garantista esposada por José Frederico Marques. Confira-se:

> *Não obstante ser mais comum a tese da impossibilidade da combinação, há razões ponderáveis no sentido de que se apliquem as disposições mais favoráveis das duas leis, pelo menos em casos especiais. Se o juiz pode aplicar o todo, de uma ou outra lei para favorecer o sujeito, não vemos por que não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional. Este não estaria sendo obedecido se o juiz deixasse de aplicar a parcela benéfica da lei nova, porque impossível a combinação de leis.*

O mesmo autor exemplifica a conjugação de leis sucessivas ao tratar do art. 23 da Lei nº 5.726/71, que deu nova redação ao art. 281 do Código Penal, definindo crime de comércio de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, cominando penas de 1 a 6 anos de reclusão e multa de 50 a 100 vezes o maior salário mínimo vigente no país. Adiante, prossegue (JESUS, 2002, p. 95):

> *A vigente Lei nº 6368 de 21.10.76, descrevendo o mesmo fato em seu art. 12, impõe a pena de reclusão de 3 a 15 anos, e pagamento de 50 a 360 dias-multa. Nota-se que, quanto à pena privativa de liberdade, a lei antiga é mais benéfica; quanto à multa, a norma anterior é mais severa. Em face disso, em relação aos crimes cometidos na vigência da lei antiga, a jurisprudência admitiu a combinação de leis: quanto à reclusão, incide a lei antiga; quanto à multa, a nova.*

Note-se que o referido autor se reportava à Lei nº 6.368/76, então vigente à época da edição da sua obra. Todavia, situação análoga alcança a Lei nº 11.343/2006, denominada Nova Lei de Drogas, que revogou a Lei nº 6.368/76.

O novel diploma, ao definir a conduta referente ao crime de tráfico de substância entorpecente (art. 33), antes tipificada no mencionado art. 12, da Lei nº 6.368/76, manteve as dezoito condutas típicas constantes nesse dispositivo revogado.

Substituiu, porém, a expressão "substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica" por droga, de modo que a alteração mais significativa repousa sobre o preceito secundário da lei, qual seja, a sanção penal. Segundo o novo regramento, a pena do tráfico, antes de 3 a 15 anos, passou a ser de 5 a 15 anos, impondo, também, de 500 a 1.500 dias-multa.

A princípio, é notável que se trata de *lex gravior*, na medida em que a pena mínima cominada em abstrato ao crime, bem como a previsão da pena de multa mais severa, denotam que se cuida de lei posterior mais drástica, insuscetível de retroceder para alcançar fatos ocorridos antes da sua vigência.

O art. 33, §4º do novo diploma trouxe, também, previsão não contida na lei revogada: "nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Cuida-se, nitidamente, de causa de diminuição de pena não contemplada pela Lei 6.368/76, exceto a parte que veda a substituição das penas restritivas de direitos, configurando-se, nesse particular, em *novatio legis in mellius*.

A dúvida se instala quando se indaga acerca da aplicação daquela causa de diminuição prevista na nova lei aos casos praticados antes da sua vigência, já que não comporta ultra-atividade integral, pois a sanção cominada ao art. 33 da Lei nº 11.343/2006 é mais nociva que a do art. 12 da Lei nº 6.368/76.

A resposta à essa indagação guarda pertinência à possibilidade da conjugação de leis, resguardando-se a pena em abstrato da lei antiga e possibilitando a aplicação da causa de diminuição contemplada pelo novo diploma.

Tal discussão é recorrente e vem encontrando espaço nos Tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça do Paraná, que se posicionou pela possibilidade de aplicação de ambas as leis, admitindo-se a conjugação

dos diplomas no que beneficiar o infrator. Eis a ementa de um dos julgados:

> *DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Primeira Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos de declaração, nos termos do contido no voto e sua fundamentação. EMENTA: PROCESSO PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL DESPROVIDO - PROGRESSÃO DE REGIME DEFERIDA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO - INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO SOB A ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATA DE CRIME HEDIONDO, CUJA LEI DETERMINA EXPRESSAMENTE A OBRIGATORIEDADE DE CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO, A TEOR DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INVIABILIDADE - DECLARAÇÃO RECENTE, INCIDENTER TANTUM, DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO PELO STF (HC Nº 82.959-7/SP, RELATOR MIN. MARCO AURÉLIO) - OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDA INSTÂNCIA - OMISSÃO SUSTENTADA - ACÓRDÃO QUE NÃO TERIA ESCLARECIDO A QUANTIDADE NECESSÁRIA DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DE PROGRESSÃO NOS TERMOS DA LEI N.º 11.464/07 - OMISSÃO INEXISTENTE - LEI QUE FOI PUBLICADA EM DATA POSTERIOR AO JULGAMENTO TRADUZIDO PELO ACÓRDÃO EMBARGADO - INEXISTÊNCIA, NO MUNDO JURÍDICO, DA NORMA REFERIDA, POR OCASIÃO DA DECISÃO HOSTILIZADA - POSIÇÃO DA CÂMARA*

APÓS A PUBLICAÇÃO E VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.464/07 - ENTENDIMENTO NOTICIADO EM RESPEITO À INSTITUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. (1) É impossível taxar de omissa decisão do Tribunal que não teria examinado texto de lei federal se, na data do julgamento, a norma legislativa que se diz olvidada inexistia no mundo jurídico, uma vez que sua publicação ocorreu, tão-somente, em data posterior à sessão onde o acórdão embargado foi prolatado. (2) Por merecido respeito à instituição do Ministério Público, destaca a Primeira Câmara Criminal que vem aplicando entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que, "transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna" (Súmula n.º 611). Esta orientação foi acolhida pela Lei n.º 7.210/84 (Execução Penal), que, em seu artigo 66, I, estabelece competir ao juiz da execução "aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado". Tais circunstâncias permitem o registro de que tais dispositivos têm respaldo na Constituição Federal, pois a norma insculpida no artigo 5º, inciso XI, é imperativa ao dizer que a "lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". É de se concluir, portanto, que o conflito na sucessão das leis penais deve ser resolvido pelos princípios da retroatividade da lei mais benéfica e irretroatividade da lei mais grave, de modo a resguardar, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, fundamento maior da cidadania (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). (3) É antiga a discussão acerca da possibilidade de combinação de normas mais favoráveis de leis em confronto para aplicação ao caso concreto. No Brasil, escorço histórico magnífico nos é apresentado pelo notável professor e jurista paranaense RENÉ ARIEL DOTTI (Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270/276), por meio do qual se conclui que a orientação mais avançada prega a necessidade de se promover uma combinação para se extrair, de uma e de outra lei, as disposições mais benéficas. E, para assim agir, o juiz - escudado na obediência ao princípio da equidade consagrado pelo legislador constituinte - estará

> *apenas laborando dentro dos quadros legais para atingir uma integração absolutamente lícita e possível, pois se o réu deve ter o tratamento penal mais favorável e benigno, nada impede que o órgão judiciário selecione parte de uma lei e parte de outra - diga-se, norma de uma e norma de outra - para tornar concreta a vontade da regra constitucional que deve se sobrepor a "pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico". (JOSÉ FREDERICO MARQUES. in FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO.* Princípios Básicos de Direito Penal. *5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 36/37). Embargos declaratórios rejeitados. Inocorrência da omissão apontada.*
> (EDcl. 0375568-4/01. Rel Des. Oto Luiz Sponholz. 1ª Câmara Criminal. Julgado em 21/06/2007. DJ 7416)

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul também vem acompanhando o mesmo posicionamento:

> *E M E N T A. APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – MAGISTRADO QUE APLICA À CONDENADA OS BENEFÍCIOS DA NOVA LEI DE DROGAS – ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 – POSSIBILIDADE – RETROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA – SENTENÇA MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Tendo em vista o advento da Lei 11.343 de 23 de Agosto de 20067, notadamente em seu artigo nº 33, § 4º, prevê uma causa de diminuição de pena de 1/6 a 2/3 ao réu primário e sem antecedentes, desde que não tenha envolvimento em atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Dessa forma, considerando a retroatividade da Lei Penal benéfica,* novatio legis in mellius*, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, o fato previsto como crime tenha sido praticado na vigência da lei anterior e entre em vigor lei mais benigna, que é aquela que de "qualquer modo favorece o agente", esta deverá prevalecer e ser aplicada imediatamente ao*

> *caso concreto. Portanto, a causa de diminuição aplicada em 2/3, pela magistrada, às f. 69-70, deve ser mantida, visto ser o agravado primário, sem antecedentes, e não integrar organização criminosa.*
> (Apelação Criminal 2007.024174-8/0000-00. Rel. Des. João Batista da Costa Marques. Primeira Turma Criminal. Julgado em: 02/10/2007)

Nota-se, pois, que a corrente que admite a discutida conjugação de leis penais em benefício do réu vem ganhando adeptos inclusive no Judiciário, sobretudo no que se refere à aplicação da causa de diminuição de pena prevista na nova lei de drogas, aspecto vastamente debatido.

A legalidade, assim como a retroatividade da lei mais benigna e a irretroatividade da lei mais grave não se tratam apenas de princípios fundamentais de aplicação da lei penal, mas de garantias constitucionais que protegem o indivíduo do arbítrio do poder estatal, limitando sua atuação.

Estando todas elas elencadas no rol que compõe o núcleo material intangível da Constituição Federal, impõe-se a ponderação de ambas a fim de aferir se é o caso de haver a sobreposição de uma delas.

Desta feita, persistindo a colisão de princípios-garantias, cabe dirimi-la através de método hermenêutico que se ajuste à finalidade proposta pelo poder constituinte.

Dispondo acerca do choque entre direitos fundamentais, pontificaram Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire (2003, p. 232):

> *Os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados em uma determinada Constituição, são polimórficos, dotados de conteúdos nucleares prenhes de abertura e variação, apenas revelados no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores plasmados no texto constitucional. É que as normas de direito fundamental são dotadas de considerável grau de abertura e dinamicidade ao se apresentarem para sua concretização social. Resulta, então, que em determinadas situações os direitos fundamentais entram em colisão entre si ou se chocam com outros bens protegidos constitucionalmente. Nestas situações está-se diante de uma 'colisão de direitos fundamentais', fenômeno que emerge*

> *quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência entre direitos envolvidos.*

Assim, na hipótese sob análise, discute-se qual a garantia constitucional deve prevalecer, se a legalidade ou a retroatividade da lei penal benigna.

Sendo idêntica a base normativa dessas garantias e sujeitando-se elas a limites distintos, a dificuldade de solver o confronto mostra-se ainda mais difícil.

Todavia, o bem jurídico em confronto é a liberdade do indivíduo, ainda que manifestada sob aspectos distintos, quais sejam: a garantia de que apenas a lei, em seu aspecto formal e material, pode instituir crimes e cominar penas, assim como a garantia de que o indivíduo somente se sujeitará às sanções definidas em lei antes da conduta delitiva.

De acordo com Konrad Hesse (apud CLÈVE e FREIRE, 2003 p. 234), "a interpretação constitucional é concretização, e o ato de interpretar é condicionado à existência de passagens obscuras, que ocasionem dúvidas, reservando-se ao intérprete a determinação do conteúdo material da normativa constitucional".

A sugestão proposta por José Joaquim Gomes Canotilho (apud CLÈVE e FREIRE, 2003 p. 235) consiste na aplicação do método hermenêutico concretista que, segundo ele,

> *Vem a realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objetivos, isto é, o contexto, actuando o intérprete como o operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; (3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em 'movimento de ir e vir' (círculo hermenêutico).*

Adiante, enfatizaram (CLÈVE e FREIRE, 2003, p. 235):

> *O método hermenêutico concretizador, ao desempenhar sua tarefa, reclama o atendimento de alguns pressupostos:*

> *a pré-compreensão e o problema carente de solução. O intérprete, ao compreender o conteúdo da normativa constitucional, encontra-se vinculado à situação histórica, que o condiciona em sua atividade criadora aos seus pré-conceitos e pré-juízos. Desta forma, a compreensão do conteúdo material da norma tem como pressuposto a pré-compreensão do intérprete. O segundo pressuposto a ser atendido no processo de concretização constitucional é o da existência do problema concreto a resolver. Deverá o intérprete relacionar a norma a ser compreendida ao problema que demanda solução, se pretender determinar seu exato conteúdo. A hermenêutica constitucional, para Konrad Hesse, não existe desvencilhada de problemas concretos.*

Acompanhando essa orientação, sobretudo a necessidade de enfrentar a situação concreta a fim de aferir se a garantia da legalidade da lei penal afasta a possibilidade de conjugar leis penais em benefício do réu, é imprescindível a adoção de técnicas sem as quais a análise de eventual colisão de garantias se tornaria impossível.

Assim, é imperioso reconhecer que a atividade interpretativa, tal qual se propõe, deverá ser norteada por uma série de princípios que se prestarão a otimizar a concretização constitucional.

Seguindo essa direção, José Joaquim Gomes Canotilho (2001, p. 1187) afirma que "a elaboração de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade da doutrina e práxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa".

Elencam-se, portanto, os seguintes princípios: da unidade da Constituição, do efeito integrador, da conformidade constitucional, da interpretação efetiva, da força normativa da Constituição, da interpretação conforme à Constituição e o princípio da concordância prática.

Considerando inexistir hierarquia entre os princípios, impõe-se admitir que a análise de nenhum deles há que ser afastada, na medida em que será a avaliação compartilhada de todos eles que conduzirá à adequada interpretação da norma constitucional.

Dentre eles, destaca-se, todavia, o princípio da unidade da Constituição que, segundo Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis

Siqueira Freire (2003, p. 236), "evidencia sua importância como princípio interpretativo a partir do instante em que se considera a Constituição como sistema unitário de normas e procedimentos".

Para Ingnácio de Otto y Pardo (apud CLÈVE e FREIRE, 2003, p. 236),

> *confere ao princípio da unidade da Constituição o status de critério fundamental de manuseio das técnicas de limitação e restrição de direitos fundamentais. Em caso de colisão de normas constitucionais deverá o intérprete aferir no caso concreto a solução que preserve o design da Constituição.*

Merece relevo, também, o princípio da concordância prática ou da harmonização, segundo o qual se afasta a possibilidade de sacrifício entre bens jurídicos de modo a priorizar a harmonia entre eles.

Nesse particular, o estudo do mencionado princípio ganha espaço quando da colisão de direitos fundamentais, oportunidade em que se busca a ponderação entre direitos conflitantes, estabelecendo limites e condicionamentos recíprocos.

Acerca dos limites desse método de interpretação, colhe-se de Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire (2003, p. 238) a seguinte lição:

> *Saliente-se que o método hermenêutico concretizador reconhece limites. Neste particular, a hermenêutica constitucional está vinculada a algo estabelecido. Os limites da hermenêutica constitucional encontram-se onde findam as possibilidades de uma compreensão adequada do texto da norma ou a partir do instante em que um pronunciamento possa entrar em contradição unívoca com o texto da norma. Assim, para a hermenêutica constitucional que parte do primado do texto, é o texto constitucional o limite intransponível da atividade hermenêutica.*

Sem embargo da importância que a doutrina tradicional empresta aos mencionados princípios, cumpre tratar, ainda, de um princípio geral a que se empresta valiosa relevância. Cuida-se do princípio da proporcionalidade.

Georg Ress (apud BONAVIDES, 2003, p. 426) preleciona que:

> *O princípio da proporcionalidade, enquanto máxima de interpretação, não representa nenhum critério material, ou seja, substantivo, de decisão, mas serve tão-somente para estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicado obviamente à solução de justiça do caso concreto e específico. A correspondente tomada de decisão, relacionada com o caso concreto, se opera mediante um processo de apreciação contido no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne), o qual confere aos bens jurídicos conflitantes uma eficácia ótima.*

Essa vertente do princípio da proporcionalidade, voltada a extrair a máxima eficácia dos preceitos constitucionais, revela-se mais um aliado instrumento voltado à ponderação das garantias constitucionais quando em conflito.

Paulo Bonavides (2003, p. 246), ao explanar acerca do referido princípio, verberou:

> *O critério da proporcionalidade é tópico, volta-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (Abwägung), a fim de se averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (Übermassverbot), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção. O emprego do critério da proporcionalidade pode resultar sem dúvida no grave risco de um considerável reforço dos poderes do juiz, com a consequente diminuição do raio de competência elaborativa atribuída ao legislador. Mas, em verdade, esse risco se atenua bastante quando o princípio da proporcionalidade, como via interpretativa, entra em conexão com a chamada 'interpretação conforme a Constituição', de largo uso jurisprudencial nos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, onde também a doutrina já o consagrou por um dos métodos mais eficazes e recomendáveis de solução hermenêutica dos conflitos.*

Diante desse panorama principiológico, em que se confrontam garantias com o mesmo *status* constitucional, é imperioso reconhecer que de acordo com o princípio da unidade da Constituição, por meio do qual devem ser afastadas contradições no texto constitucional, os preceitos contidos nos incisos II e XL do art. 5º da Carta Política Federal podem conviver harmoniosamente.

Tal argumento encontra respaldo, ainda, no espírito garantista do constituinte. Da análise dos dispositivos elencados no referido art. 5º, em conjunto com os fundamentos da República Federativa do Brasil, extrai-se que a proteção à liberdade se manifesta de forma deveras acentuada, assim como o amparo à dignidade da pessoa humana, de modo a amparar o indivíduo de qualquer excesso oriundo do poder estatal.

Assim, nota-se que ainda que a definição de crimes e penas se sujeite ao princípio da legalidade, a conjugação de leis em favor do réu não há que ser repudiada sob o argumento de que haveria a usurpação da atribuição reservada ao Legislativo para a edição de leis.

Nesse sentido, cabe admitir que à atividade interpretativa impõe-se uma relevante responsabilidade, na medida em que o confronto entre leis a serem aplicadas no caso concreto reputa-se uma tarefa árdua, pois o complexo de normas presentes no ordenamento jurídico por vezes é insuficiente ou desproporcional para trazer uma solução justa e adequada ao problema.

Desta feita, sem diminuir ou afastar a importância da função legislativa, é inegável o subjetivismo da exegese empreendida pelo julgador quando diante de leis divergem do contexto social ou quando trazem dúvidas quanto à escolha do comando a ser aplicado.

No que tange à possibilidade da conjugação de leis penais em benefício do réu, aqui largamente defendida, observa-se que a sucessão temporal de leis que implicam prejuízo ao acusado, ainda que em parte de seu preceito secundário, deve ser solvida pelos princípios da proporcionalidade e o da unidade da constituição, tendo em a Lei Maior não vedou a retroatividade benéfica e a legalidade restou preservada ante a aplicação de leis, ainda que em conjunto.

Abordando acerca da aplicação da lei penal pelo magistrado, René Ariel Dotti (2003, p. 275), partindo em defesa da debatida conjugação de leis, concluiu:

> *Nos dias correntes e diante da clareza da CF e do CP, que tornam obrigatória a aplicação retroativa da lei mais benéfica – e, por via de consequência, inaplicável a 'lex gravior' aos fatos praticados antes de sua vigência – não mais se questiona a possibilidade do juiz fazer a integração entre a lei velha e a lei nova. Não há mais clima propício para se resistir ao imperativo da fusão das normas penais que sejam mais benignas ao réu. Contra a antiga superstição e a preconceituosa exegese opõe-se o princípio da garantia individual da retroatividade da lei mais favorável (CF, art. 5º, XL), que não se detém mesmo diante da 'res judicata' (CP, art. 2º, § 2º) e, para tanto, o magistrado nada mais faz senão aplicar o direito positivo em cada fato submetido à sua jurisdição. Não está, com isso, 'criando' uma nova lei.*

Diante dos fundamentos expostos, sem embargo do entendimento esposado por parcela da doutrina e da jurisprudência que ainda se reparte sobre a defesa da conjugação de leis penais, e filiando-se à corrente que vem conquistando adeptos de renome, entende-se que a combinação da legislação nos fragmentos em que a sanção se mostrar benigna ao infrator, não há que ser repudiada, mais aceita sobretudo como forma de se ajustar à finalidade garantista e ressocializadora do direito penal moderno.

Notas

[1] Ressalte-se que, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o Juízo competente para a aplicação da *lex mitior* é o das Execuções, conforme preceitua a Súmula 611 editada pelo STF, *in verbis*: "*Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das Execuções a aplicação da Lei mais benigna*".

[2] ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004, p. 219.

[3] Idem, ibidem, p. 220.

[4] MARQUES, 2002, p. 223.

[5] Neste diapasão, consulte-se a decisão proferida pelo Pretório Excelso, no HC 68416/DF, publicado em 30/10/1992.

[6] BITENCOURT, 2003, p. 109.

3. BIBLIOGRAFIA

BATISTA, Nilo. *Introdução e crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2000.
BOBBIO, Norbeto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Unb: Brasília, 1999.
_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. Malheiros: São Paulo, 2003.
_____. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1994.
BRASIL. *Constituição Federal. Código penal. Código de processo penal*. Organização de Luis Flávio Gomes. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 65.402/MS. Disponível em http://www.stj.gov.br. Acesso em: 25/11/2006.
BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. EDcl. 0375568-4/01. Disponível em http://www.tj.pr.gov.br. Acesso em: 25/11/2006.
BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal 2007.024174-8/0000-00. Disponível em http://www.tj.ms.gov.br. Acesso em: 25/11/2006.
BRUNO, Aníbal. *Direito penal, PG*. 1ª Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1956.
CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Almedina: Coimbra, 2002.
CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. parte geral. Saraiva: São Paulo, 2001, p. 42.
CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito penal na Constituição*. 2ª ed.. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1991.
CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
COSTA JR, Paulo José. *Curso de direito penal*. Parte geral. Saraiva: São Paulo, 1998.
DAHRENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.
DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal* – Parte Geral. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

_____. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: RT, 1988.
FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado*. São Paulo: RT, 1995.
GRECO, Rogério. *Direito penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
HENRIQUES, Antônio e MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de direito: trabalho de conclusão de curso. Metodologia e técnicas de pesquisa. Da escolha do assunto à apresentação gráfica*. São Paulo: Atlas, 2004.
JESUS, Damásio E. de. *Comentários ao código penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
_____. *Direito penal* – Parte Geral, v. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
LEIRIA, Antonio José Fabrício. *Teoria e aplicação da lei penal*. São Paulo: Saraiva, 1981.
LUISI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003.
MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 7ª ed. São Paulo: Millenium, 2005.
MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
MELO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal* – Parte geral. 15ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.
MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Ímpetus: Rio de Janeiro, 2007.
PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*. 3ª ed. RT: São Paulo. 2006.
_____. *Elementos de direito penal*, vol.I. 3ª ed. RT: São Paulo, 2005.
_____. *Curso de direito penal brasileiro*. 6ª ed. RT: São Paulo, 2006.
SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª ed. Malheiros: São Paulo, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. SAFE: Porto Alegre, 1999.
ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte General. T.1. Madrid: Civitas, 1997.
TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª. ed. Saraiva: São Paulo, 1994.

esmese - revista 14.indd 354 03/12/2010 14:31:00

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 94 DO ESTATUTO DO IDOSO

Juliana Vasconcelos de Oliveira
Bacharela em Direito, formada pela Universidade Tiradentes. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Unisul, Pós-Graduanda em Direito Penal e Direito Processual Penal pela FaSe/Esmese. Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe.

RESUMO: A Lei 10.741, publicada em 03 de outubro de 2003, conhecida como o Estatuto do Idoso, introduziu um conjunto de normas destinadas a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos (art. 1º). Muito embora a maior parte dos dispositivos deste estatuto evidencie a preocupação do legislador em garantir às pessoas mais velhas o direito à dignidade, o art. 94 desta lei feriu alguns princípios constitucionais ao estabelecer que aos crimes previstos nesta lei, cuja pena privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e , subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. Isto porque a aplicação da Lei 9.099/95 nos crimes previstos no Estatuto do Idoso, na forma do art. 94 da Lei 10.741/2003, implicará na vedação da prisão em flagrante ao autor do delito que se comprometer a comparecer ao Juizado Especial (art.69, parágrafo único, da Lei 9.099/95), acordo de composição dos danos entre autor e vítima (art.74), transação penal (art.76), dentre outros benefícios aos autores de delitos contra idosos. Devendo-se ressaltar, que duas correntes interpretativas passaram a analisar o artigo 94 do Estatuto do Idoso. Por um lado, sustentavam alguns que a Lei 9.099/95 seria aplicada por completo aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, em que a pena máxima privativa de liberdade não ultrapassasse 4 (quatro) anos. Para outra corrente, aos crimes previstos Estatuto do Idoso aplica-se o procedimento célere da lei 9099/95, mas não a transação ou a suspensão condicional do processo. O art. 94 do estatuto do Idoso incentiva o delito contra idosos, porquanto, em que pese estes delitos serem mais graves (pena máxima de quatro anos), admite-se a

aplicação dos institutos despenalizadores do Juizado Especial Criminal, ao passo que se o crime fosse cometido contra uma pessoa qualquer, só caberiam tais institutos se a pena máxima fosse de 2(dois) anos, pois vários dos crimes previstos no Estatuto também encontram previsão no Código Penal, diferenciado deste apenas em relação à vitima idosa. Assim, analisamos nesta pesquisa que princípios constitucionais foram feridos por este artigo do Estatuto do Idoso, já que esta norma ao invés de proteger, torna o idoso uma vítima mais vulnerável.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade; idoso; vulnerabilidade; juizado

ABSTRACT: Law 10,741, published on October 3, 2003, known as the Statute of the Elderly, introduced a set of rules to regulate the rights guaranteed to persons aged less than sixty years (art. 1). Although most of the provisions of this statute evidences the legislature's concern to ensure older people the right to dignity, art. 94 of this law struck some constitutional principles by requiring that the crimes under this Law, whose term of imprisonment not exceeding four (4) years, apply the procedure prescribed by law 9099, to September 26, 1995, or, alternatively, where applicable, the provisions of the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure. This is because the implementation of Law 9.099/95 the crimes set out in the Elderly, in the form of art. 94 10.741/2003 law, will result in the sealing of arrest in flagrante to the offender to commit to attend the Special Court (art.69, sole paragraph, of Law 9.099/95), the damage settlement agreement between author and victim (art.74), accord (art.76), among other benefits to perpetrators of crimes against the elderly. Should be noted, two interpretive trends that began to examine Article 94 of the Statute of the Elderly. On the one hand, some argued that the law would be applied for 9099/95 complete the crimes set out in the Elderly, in which the maximum penalty of imprisonment not to exceed four (4) years. For another chain, the crimes provided for the Elderly apply the procedure of law 9099/95 swift, but not the transaction or the conditional suspension of proceedings. Art. 94 of the Statute of the Elderly encourages crime against the elderly, because, despite these crimes are more serious (maximum sentence of four years), it is assumed the application of the institutes of the Special

Criminal Court decriminalized, while the crime was committed against any one person, such institutes would fit only if the maximum penalty was two (2) years, as several of the crimes envisaged in the Statute are also forecast in the Criminal Code, which differs from this only in relation to the elderly victim. Thus, we analyzed in this research that constitutional principles were injured by this article of the Statute of the Elderly, as this norm rather than protect, the elder makes a victim more vulnerable.

KEYWORDS: Unconstitutional; elderly; vulnerability; Special Criminal Court.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo analisa como a aplicação do procedimento mais célere dos juizados especiais criminais, na apuração dos crimes perpetrados contra idosos, cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos de reclusão poderá tornar o idoso uma vítima mais vulnerável e trazer diversos benefícios para os infratores que cometem crimes contra idosos.

Isto porque a aplicação da Lei 9.099/95 nos crimes previstos no Estatuto do Idoso, na forma do art. 94 da lei 10.741/2003, implicará na vedação da prisão em flagrante ao autor do delito que se comprometer a comparecer ao Juizado Especial (art.69, parágrafo único, da Lei 9.099/95), acordo de composição dos danos entre autor e vítima (art.74), transação penal (art.76), dentre outros benefícios aos autores de delitos contra idosos.

Será exposta uma noção geral do controle de constitucionalidade, observando o princípio da supremacia da Constituição, as espécies de controle de constitucionalidade aplicadas no Brasil, sendo especialmente analisado o controle concentrado de constitucionalidade através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3096-5 proposta pelo Procurador Geral da República, em dezembro de 2003, questionando a inconstitucionalidade do art. 94 do Estatuto do Idoso.

Ademais também será analisado o procedimento do Juizado Especial Criminal, com as suas principais características que demonstram como o art. 94 do estatuto do idoso tornou o idoso mais vulnerável, posto que o procedimento mais célere do da lei 9099/1995, trouxe diversos

benefícios para o agente que comete crime contra o idoso, que não poderá ser preso em flagrante e poderá ser beneficiado com a transação penal, composição dos danos civis, dentre outros.

Encerra a obra a exposição da violação a algumas normas e princípios constitucionais, como: segurança e proteção jurídica, igualdade, proporcionalidade, razoabilidade, o direito a dignidade da pessoa humana, sendo todos analisados de acordo com a sua aplicação ou a sua mitigação diante do artigo 94 da lei 10.741/2003, explicitando os direitos dos idosos que passam a ser desrespeitados com a aplicação do procedimento sumaríssimo na apuração de delitos, cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos, perpetrados contra os idosos e a necessidade do controle da constitucionalidade deste dispositivo legal.

Esta pesquisa foi desenvolvida tendo como base o estudo de leis, artigos, jurisprudências e principalmente da doutrina referente a inconstitucionalidade do art. 94 do estatuto do idoso, sendo feita portanto uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e jurisprudencial.

2. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Sendo a Constituição, a organização jurídica fundamental de um Estado e existindo um escalonamento normativo em que as normas constitucionais ocupam a supremacia, ou seja, colocam-se no vértice do sistema jurídico do país e sendo todos os poderes estatais legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos, emana como princípio constitucional a Supremacia da Constituição.

A doutrina distingue a supremacia material e formal da Constituição, sendo a supremacia material vista em relação ao seu conteúdo e a supremacia formal vista em relação aos procedimentos e competências pelos quais os preceitos se inter-relacionam com os demais, indicando relação de hierarquia.

José Afonso da Silva ao comentar sobre a hierarquia material e a formal afirma:

> Reconhece a primeira até nas constituições costumeiras e nas flexíveis. Isso é certo do ponto de vista sociológico, tal como também se lhes admite rigidez sócio-política. Mas, do ponto

> de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apoia na regra de rigidez, de que é o primeiro e principal corolário. (1999, p.48)

Ademais, torna-se necessário frisar que este princípio da supremacia da Constituição decorre do princípio da rigidez para a reforma da Constituição, que não pode ser feita pelo mesmo procedimento de elaboração de norma comum e que se aplica à Constituição brasileira que é rígida.

No Brasil, graças à rigidez da Constituição é preciso um *quorum* especialíssimo para reformar o texto constitucional através do procedimento formal da emenda (art. 60, CF). Por esse método, pode-se ter assegurada a certeza de que para reformá-la, não serão utilizados os mesmos métodos utilizados na legislação ordinária. Isso tudo justifica a supremacia da Constituição, que não deve ser imutável. Entretanto, sendo um documento para dar consistência a todo um ordenamento jurídico estatal, bem como dar segurança a essa ordem jurídica, deve obedecer a procedimentos mais formais e solenes para a sua reforma.

Se a ordem jurídica deve ser um sistema uno, completo e coerente, se a Constituição de 1988 é rígida, é a lei suprema e se esta supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os ditames da Carta, então é necessária uma apropriada fiscalização dos atos jurídicos constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico.

Vale ressaltar que diante desta hierarquia do sistema normativo, torna-se fundamental a existência de um controle para que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorra venha a contrariá-la, modificá-la ou suprimi-la.

Em conformidade com este entendimento é a posição de Dirley da Cunha Júnior que expõe:

> Assim, rigidez e supremacia constitucional constituem pressupostos indeclináveis do controle de constitucionalidade, de modo que inexistirá este inexistindo aqueles. Desse modo a ideia de controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público surge como decorrência lógica da noção de rigidez constitucional. Deveras,

> se no sistema das Constituições rígidas estas não podem ser modificadas por leis ordinárias, mas tão somente mediante processos especiais agravados de emenda ou revisão constitucional, tracejados pela própria Constituição, segue-se logicamente que toda lei ordinária contrária à Constituição não pode ter validez, é radicalmente nula, é inconstitucional, devendo ser expulsa do sistema jurídico (2007, p 40).

3. ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com a literatura atual existem vários tipos de controles constitucionais. Dependendo da situação e do momento será utilizado aquele que mais se enquadre ao problema a ser solucionado. Dentre os diversos tipos de controle atualmente utilizados, destacaremos o controle jurisdicional repressivo.

Controle Jurisdicional - É a verificação da adequação (compatibilidade) dos atos normativos com a Constituição feita pelo Poder Judiciário. Aqui pode ser analisada a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem formalmente ou materialmente preceitos e princípios constitucionais. Neste tipo de controle, o responsável é um órgão jurisdicional, consagrando duas formas básicas de controle: por via de exceção e por via de ação.

No controle repressivo judicial, o Poder Judiciário usa métodos que pode ser considerado difuso ou concentrado. Neste último, controle concreto (ou jurisdição constitucional difusa) possibilita-se o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, quando qualquer pessoa utilize-se da arguição de inconstitucionalidade de ato do poder público, no processo judicial em que estejam em jogo interesses subjetivos concretos.

O Responsável pelo julgamento é o próprio juiz que está presidindo o caso, este é quem irá declarar a inconstitucionalidade ou não da lei em análise. Entretanto, esta declaração não é o objeto principal do litígio, mas uma questão incidente surgida num caso concreto.

Na via de exceção a declaração da inconstitucionalidade constitui uma situação que deve ser solucionada, pois dela depende a resolução da causa

principal do litígio. Não é ainda declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, mas tão-somente declaração de inconstitucionalidade num caso concreto.

Na Constituição brasileira existe uma verdadeira cláusula de reserva de plenário que funciona como uma condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público tanto na via difusa, quanto no controle concentrado.

> A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal. (MORAES, 2004, p. 611)

Método de controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada) - adota o sistema abstrato de fiscalização da constitucionalidade, em que é examinado o ato normativo em tese, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Segundo Pedro Lenza, o Controle Concentrado de Constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de "concentrar-se" em um único tribunal. (LENZA, 2010, pg.237)

Este sistema é o contrário do controle na via de exceção (ou controle abstrato). Neste o fim é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, conforme o caso. Não há um caso concreto de onde surge uma questão incidente, porque o único objeto da ação já é a inconstitucionalidade da lei em tese. Não interessa, portanto, que haja previamente uma lide entre particulares. A ação surge por si mesma para expurgar do ordenamento jurídico a norma que se encontra em desacordo com a Constituição.

São várias as espécies de controle por via de ação direta contempladas pela Constituição Federal de 1988: ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória

de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Após esta noção acerca do controle de constitucionalidade, nos deteremos na análise do controle concentrado de constitucionalidade exercido através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3096-5 proposta pelo Procurador Geral da República em dezembro de 2003 que questiona a inconstitucionalidade do art. 94 do Estatuto do Idoso.

4. PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Os Juizados Especiais Criminais estão regulamentados, em nível de Justiça Estadual, pela Lei 9.099/1995, sendo destinados à conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo (art. 60), como tais considerados as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2(dois) anos, cumulada ou não com multa.

A Lei 10.259/2001, que regula os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal não fazia restrição alguma quanto à existência ou não do rito especial. Por outro lado, o mesmo crime no âmbito da Justiça Estadual, ficaria alheio ao Juizado Especial Criminal, pois nesta, incidente a Lei 9.099/1995, proibia-se, expressamente, que ficassem sob o alcance do Juizado Especial Criminal delitos de rito especial.

Norberto Avena ao analisar o procedimento dos Juizados Especiais Criminais afirmou:

> Nada mais disso persiste agora, desimportando, como visto, tanto na Justiça Estadual como na Federal, a existência de rito especial para o crime em apuração, bastando então que a pena máxima abstratamente prevista não ultrapasse o patamar estabelecido (dois anos). (AVENA, 2009: pg. 667).

Inicialmente esclareça-se que quanto aos delitos previstos no Estatuto do Idoso que tenham pena máxima de até dois anos, não há qualquer dúvida quanto ao seu normal enquadramento no conceito de infração

penal de menor potencial ofensivo, nos termos da competência prevista no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, que se aplica por extensão à Justiça Estadual, conforme reiteradas decisões dos Tribunais Superiores.

Da mesma forma, os delitos com pena máxima superior a quatro anos, permanecem normalmente fora do alcance das disposições da Lei nº 9.099/95, sendo processados perante o juízo comum.

Assim, a controvérsia do art. 94 do Estatuto do Idoso recai sobre as infrações contidas naquele diploma legal que teriam pena máxima superior a dois anos e igual ou inferior a quatro anos.

A título de esclarecimento, são as seguintes infrações que se encontram nesta zona cinzenta: abandono de idoso (art. 98), maus tratos qualificados por lesão corporal grave (art. 99, § 1º), apropriação indébita de proventos, pensão ou renda do idoso (art. 102), exibição de informações ou imagens depreciativas ou injuriosas ao idoso (art. 105), indução do idoso sem discernimento à assinatura de procuração para administração de bens (art. 106), lavratura de ato notarial que envolva idoso sem discernimento e sem representação legal (art. 108).

Impende registrar que nos Juizados Criminais se aplicam os princípios da celeridade, economia processual, informalidade, oralidade e simplicidade, por isso os autores de crimes que se sujeitam a este procedimento têm diversos benefícios, tais como: fase preliminar, composição civil, transação penal, dentre outros.

A) Fase preliminar

Sendo comunicada à autoridade policial a ocorrência de Infração de Menor Potencial Ofensivo, esta providencia a elaboração do Termo de Ocorrência Circunstanciado, com posterior encaminhamento ao Juizado. O que ocorre na verdade é a notificação posterior dos envolvidos para comparecerem ao Juizado em data aprazada.

Devendo ser ressaltado que não se imporá prisão em flagrante e nem se exigirá fiança ao autor do fato que, após a lavratura do termo for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Conforme dispõe o art. 69, parágrafo único da Lei 9.099/1995.

Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. De Almeida Delmanto ao comentarem o art. 94 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) assim expuseram:

> Ao contrário do que seria lógico e constitucional – beneficiar o acusado idoso, como já faz o Código Penal em relação aos maiores de 70 anos, considerando a idade circunstância atenuante (art.65 I) prevendo o *sursis* etário (art 77, § 2 º) e reduzindo o prazo prescricional (art.115), o legislador, de acordo com este artigo, favorece o agente de qualquer idade que praticar crimes contra o idoso previstos nesta lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos. Estatui, assim, que tais fatos estão sujeitos ao procedimento estabelecido para as infrações de menor potencial ofensivo pela Lei 9.099/95, o qual, por exemplo, obsta a prisão em flagrante, desde que haja compromisso do autor do fato de comparecimento em juízo, e admite a transação penal. (DELMANTO; DELMANTO JÚNIOR; DELMANTO, 2006: pg.598) .

No juizado, a próxima etapa do procedimento será a realização da audiência preliminar com o Ministério Público, autor do fato, vítima e responsável civil, acompanhados por advogados, onde o juiz indagará das partes sobre a possibilidade de conciliação e composição de dano civil.

B) Transação Penal

Nos crimes de ação penal pública incondicionada ou havendo representação da vítima na hipótese de se tratar de delito de ação penal pública condicionada o juiz facultará, imediatamente ao Ministério Público propor, se for cabível, a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa ao autor do fato (art. 76 da Lei 9.099/1995).

No entanto, a legitimação exclusiva do órgão ministerial impõe que se

aguarde sua manifestação durante a audiência preliminar. Fa-lo-á, quando presentes requisitos objetivos e subjetivos favoráveis do art. 76. Se o MP se recusar, segundo entendimento prevalente nos Tribunais Superiores, não pode o juiz ofertar de ofício, pois não é parte, devendo o autor do fato impetrar habeas corpus ou o magistrado aplicar o art. 28 do CPP.

E em ação penal privada, quem tem legitimidade para transacionar? Aqui, vigem os princípios da disponibilidade e da oportunidade, de sorte que o juiz somente indaga ao querelante se deseja oferecer proposta; caso se negue, o feito prossegue com oferecimento de queixa-crime; se fizer a mesma será submetida ao querelado e seu patrono.

Note-se que a Jurisprudência tem admitido, neste tipo de crime, a transação penal, havendo, contudo, divergências sobre quem será o autor da proposta nestes casos, o querelante ou o Ministério Público.

C) Sentença Homologatória da Transação Penal

A sentença homologatória cuja natureza é condenatória imprópria, porque embora imponha pena não privativa de liberdade ou multa, não gera qualquer efeito penal. Vale dizer, não gera reincidência e nem constará de registros criminais, mas impõe limitações quanto ao cumprimento da pena imposta e de impedir nova transação no prazo de cinco anos.

Em caso de descumprimento da pena imposta, é necessário analisar: se o réu não pagou a pena pecuniária aplicada em virtude da transação penal, esta deve ser cobrada em execução penal, nos moldes do art. 51 do Código Penal, não sendo admissível o oferecimento de denúncia; se não cumpriu a pena restritiva de direitos imposta, duas soluções são possíveis: a) conversão em pena pecuniária; e b) oferecimento de denúncia. Defendemos que a última medida é a mais adequada, em especial se o magistrado reservou-se para homologar o acordo celebrado após seu devido cumprimento.

D) Do Procedimento Sumaríssimo

O procedimento sumaríssimo é regrado pelos artigos 77 a 81 da lei 9099/1995 e o art. 396 do CPP, devendo-se ressaltar que somente se ingressará no procedimento propriamente dito se não houve acordo

entre as partes ou entre o autor do fato e o MP, quando então o querelante ofertará queixa oral ou o MP denúncia oral. Neste momento, o autor do fato é citado pessoalmente e intimado para audiência de instrução e julgamento em data a ser marcada pelo juiz.

Impende registrar que o juiz, antes de receber a inicial, possibilitará ao acusado apresentar a resposta prevista no artigo 81 da referida lei, oportunidade em que poderá alegar qualquer das vertentes contempladas no art. 395 do CPP.

E) Audiência do rito Sumaríssimo

Na impossibilidade de composição civil de danos ou de transação penal porque o autor do fato, regularmente intimado, deixou de comparecer à audiência preliminar, tentar-se-á a aplicação dos institutos despenalizadores, a fim de se evitar a ação penal (art. 79).

Antes do recebimento da denúncia, o juiz dará a palavra ao defensor para sua resposta prévia à acusação. Em seguida, decide pelo recebimento ou rejeição, inclusive para eventual proposta de sursis processual. Se a inicial for rejeitada, caberá ao autor da ação penal recorrer via apelação (art. 82); sendo recebida, o juiz avaliará a possibilidade de ser proposto o sursis processual pelo acusador.

Se o MP se negar, caso o juiz entenda estarem presentes os requisitos legais, pode se valer da aplicação analógica do art. 28 do CPP. Se, em ação privada, o querelante se negar, o juiz dará o devido prosseguimento, pois não pode se substituir às partes, oferecendo a suspensão condicional do processo ao acusado/querelado (princípio da inércia; *ne procedat judex ex officio*). Se não for aceita a suspensão, inicia-se a instrução propriamente dita com o juiz inquirindo a vítima, testemunhas de acusação e defesa, e interrogando o réu, a final, em seguida passa aos debates orais e prolata.

A sentença prescinde de relatório, mas deve trazer a fundamentação e o dispositivo. A fundamentação decorre de imperativo constitucional para todas as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). A ausência de relatório se coaduna com a celeridade e informalidade/simplicidade dos atos processuais (art. 81, § 3º c.c. os arts. 3º e 62).

5. CORRENTES INTERPRETATIVAS

Inicialmente, deve-se esclarecer que duas correntes interpretativas passaram a analisar o artigo 94 do Estatuto do Idoso.

Por um lado, sustentavam alguns que a Lei 9.099/95 seria aplicada por completo aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, em que a pena máxima privativa de liberdade não ultrapassasse 4 (quatro) anos, ou seja, cabe transação penal, suspensão condicional do processo, bem como na impossibilidade destes benefícios, o procedimento célere lá previsto.

Para outra corrente, aos crimes previstos Estatuto do Idoso aplica-se o procedimento célere da Lei 9.099/95, mas não a transação ou a suspensão condicional do processo. Esses benefícios seriam válidos somente se não ultrapassem os limites legais (dois anos de pena máxima para transação; um ano de pena mínima para a suspensão condicional do processo).

Ao analisar estas correntes, Nucci se pronunciou da seguinte forma:

> Adotar a primeira interpretação seria exterminar a principal meta da Lei 10.741/2003, que é a consagração da maior proteção ao idoso. Assim ao invés disso, estar-se-ia permitindo transação a infrações cujas penas atingissem até 04 anos de reclusão. E se assim fosse, logo surgiriam as interpretações tendentes a considerar, genericamente, por uma questão de isonomia, todas as infrações punidas com penas de até quatro anos como de menor potencial ofensivo o que seria um absurdo maior. (NUCCI, 2008: pg. 847)

Já Norberto Avena analisou estas posições da seguinte forma:

> Primeira no sentido de que é impossível aplicar a essa ordem de delitos, integralmente, as normas da Lei 9.099/1995. Isto implica dizer que podem ser utilizados na respectiva apuração os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Não sendo possível, entretanto,

> a aplicação desses benefícios a tramitação do processo criminal deverá ocorrer de acordo com o rito célere previsto nos arts. 77a 81 da lei dos Juizados Especiais Criminais. Segundo esta linha de pensamento, precitado art. 94 do Estatuto do Idoso ampliou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, abrangendo nesta definição todos os delitos sujeitos ao apenamento máximo nele definido. (AVENA, 2009 : pg. 754) Segunda, compreendendo que, a teor da redação do art. 94, aos crimes previstos no Estatuto com pena máxima de até quatro anos deve ser estabelecida a seguinte disciplina : Regra geral -aplica-se o procedimento sumaríssimo previsto na Lei 9.099/1995(arts.77 a 81); Exceção 1- possível aplicar às infrações penais tipificadas no Estatuto do Idoso o instituto da transação penal apenas quando a pena máxima cominada *in abstrato* não for superior a dois anos; Exceção 2- possível aplicar às infrações penais tipificadas no Estatuto do Idoso o instituto da suspensão condicional do processo apenas quando a pena mínima cominada não for superior a um ano . (AVENA, 2009 : pg. 754)

Entretanto, pode-se considerar que as duas correntes interpretativas encontram óbices em princípios constitucionais, e por isso, não são sustentáveis. O procedimento célere da Lei 9.099/1995 é reservado às infrações de menor potencial ofensivo, o que, definitivamente não é o caso dos crimes cuja pena máxima atinge quatro anos.

6. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O art. 94 do Estatuto do Idoso incentiva o delito contra idosos, porquanto, em que pese estes delitos serem mais graves (pena máxima de quatro anos), admite-se a aplicação dos institutos despenalizadores do JECRIM, ao passo que se o crime fosse cometido contra uma pessoa qualquer, só caberiam tais institutos se a pena máxima fosse de 2(dois) anos, pois vários dos crimes previstos no Estatuto também encontram

previsão no Código Penal, diferenciado deste apenas em relação à vitima idosa.

Assim, clara a violação aos princípios da solidariedade e proteção, já que esta norma ao invés de proteger torna o idoso muito mais vulnerável.

> Nos termos do art. 230, à luz dos princípios da solidariedade e proteção, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida (LENZA, 2010, pg. 965).
>
> Mas o amparo à velhice vai um pouco mais longe, daí o texto do art. 230, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, bem como a gratuidade dos transportes coletivos urbanos e, tanto quanto possível a convivência em seu lar (SILVA, 2000: p 318).

Observa-se também o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana - pois incentiva o ataque a bens jurídicos daquele que já tem a própria vida enfraquecida pela ação do tempo e aos princípios da proporcionalidade e da igualdade também foram esquecidos - já que crimes mais graves tiveram soluções menos severas.

> Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. (LENZA, 2010, pg. 751)
>
> Todavia caso este artigo venha a ser mantido, o conceito de infração de menor potencial ofensivo das Leis 9.099/95 e da Lei 10.259/01 será,

> inarredavelmente ampliado para todas as infrações punidas com pena máxima igual ou inferior a quatro anos, em decorrência dos referidos princípios da isonomia e proporcionalidade (Fernando Augusto Henrique Fernandes apud DELMANTO; DELMANTO JÚNIOR; DELMANTO, 2006: pg.598)

Ademais, para que seja considerado constitucional o art. 94 do Estatuto do Idoso, assim como aconteceu com a Lei 10.259/2001(Lei dos Juizados Especiais Federais), o conceito de crime de menor potencial ofensivo teria que ser modificado, pois estar-se-ia tratando crimes de mesma gravidade de maneira diferente, apenas em razão das qualidades pessoais da vítima, o que nos afigura desarrazoado.

> De forma mais restritiva, entendendo que além de não ter sido ampliado o rol das infrações de menor potencial, os feitos cuja vítima for idosa deverão tramitar perante o juízo comum. (Marcos Vinícius de Viveiros Dias, *apud* DELMANTO;DELMANTO JÚNIOR; DELMANTO, 2006: pg.599).

Impende registrar que a garantia constitucional da ampla defesa também foi desrespeitada pelo legislador no art. 94 do Estatuto do Idoso . Corroborando este entendimento NUCCI afirmou:

> Não se pode subtrair a garantia constitucional da ampla defesa, implementando procedimento célere para crime comum sob a ótica de ser a vítima pessoa idosa. Ademais, não haverá maior ou menor proteção a quem tenha mais de 60 anos se for adotado o procedimento da Lei 9.099/95, mas somente um estreitamento da amplitude de defesa, o que é inconstitucional.

Por fim, observa-se trecho da ADIN interposta pelo Procurador Geral da República comentado por Roberto Delmanto, Roberto

Delmanto Júnior e Fábio M. De Almeida ao comentarem o art. 94 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) que corroboram a inconstitucionalidade deste artigo.

> O procurador – geral da República ajuizou, em 19.12.2003, a Adin3.096-5, com referência a este art. 94, salientando que "a escolha com como critério discriminante tão somente da idade da vítima de determinados crimes para garantir ao autor os benefícios de uma justiça especializada, a dos Juizados Especiais, não é razoável, é flagrantemente inconstitucional" Lembrou, a propósito: "... pelo texto da lei impugnada, poder-se- ia ter um agente respondendo perante o Sistema Judiciário Comum e outro com todos os benefícios da Lei nº 9.099/95, mesmo que praticado crime da mesma gravidade (pena máxima não superior a 4 anos). Apenas por um diferencial a idade da vítima e concluiu: De fato, houve erro sobre a pessoa visada (*error in persona*). O legislador assim agindo, ao invés de proteger o idoso, acaba beneficiando aquele comete crime contra o maior de 65 anos" (DELMANTO; DELMANTO JÚNIOR; DELMANTO, 2006: pg.598) .

7. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3096-5

Em dezembro de 2003 foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3096-5, proposta pelo Procurador Geral da República, em face dos artigos 39 e 94 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Entretanto como esta pesquisa se restringe a análise da inconstitucionalidade do art. 94 do Estatuto do Idoso, somente serão feitas referências aos fundamentos da ação que dispõem sobre este artigo e sua inconstitucionalidade.

Eis o teor do art. 94 da Lei 10.741/2003:

> Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4

> (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Aduziu o Procurador Geral como fundamento para a ADIN:

> Desta forma, todos aqueles que cometeram os crimes previstos na lei 10.791/03 serão beneficiados pelos institutos da lei 9.099/95.
> Afirma ainda que a norma ora impugnada está criando uma discriminação para os autores dos crimes descritos no estatuto do Idoso, permitindo que lhes sejam aplicados um sistema jurídico próprio tratado pela lei dos Juizados Especiais. Resta-nos avaliar se tal discriminação é proporcional.
> Nos parece que a discriminação instituída está a afrontar o princípio da isonomia insculpido no *caput* do art. 5º da Carta Federal.

Impende registrar que a referida ADIN foi julgada em 16/06/2010:

> O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou parcialmente procedente a ação direta, contra o voto do Senhor Ministro Eros Grau, que a julgava improcedente, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava totalmente procedente. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 16.06.2010. (ADI 3096)

> Em conclusão, o Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República para dar interpretação

conforme ao art. 94 da Lei 10.741/2003 ["*Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.*"], no sentido de que aos crimes previstos nessa lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 anos, aplica-se a Lei 9.099/95 apenas nos aspectos estritamente processuais, não se admitindo, em favor do autor do crime, a incidência de qualquer medida despenalizadora . Concluiu-se que, dessa forma, o idoso seria beneficiado com a celeridade processual, mas o autor do crime não seria beneficiado com eventual composição civil de danos, transação penal ou suspensão condicional do processo. Vencidos o Min. Eros Grau, que julgava improcedente o pleito, e o Min. Marco Aurélio, que o julgava totalmente procedente. (ADI 3096/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 16.6.2010.)

8. CONCLUSÃO

Neste artigo foi abordada a inconstitucionalidade do art. 94 do Estatuto do Idoso, analisando as ideias de doutrinadores renomados e a jurisprudência atual sobre o tema.

Foi iniciada a pesquisa com a análise da Supremacia da Constituição, na organização jurídica do Estado, informando a existência de um escalonamento normativo em que as normas constitucionais ocupam a supremacia, ou seja, colocam-se no vértice do sistema jurídico do país e sendo todos os poderes estatais legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.

No decorrer desta obra, trouxemos uma noção dos principais aspectos do controle de constitucionalidade, observando a supremacia da Constituição sobre as diversas espécies normativas.

Observou-se o conteúdo da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3096-5 ajuizada pelo Procurador Geral da República, em face dos artigos

39 e 94 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Dentre outras particularidades, pudemos observar que no procedimento do juizado especial criminal aplicam-se os princípios da celeridade, economia processual, informalidade, oralidade e simplicidade, por isso os autores de crimes que se sujeitam a este procedimento têm diversos benefícios, tais como: fase preliminar, composição civil, transação penal, dentre outros.

Neste trabalho ficou esclarecido que quanto aos delitos previstos no Estatuto do Idoso que tenham pena máxima de até dois anos, não houve qualquer dúvida quanto ao seu normal enquadramento no conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, nos termos da competência prevista no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, que se aplica por extensão à Justiça Estadual, conforme reiteradas decisões dos Tribunais Superiores.

Da mesma forma, os delitos com pena máxima superior a quatro anos, permanecem normalmente fora do alcance das disposições da Lei nº 9.099/95, sendo processados perante o juízo comum.

Assim, a controvérsia do art. 94 do Estatuto do Idoso recai sobre as infrações contidas naquele diploma legal que teriam pena máxima superior a dois anos e igual ou inferior a quatro anos, tais como: abandono de idoso (art. 98), maus tratos qualificado por lesão corporal grave (art. 99, § 1º), apropriação indébita de proventos, pensão ou renda do idoso (art. 102), dentre outros.

Sendo assim, ao contrário do que seria lógico e constitucional – beneficiar o acusado idoso, como já faz o Código Penal em relação aos maiores de 70 anos, considerando a idade circunstância atenuante (art.65 I) prevendo o *sursis* etário (art. 77, § 2 º) e reduzindo o prazo prescricional (art.115), o legislador, de acordo com este artigo, favorece o agente de qualquer idade que praticar crimes contra o idoso previstos nesta lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos.

Assim, tais fatos estariam sujeitos ao procedimento estabelecido para as infrações de menor potencial ofensivo pela Lei 9.099/95, o qual, por exemplo, obsta a prisão em flagrante, desde que haja compromisso do autor do fato de comparecimento em juízo, e admite a transação penal.

Diante desta desproporção e desigualdade de tratamento, observa-se que surgiram duas correntes doutrinárias sobre o tema, em que sustentam alguns autores que a Lei 9.099/95 seria aplicada por completo

aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, em que a pena máxima privativa de liberdade não ultrapassasse 4 (quatro) anos, ou seja, cabe transação penal, suspensão condicional do processo, bem como na impossibilidade destes benefícios, o procedimento célere lá previsto.

Para outra corrente, aos crimes previstos Estatuto do Idoso aplica-se o procedimento célere da Lei 9.099/95, mas não a transação ou a suspensão condicional do processo. Esses benefícios seriam válidos somente se não ultrapassem os limites legais (dois anos de pena máxima para transação; um ano de pena mínima para a suspensão condicional do processo).

Entretanto, pode-se considerar que as duas correntes interpretativas encontraram óbices em princípios constitucionais, e por isso, não poderiam ser sustentadas. Assim, clara a violação aos princípios da solidariedade e proteção, já que esta norma ao invés de proteger torna o idoso muito mais vulnerável.

Observa-se também o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana- pois incentiva o ataque a bens jurídicos daquele que já tem a própria vida enfraquecida pela ação do tempo e aos princípios da proporcionalidade e da igualdade também foram esquecidos - já que crimes mais graves tiveram soluções menos severas.

Ante o exposto, conclui-se que todos os pontos abordados foram de fundamental importância para desvendar a inconstitucionalidade do art. 94, tema que merece especial atenção uma vez que o Estatuto do Idoso estipulado para impedir violações aos direitos da população da terceira idade, não trouxe somente benefícios, no momento em que eclodem em todo país notícias de maus-tratos e abusos de todo o tipo contra os idosos. Ocorre justamente o contrário, pelo que a nova lei demonstra em seu texto.

9. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado.* São Paulo: Método, 2009.
CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. *Metodologia científica*. 4ª Ed. São Paulo: Makrom Books, 1996.
CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de constitucionalidade*. 2ª ed . Bahia: Podium, 2007.
GIL, Antônio Carlos, *Como elaborar projetos de pesquisa*, 4ª Ed. São Paulo:

Atlas, 2009
GONÇALVES, Hortência de Abreu. *Manual de projetos de pesquisa científica.* São Paulo: Avercamp, 2003.
LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos.* 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado,* 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado.* 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
ROBERTO Delmanto, Roberto Delmanto Júnior, Fábio Machado de Almeida Delmanto - *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional.* 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

A TAXA DE INCÊNDIO DO ESTADO DE SERGIPE E A TIPICIDADE TRIBUTÁRIA FECHADA

Comentários ao Acórdão proferido no Incidente de Inconstitucionalidade n.0004/2007 relatado pela Desembargadora Clara Leite de Rezende

Roberto de Paula Lima Filho
Assessor jurídico da Desembargadora Clara Leite de Rezende. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe. Ex-Professor de Direito Tributário no curso de graduação da Unit-Universidade Tiradentes. Professor de cursos de pós-graduação.

RESUMO: A Lei nº 4.184/99 criou a taxa de incêndio do Estado de Sergipe e seu art. 11, por atribuir competência legislativa primária ao Secretário de Estado de Segurança Pública para disciplinar, por meio de ato infralegal, a sujeição passiva tributária, foi declarado inconstitucional, após voto proferido pela Desembargadora Clara Leite de Rezende no incidente de nº 0004/2007, com base em delegação legislativa externa irregular e violação à separação de poderes, onde foi concluída a impossibilidade de sua cobrança até que seja editada lei em sentido estrito, disciplinando o aspecto pessoal do tributo.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 4.184/99; taxa de incêndio; Estado de Sergipe; delegação legislativa externa; separação de poderes; inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The law 4184/99 created the fire rate in the State of Sergipe and the art. 11, for assigning primary constitutive competence to the Public Safety Secretary of State to discipline, through non-statutory act, the tax passive submission, was stated as unconstitutional after the vote uttered by the Supreme Court Judge Clara Leite Rezende in the incident nº 0004/2007, based on irregular external legislative delegation and infringement to separation of powers, concluding the impossibility of tax collection until it is created a law in strict meaning, regimenting the personal aspect of the tax.

KEYWORDS: Law 4184/99; fire rate, State of Sergipe; external legislative delegation; separation of powers; unconstitutional

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Contexto histórico-processual do problema; 3. Princípio da legalidade tributária. 3.1. Da Reserva Legal. 3.2. Da Tipicidade Tributária Fechada 4. Delegação Legislativa Externa. 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais debatidos no Direito Tributário refere-se ao princípio da legalidade.

Longe de ser (des)qualificado como um assunto ultrapassado ou já vastamente discutido, não se pode olvidar que tal princípio, por traduzir a própria essência do Estado de Direito, renova a sua atualidade dia-a-dia, exigindo permanente vigilância do intérprete e aplicador do direito.

O Sistema Tributário Nacional, instituído pela Constituição de 1988, demonstra uma disciplina rígida da matéria, a despeito das exceções expressas que, antes de comprometerem a harmonia do conjunto normativo, corroboram a firmeza dos postulados magnos relacionados à segurança jurídica.

O arcabouço princípiológico esculpido no atual texto da Lei Maior revela a constante preocupação do legislador constituinte com a manutenção de uma estrutura normativa que seja, há um só tempo, além de informadora da atuação estatal no exercício de sua competência tributária, também garantidora de certos direitos deferidos aos contribuintes.

A legalidade tributária, na sintonia dos demais princípios constitucionais tributários, ontologicamente envolve uma riqueza de conteúdo, precipuamente quando se discute quais matérias são submetidas à reserva legal absoluta, ou quais integram a tipicidade tributária, ou ainda, quando se busca qual o veículo normativo adequado para regular cada nível da relação obrigacional tributária.

Neste momento, a análise deve captar a função de cada espécie normativa, como parte do sistema, identificando-a no rol descritivo dos componentes da legislação tributária (art. 96 do CTN).

Toda reflexão dirigida ao tema só contribui para que, de uma forma ou de outra, sejam enaltecidos os princípios que compõem o sistema constitucional tributário.

Cada exação possui características singulares e, quando posta à apreciação de uma Corte, desafia o tino de seus membros quanto à sua conformação com a ordem jurídica então vigente de molde a coibir eventuais excessos por parte do poder público.

O Tribunal de Justiça, atento a esta necessidade, procedeu com cuidadoso exame acerca da taxa de incêndio instituída pelo Estado de Sergipe, ante todos os questionamentos até então suscitados, particularmente quando do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade n.0004/2007.

O voto da Eminente Relatora, a Desembargadora Clara Leite de Rezende, acolhido unanimemente pela Excelsa Corte Plenária, percucientemente assinalou os aspectos do tributo em foco, especialmente pela forma como fora instituído, desvelando vícios que serão objeto do presente estudo em breves considerações.

2. CONTEXTO HISTÓRICO-PROCESSUAL DO PROBLEMA

A Taxa Anual de Segurança Contra Incêndio foi instituída pelo Estado de Sergipe por meio da Lei n. 4.184 de 22 de dezembro de 1999, publicada no *Diário Oficial* do dia 24 do mesmo mês e ano.

A lei, na verdade, criou duas taxas, uma relacionada com a aprovação de projetos de construção e outra com o serviço de prevenção e combate a incêndio, sendo que somente esta última foi objeto dos questionamentos junto à Justiça, ora trazidos à baila.

Toda criação de tributo, especialmente quando não comumente cobrado em dada localidade, é sempre acompanhada de muita discussão, não só no campo jurídico como na seara dos colóquios populares.

Afinal de contas toda atuação estatal que implique em diminuição do patrimônio do particular enseja, invariavelmente, reclamações por parte dos futuros devedores.

Em meio aos acalourados debates sobre o assunto, a Ordem dos Advogados do Brasil, seccional-Sergipe, por intermédio de seu presidente, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0003/2001

no Tribunal de Justiça deste Estado contra a mencionada lei, alegando como vícios, perante a Constituição Estadual (CE): a) vício de forma por suposta exigência de lei complementar para instituição da taxa (arts. 60, I e 147, I da CE); b) ausência de especificidade e divisibilidade nos serviços de segurança pública de proteção contra incêndios (art. 134, II da CE); c) mesma base de cálculo do IPTU (art. 134, §2º da CE) por considerar a área do imóvel como um dos seus elementos, d) violação ao princípio da uniformidade geográfica (art. 137, II da CE) por limitar a cobrança aos municípios de Aracaju e Estância.

O Eminente Relator, Desembargador José Artêmio Barreto, rechaçou um a um os vícios apontados pela acionante, mas fez uma ressalva quanto a um ponto levantado pelo voto-vista da Eminente Desembargadora Clara Leite de Rezende, cujo trecho em destaque é do seguinte teor:

> *"É que, em relação à base de cálculo estabelecida pelos artigos 4º, 5º e 6º da Lei mencionada, há uma desvinculação, apenas parcial do tributo descrito no inciso II do art.1º e 2º da Lei Estadual n. 4.184/99. Realmente, a base de cálculo estatuída guarda referência, somente, à taxa referente ao combate de incêndio, pânico, resgate e remoção em acidentes terrestres, serviço este prestado ou posto à disposição do contribuinte. Não em relação aos acidentes automobilísticos, salvamentos aquáticos e aéreos.*
>
> *(...)*
> *Ora, se a base de cálculo não engloba toda definição da hipótese de incidência do tributo, o caso será de declaração de inconstitucionalidade da parte que extrapola tal definição; não da sua totalidade."*

Neste particular, precisa a observação da desembargadora de que a taxa vinculou-se a sinistros terrestres, especialmente por referir-se, sua base de cálculo, à área do imóvel (art. 4º, inciso I da Lei 4.184/99).

Diante desta anotação, o Eminente Relator votou pelo provimento parcial apenas para o fim de ser declarada a lei constitucional, mas com redução de texto, retirando-se as expressões "*em acidentes automobilísticos,*

salvamentos aquáticos, ... e aéreos...", constantes do inciso II do art. 1º da referida lei.

Contra este acórdão foi interposto Embargos de Declaração nº 0081/2002 que foram inacolhidos.

Mais de cinco anos após, precisamente no dia 29/08/2005, a mesma seccional dos Advogados ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0002/2005, arguindo agora, unicamente, vício de iniciativa, ao fundamento de que cabia com exclusividade ao Governador do Estado a deflagração do processo legislativo da lei em questão, por se tratar de uma lei tributária.

O E. Tribunal Pleno, por maioria, ratificou voto da Eminente Relatora, a Desembargadora Suzana Maria Carvalho Oliveira, no sentido de não caber iniciativa privativa do parlamento estadual em sede de leis tributárias, na linha do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 724, e indeferiu a medida cautelar pleiteada.

Neste mesmo ano (2005), foi interposta Apelação Cível nº 1.239 pelo Estado de Sergipe contra sentença proferida em Ação Declaratória c/c Depósito Suspensivo de Crédito Tributário.

O magistrado de piso, analisando o problema à luz do art. 145, inciso II da Carta Federal, julgou procedente a ação e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da famigerada lei, sopesando, mais uma vez, a inespecificidade e indivisibilidade dos serviços vinculados à taxa de incêndio.

O STF, no dia 25/02/1999, julgou pela legitimidade de taxa idêntica no Estado de Minas Gerais.

No dia 05/05/1999, quando do julgamento da ADI 1942/PA, concluiu que os serviços de segurança pública devem ser sustentados por impostos.

No dia 01/04/2004, a Corte Suprema profere julgamento de igual teor na ADI 2424/CE.

Nesta cronologia surgiu a dúvida, haja vista que os corpos de bombeiros estão previstos no capítulo referente à segurança pública, conforme dicção do art. 144 da Constituição Federal.

Em seguida, o STF, no dia 23/02/2005, ao julgar a Rcl-Agr 2617/MG, assinala em sua ementa que o uso potencial do serviço de extinção de incêndio é sustentada por impostos.

Em face desta sequência de julgados foi acolhido o incidente na Apelação Cível n.1239/2005 e encaminhado ao T. Pleno.

Contudo, uma vez processado o incidente, foram afastadas todas as inconstitucionalidades apontadas pela parte autora, inclusive a da inespecificidade e indivisibilidade da taxa em debate, em função de um julgado mais recente do STF (19/06/2007).

Todavia, a Eminente Desembargadora Clara Leite, ao exarar seu voto, destacou um dispositivo da lei questionada por entendê-lo maculado com outra inconstitucionalidade não antes detectada.

Confira-se o texto:

> "Art. 11 – *O Secretário de Estado da Segurança Pública, anualmente, até o dia 31 (trinta e um) de dezembro, fixará, através de ato administrativo, as áreas de atuação de cada unidade de Bombeiros, para efeito de incidência da Taxa Anual de Segurança contra Incêndio*."

Com base neste dispositivo o Ilmo. Sr. Secretário de Estado editou a Portaria nº 017/2001, limitando a incidência aos munícipes de Aracaju.

Com este quadro normativo, a Eminente julgadora realçou em seu voto a violação tanto ao **princípio da legalidade**, aspectos da reserva legal e da tipicidade tributária fechada, quanto ao da **separação de poderes**, em face de delegação legislativa externa realizada fora do rito estabelecido nas Constituições Federal e Estadual.

3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

O princípio da legalidade tributária está previsto no art. 150, inciso I da Constituição Federal como uma das limitações constitucionais do poder de tributar.

O limite se evidencia na medida em que proíbe a instituição ou majoração de tributo sem que o seja por meio de "lei".

O sentido da expressão "lei", aqui, ressalta, à evidência, tratar-se de lei não somente em sentido material, mas essencialmente em sentido formal, norma produzida pelos representantes do povo, após tramitação legislativa parlamentar, com poder eficacial suficiente a inovar no mundo jurídico.

A despeito de ser exercido o poder de império pelo Estado sobre o particular, consistindo numa relação vertical, não é lícito concluir que a relação de tributação configure uma simples relação de poder. Sendo a lei o limite, a relação será eminentemente jurídica.

E é justamente neste particular que se avulta a missão do Direito Tributário, para limitar a atuação estatal ao regular esta relação que, pela essência, inicia-se desequilibrada.

Da análise do Sistema Tributário Nacional (arts. 145/162), verifica-se que o veículo normativo, em regra, para instituição dos tributos, é a lei ordinária. Diz-se "em regra" em função de que o próprio texto magno destaca algumas espécies tributárias veiculadas por lei complementar, são elas: empréstimos compulsórios (art. 148), imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII) imposto residual da União e contribuição de seguridade social residual (art. 195, §4º).

Há quem sustente uma mitigação do próprio princípio com a possibilidade de edição de medidas provisórias, na previsão contida no art. 62, §2º da Lei maior.

Este último aspecto, contudo, escapa ao foco de exame do presente ensaio.

Não se tenciona aqui, exaurir o estudo de tão relevante princípio, mas simplesmente analisá-lo em cotejo com o voto da Eminente Desembargadora, lançado no Incidente de Inconstitucionalidade n.004/2007, em que ficaram destacados aspectos do princípio da legalidade concernentes à reserva legal e à tipicidade tributária que serão analisados a seguir.

3.1. DA RESERVA LEGAL

O princípio da legalidade tributária é regulado no art. 97 do CTN:

> *"Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:*
>
> *I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;*
>
> *II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;*

> *III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;*
>
> *IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;*
> *V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;*
>
> *VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.[...]"grifei*

O professor HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, analisando o dispositivo supra, aduz que:

> *"O art. 97 do CTN limita-se a explicitar, de maneira didática, o conteúdo do princípio constitucional da estrita legalidade tributária. Tanto é assim que a jurisprudência do STJ pacificou-se 'no sentido de que a análise da violação do art. 97 do CTN é inviável pela via do recurso especial, uma vez considerando que o citado artigo é mera repetição do art. 150, I, da CF/88'(STJ, 1ª t., AgRg no Resp 380.509/RS, Rel. Mini. Denise Arruda, j. em 2/9/2004, DJ de 30/9/2004, p. 217)."*[1]

O mestre RICARDO LOBO TORRES, analisando o princípio da legalidade tributária, professa valiosas lições, nos moldes em que realçadas no aludido voto:

> *""Três subprincípios auxiliam a concretização do princípio da legalidade: a superlegalidade, a reserva da lei e o primado da lei.*
> *[...]*
> *Superlegalidade tributária é o subprincípio que indica estar a lei formal vinculada às normas superiores da Constituição Tributária, devendo o legislador respeitar o sistema de discriminação de rendas e os princípios gerais*

> *da imposição fiscal.*
> *[...]*
> *O subprincípio da reserva da lei tributária significa que só a lei formal (ou a medida provisória, quando cabível) pode exigir ou aumentar tributo. A linguagem constitucional brasileira emprega como sinônimos os termos exigir, instituir e decretar. O CTN, ao explicar o princípio da reserva da lei, no art. 97, a definição do fato gerador, a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, a cominação de penalidades e as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades."* [2]

Destarte, o art. 97 do CTN elenca as matérias de estrita legalidade ou de reserva legal de maneira que somente a lei formal se apresenta como veículo idôneo para cuidá-las, sendo írrita a utilização de ato infralegal com o mesmo desiderato.

Neste contexto, eis um dos motivos corretamente assinalados pelo voto em exame para declarar inválida a Portaria nº 017/2001, da lavra do Sr. Secretário de Estado de Segurança Pública, que limitou a incidência da referida taxa aos munícipes de Aracaju.

3.2. DA TIPICIDADE TRIBUTÁRIA FECHADA

No direito tributário, a exemplo do que ocorre no direito penal, indispensável a configuração exaustiva do tipo legal com a descrição, *in casu*, da hipótese de incidência.

As matérias constantes do art. 97 do CTN integram o tipo tributário, orientando o legislador ordinário quando da criação do tributo.

Ainda nas lições do professor RICARDO LOBO TORRES:

> *"O princípio da tipicidade tributária é outro corolário da legalidade. Pode ter três sentidos distintos, conforme se vincule à criação do tipo, à definição do fato gerador ou à interpretação e aplicação.*
> *A tipicidade na acepção germânica de Typisierung orienta o legislador na criação do tipo tributário, que é uma das configurações lógicas do pensamento jurídico, quando existe a escolha de formas abrangentes. Enquanto o conceito*

> *jurídico torna-se objeto de definição da lei e tem caráter abstrato, o tipo é apenas descrito pelo legislador e tem simultaneamente aspectos gerais e concretos, pois absorve características presentes na vida social.*
> *[...]*
> *A tipicidade pode corresponder, de um segundo ponto de vista, ao princípio da plena determinação do fato gerador (Tatbestandbestimmtheit para os alemães). Emana dos princípios da reserva da lei e da separação de poderes e sinaliza no sentido de que o fato gerador do tributo deve vir exaustivamente definido na lei, seja no seu aspecto nuclear, seja nos aspectos subjetivos, temporais e quantitativos, de preferência através de conceitos determinados e enumerações casuísticas." (ob. Cit.Pgs. 97/98)"grifei*

A tipicidade tributária milita em favor da segurança jurídica, especialmente por impor ao ente tributante o dever de, quando da instituição do tributo, por meio de lei, descrever todos os aspectos da hipótese de incidência (pessoal, quantitativo, espacial, temporal, material) de forma que o contribuinte tenha a certeza de qual o fato que, uma vez praticado, converte-se em fato gerador da obrigação principal (art. 114 do CTN).

É em razão de tal característica que a doutrina a denomina de **tipicidade tributária fechada ou cerrada**, afastando a possibilidade de que a tributação, que é essencialmente vinculada (art. 3º CTN in fine), fique refém das veleidades do administrador em meio a seus discricionarismos.

Neste tema, indispensáveis as lições da abalizada tributarista YONE DOLACIO DE OLIVEIRA, destacadas no voto da desembargadora:

> "Em decorrência, o princípio da tipicidade não se refere apenas à adequação do fato à norma legal, também expressa exigência para o legislador referida ao conteúdo material na edição das leis que criam ou aumentam tributo. Pode-se dizer que o princípio da tipicidade é uma exigência dirigida ao legislador de proceder a rigorosa e exaustiva definição das notas características do tipo legal, que são sempre necessárias. Entendo

> que os dois princípios devem ser vistos em complementariedade, não se dando preeminência a qualquer um deles. Assim, se o princípio da legalidade exige lei formal, o princípio da tipicidade impõe a conduta dos titulares, da competência impositiva para criação e aumento do tributo – a definição do fato gerador, da base de cálculo, alíquota e sujeito passivo (art. 97 do CTN complementando o princípio da legalidade e informando o princípio da tipicidade)
> *[...]*
> *O exposto revela que a tipicidade no Direito Tributário é rígida, cerrada, do mesmo modo que no Direito Penal, uma vez que o tipo legal tributário também é fechado ou cerrado."[3] grifei*

Na linha do que exposto, as precisas palavras de SAMANTHA MEYER-PFLUG:

> *"Em síntese, o princípio da tipicidade, ao exigir que os tipos tributários sejam traçados de maneira minuciosa e detalhada pela lei, acaba por contribuir com o princípio da segurança jurídica do contribuinte, na exata medida em que todos os elementos necessários do tipo tributário constam da própria lei, não havendo, assim, margem para a discricionariedade seja do Fisco, seja do Poder Judiciário."[4]*

Improcede, portanto, a alegação do recorrente (Apelação 1.239/2005) quando tenta justificar que os serviços ainda não estão estruturados nos demais municípios, haja vista tratar-se justamente de um tributo cujo fato gerador é vinculado à disponibilidade de serviços, reclamando a incidência do art. 79, inciso I, alínea "b" do CTN, que exige atividade administrativa em efetivo funcionamento em casos que tais.

Não haverá outro meio idôneo senão a própria lei formal para disciplinar a gradativa incidência à medida de estruturação dos serviços, nunca sendo lícito a simples edição de ato infralegal com o fito de integrar o aspecto pessoal da exação, haja vista que acaba por configurar uma medida subordinada inteira e exclusivamente à discricionariedade do

administrador, em sentido diametralmente oposto à essência vinculada da atividade tributária (art. 3º in fine do CTN).

Em tais situações, não há que se falar em relação obrigacional tributária, sendo indevida qualquer cobrança.

Neste sentido, preciosas as lições do festejado ROQUE CARRAZZA:

> *"A hipótese de incidência tributária – sempre veiculada por meio de lei – deve conter uma exaustiva descrição dos pressupostos tributários, apta a permitir que todos eles sejam perfeitamente reconhecidos, quando ocorrerem, no mundo fenomênico.*
> *(...) Quando a hipótese de incidência é incompleta, ou seja, não descreve, de modo exaustivo, o 'tipo tributário', a exação não poderá ser exigida."*[5]

4. DELEGAÇÃO LEGISLATIVA EXTERNA

Outro importantíssimo ponto levantado no referido voto do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0004/2007 respeita à delegação legislativa externa indevidamente realizada.

O art. 11 da Lei 4.184/99 delegou ao Executivo, particularmente ao Sr. Secretário de Segurança Pública, competência normativa primária, desgarrando-se da ritualística do art. 68 da Constituição Federal e do art. 66 da Carta Estadual que tratam das leis delegadas.

O mencionado dispositivo delegou ao administrador poderes para legislar primariamente sobre o aspecto pessoal da taxa, o que levou o Sr. Secretário a editar a Portaria nº 017/2001, limitando sua incidência aos munícipes de Aracaju.

Acabou por excluir da incidência os demais contribuintes residentes de outros municípios.

A outorga de isenção é hipótese de exclusão do crédito tributário, matéria também elencada no art. 97 do CTN (inciso VI).

O STF já proferiu decisão neste tema, tendo o Ministro Celso de Mello lavrado brilhante voto:

> *"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE OUTORGA AO PODER*

EXECUTIVO A PRERROGATIVA DE DISPOR, NORMATIVAMENTE, SOBRE MATÉRIA TRIBUTÁRIA - DELEGAÇÃO LEGISLATIVA EXTERNA - MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO - POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PRINCÍPIO DA RESERVA ABSOLUTA DE LEI EM SENTIDO FORMAL - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - CONVENIÊNCIA DA SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DAS NORMAS LEGAIS IMPUGNADAS - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA - A essência do direito tributário - respeitados os postulados fixados pela própria Constituição - reside na integral submissão do poder estatal a rule of law. *A lei, enquanto manifestação estatal estritamente ajustada aos postulados subordinantes do texto consubstanciado na Carta da República, qualifica-se como decisivo instrumento de garantia constitucional dos contribuintes contra eventuais excessos do Poder Executivo em matéria tributária. Considerações em torno das dimensões em que se projeta o princípio da reserva constitucional de lei. - A nova Constituição da República revelou-se extremamente fiel ao postulado da separação de poderes, disciplinando, mediante regime de direito estrito, a possibilidade, sempre excepcional, de o Parlamento proceder a delegação legislativa externa em favor do Poder Executivo. A delegação legislativa externa, nos casos em que se apresente possível, só pode ser veiculada mediante resolução, que constitui o meio formalmente idôneo para consubstanciar, em nosso sistema constitucional, o ato de outorga parlamentar de funções normativas ao Poder Executivo. A resolução não pode ser validamente substituída, em tema de delegação legislativa, por lei comum, cujo processo de formação não se ajusta à disciplina ritual fixada pelo art. 68 da Constituição. A vontade do legislador, que substitui arbitrariamente a lei delegada pela figura da lei ordinária, objetivando, com esse procedimento, transferir ao Poder Executivo o exercício de competência normativa primária, revela-se írrita e desvestida de qualquer eficácia jurídica no plano constitucional. O Executivo não pode, fundando-se*

> *em mera permissão legislativa constante de lei comum, valer-se do regulamento delegado ou autorizado como sucedâneo da lei delegada para o efeito de disciplinar, normativamente, temas sujeitos a reserva constitucional de lei. - Não basta, para que se legitime a atividade estatal, que o Poder Público tenha promulgado um ato legislativo. Impõe-se, antes de mais nada, que o legislador, abstendo-se de agir* ultra vires*, não haja excedido os limites que condicionam, no plano constitucional, o exercício de sua indisponível prerrogativa de fazer instaurar, em caráter inaugural, a ordem jurídico-normativa. Isso significa dizer que o legislador não pode abdicar de sua competência institucional para permitir que outros órgãos do Estado - como o Poder Executivo - produzam a norma que, por efeito de expressa reserva constitucional, só pode derivar de fonte parlamentar. O legislador, em consequência, não pode deslocar para a esfera institucional de atuação do Poder Executivo - que constitui instância juridicamente inadequada - o exercício do poder de regulação estatal incidente sobre determinadas categorias temáticas - (a) a outorga de isenção fiscal, (b) a redução da base de cálculo tributária, (c) a concessão de crédito presumido e (d) a prorrogação dos prazos de recolhimento dos tributos -, as quais se acham necessariamente submetidas, em razão de sua própria natureza, ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal. - Traduz situação configuradora de ilícito constitucional a outorga parlamentar ao Poder Executivo de prerrogativa jurídica cuja* sedes materiae *- tendo em vista o sistema constitucional de poderes limitados vigente no Brasil - só pode residir em atos estatais primários editados pelo Poder Legislativo. (ADI-MC 1296/PE – PERNAMBUCO MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 14/06/1995 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO)(GN)*

Elucidativas as lições do aclamado professor LEANDRO PAULSEN:

> "Aliás, não há a possibilidade de qualquer delegação de competência legislativa ao Executivo para que institua tributo, qualquer que seja,

> tampouco para que integre a norma tributária impositiva, ressalvadas apenas as atenuações através das quais a própria Constituição, de modo excepcional, autoriza a graduação de alíquotas pelo Executivo, nas condições e limites de lei (art. 153, §1º) ou, simplesmente, sua redução ou restabelecimento (art. 177, §4º, b). Tais hipóteses, aliás, inclusive, reforçam o entendimento de que, em todos os demais casos sequer atenuação será possível, restando vedada a integração da norma tributária impositiva pelo Executivo, que deve se limitar a editar os regulamentos para a fiel execução da lei."[6]

Na relação harmônica entre os Poderes, o constituinte previu excepcionalmente o exercício atípico de funções. Uma delas consiste no poder normativo do Executivo em situações como, o poder regulamentar, a edição de leis delegadas e de medidas provisórias.

Interessante notar que, em todas estas, o próprio sistema tratou de contornar limites ao Poder Executivo, v.g., nos casos previstos no inciso V do art. 49 da Lex Legum.

Particularizada a hipótese de lei delegada, observe-se que o Poder Legislativo delega função típica ao Executivo, submetendo-se este último, além da observância aos limites materiais estipulados em resolução, à suspensividade em caso de exorbitância dos limites da delegação legislativa.

Este rito da lei delegada apenas evidencia um mecanismo de controle inerente ao *check and balances*, cuja lógica do sistema consiste em legitimar o poder delegante, titular da competência normativa primária, a sustar o exercício legislativo exorbitante do delegatário, como decorrência natural controle parlamentar.

A delegação pura e simples de função típica de legislar ao Executivo, por meio de lei ordinária, desgarra das regras de controle do sistema, pois cria situação que escapa ao controle parlamentar posterior, remanescendo unicamente o controle judicial.

5. CONCLUSÕES

A Lei nº 4.184/99 que instituiu a taxa de incêndio do Estado de Sergipe, após sucessivos questionamentos, teve sua inconstitucionalidade reconhecida em Incidente de Inconstitucionalidade nº 004/2007.

O voto da Eminente Relatora, a Desembargadora Clara Leite de Rezende, acolhido unanimemente pelo Egrégio Tribunal Pleno, apontou vícios no art. 11 da mencionada lei e da Portaria nº 017/2001, concernentes à vulneração aos princípios da legalidade, nos aspectos da reserva legal e da tipicidade tributária fechada, além do princípio da separação de poderes, em função da irregular delegação legislativa externa por inobservância dos requisitos das leis delegadas.

Não estando, *in casu*, preenchidos todos os elementos da tipicidade tributária fechada, ilegítima a exação e indevida a sua cobrança em qualquer que seja a localidade no espaço territorial do Estado de Sergipe.

O julgamento do E. Tribunal de Justiça neste particular revela caminhar pelas veredas da boa aplicação do Direito, como guardião das normas constitucionais em sede de controle, em prol, essencialmente, das garantias fundamentais dos contribuintes.

Notas

[1] In *Código Tributário Nacional.* Anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003. São Paulo: Atlas
– 2007. P.189.

[2] in *Curso de direito financeiro e tributário.* 8ª ed. Atual. Até a publicação da Emenda Constitucional nº 31, de 14.12.2000 e das Leis Complementares 104 e 105, de 10.01.01.
– Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[3] in *Curso de Direito Tributário*/Ives Gandra da Silva Martins, coordenador.
– 2. ed. Belém: CEJUP; Centro de Extensão Universitária, 1993. Pgs. 153/154

[4] In *Curso de Direito Tributário*/Ives Gandra da Silva Martins, coordenador.
– 9ª ed. Saraiva. 2006. artigo Do Princípio da Legalidade e da Tipicidade. P.144.

[5] In *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 19ª ed., São Paulo, Melhoramentos, cit., p. 387.

[6] in *Curso de Direito Tributário*/Leandro Paulsen. 2ª ed. Ver. Atual.
– Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. Pgs. 89/90

BIBLIOGRAFIA

CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*, 19ª ed., São Paulo, Melhoramentos, cit., p. 387

DE OLIVEIRA, Yone Dolacio. *Curso de direito tributário*/Ives Gandra da Silva Martins, coordenador. – 2ª ed. Belém: CEJUP; Centro de Extensão Universitária, 1993. Pgs. 153/154

MEYER-PFLUG, Samantha. *Curso de direito tributário*/Ives Gandra da Silva Martins, coordenador. – 9ª ed. Saraiva. 2006. artigo Do Princípio da Legalidade e da Tipicidade. P.144.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 2ª ed. Ver. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. Pgs. 89/90

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Código tributário nacional. Anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. São Paulo: Atlas – 2007. P.189.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 8ª ed. Atual. Até a publicação da Emenda Constitucional n. 31, de 14.12.2000 e das Leis Complementares 104 e 105, de 10.01.01. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

esmese - revista 14.indd 394 03/12/2010 14:31:03